



**La interpretación
“adulto-
punitivista”
de la ley 1098
de 2006 como
manifestación
de la eficacia
simbólica del
derecho
Estudio de un
caso de los
juzgados penales
del circuito para
adolescentes de
Manizales**

Segundo Olmedo Ojeda Burbano

Directora: María Teresa Carreño Bustamante PhD



**La interpretación “adulto-punitivista” de la ley 1098 de 2006 como
manifestación de la eficacia simbólica del derecho.**

**Estudio de un caso de los juzgados penales del circuito para
adolescentes de Manizales**

Segundo Olmedo Ojeda Burbano

Directora María Teresa Bustamante

Línea de investigación Teoría del Derecho.

Manizales

Maestría en Derecho

Universidad de Manizales

2016

DEDICATORIA

Dedico este trabajo a mis hijos Manuel David y Ángela María, razón última de todos mis esfuerzos.

También a la memoria de mis padres, María Herlinda y Olmedo, quienes forjaron mi camino con todo su amor y sus enseñanzas.

Y, a la memoria de mi hermano Jesús, por su excelente amistad y compañía mientras estuvimos juntos.

AGRADECIMIENTOS

Como siempre, agradezco a Dios por haberme dado la existencia, por otorgarme las facultades y la constancia necesaria para terminar este trabajo.

Igualmente a mi esposa Liliana del Rocío Ojeda, por darme la oportunidad para estar a su lado, por haberme animado a seguir adelante y por creer en mí para culminar esta labor.

También a mis hermanos Alberto, Carmen, Héctor, Wilson y Fernando Ojeda por acompañarme en el camino de la vida y apoyarme en mi preparación como persona y como profesional.

A todos mis profesores que con sus conocimientos compartidos forjaron a su manera esta labor académica.

A todos mis amigos, cercanos y distantes, que han tenido paciencia para soportar mi forma de ser.

Especialmente a los doctores María Teresa Carreño Bustamante, José Fernando Reyes Cuartas y Darío Alberto Ángel Pérez por toda su motivación, orientaciones, aportes y críticas.

Gracias a todos ellos se ha cristalizado este esfuerzo.

CONTENIDO

Introducción	6
Descripción de los hechos polémicos	7
Pregunta de la investigación	8
Objetivos	8
Objetivo general.....	8
Objetivos específicos	9
Metodología	9
Enfoque.....	9
Tipo de investigación.....	9
Diseño	10
Unidades de análisis.....	10
1 Capítulo I.....	11
Sistema de responsabilidad penal para adolescentes	11
Evolución del sistema de responsabilidad penal de adolescentes.....	12
Breve historia del sistema de responsabilidad penal de adolescentes en Colombia	28
Caracteres actuales del sistema de responsabilidad penal de adolescentes	488
2 Capítulo II	522
Aplicación práctica del sistema de responsabilidad penal para adolescentes	522
Aplicación de la jurisprudencia de dosis personal para adultos a los NNA	667
La legislación internacional	711
La normatividad constitucional.....	755
La normatividad legal interna	855
Posibilidad jurídica de apartarse del precedente jurisprudencial	911
La doctrina legal más probable	911
El precedente judicial.....	922
La naturaleza de la medida de rehabilitación.....	955
3 Capítulo III.....	103
4 Conclusiones	1166
5 Trabajos citados	120

INTRODUCCIÓN

El título de esta tesis contiene las categorías conceptuales con las cuales se trabajó en la presente investigación puesto que habla de la interpretación “adulto-punitivista”, entendida como la concepción originada en el derecho penal de adultos de impartir justicia para los adolescentes trasgresores de la ley penal bajo los postulados y principios del derecho penal de adultos, que es una denominación acuñada por el autor de esta tesis.

Una segunda categoría es la ley 1098 de 2006, que en su título II, establece el SRPA como un sistema especializado y diferenciado del sistema penal de adultos.

Y la tercera categoría es la eficacia simbólica del derecho como el fenómeno derivado del uso exagerado del derecho como solución normativa para infinidad de problemas sociales según lo tratan Mauricio García (2005) y Andrés Botero (2003). Esta categoría contiene un vínculo concausal entre las categorías conceptuales en las que la interpretación “adulto-punitivista”, desconoce el carácter especializado y diferenciado de la justicia penal de los adolescentes de la ley 1098 de 2006, lo que conduce a una situación de eficacia simbólica del derecho.

Finalmente, el título permite delimitar el tema, temporo-espacialmente pues anuncia que se trata del estudio de un caso concreto ocurrido en los Juzgados Penales del Circuito de Adolescentes de Manizales, desde la entrada en vigencia del Acto Legislativo 02 de 2009 hasta el 21 de diciembre de 2013, como fecha de cierre de la investigación.

Descripción de los hechos polémicos

Cuando se expide la ley 1098 de 2006 o Código de la Infancia y Adolescencia, en el Libro II, se establece el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, y en el artículo 144, adopta como procedimiento para la investigación y el Juzgamiento la ley 906 de 2004 o Código de Procedimiento Penal.

Este giro del legislador confunde a muchos operadores del Sistema de Responsabilidad Penal de Adolescentes para aplicar en la justicia penal juvenil los principios y los postulados de la justicia penal de adultos, en lo que he denominado la visión “adulto-punitivista”, que desconoce el carácter especializado y diferenciado de la ley 1098 de 2006, lo que la y convierte en un caso más de eficacia simbólica del derecho.

Este autor escogió un evento problemático para estudiar, como son los casos de porte de estupefacientes, ocurridos en los Juzgados Primero y Segundo Penales del Circuito para Adolescentes con Función de Conocimiento de Manizales desde el 21 de diciembre de 2009 hasta el 21 de diciembre de 2013, para mostrar que la interpretación “adulto-punitivo” desconoce la esencia especializada y diferenciada del tratamiento de los adolescentes trasgresores de la ley penal consagrada en el Código de la Infancia y Adolescencia.

Efectivamente en el caso del porte de estupefacientes, se tiene que de los 1211 jóvenes aprehendidos por la Policía en estos 4 años, solamente 507, fueron judicializados y obtuvieron sentencia por el Juzgado Primero y Segundo Penal del Circuito de Adolescentes, entendiendo que la razón para no judicializarse los demás casos es la aplicación de la doctrina de la falta de penalización de la dosis personal. Es decir, solo se judicializaron los asuntos en los que el adolescente llevaba una cantidad superior a la dosis personal. Sin embargo, los pronunciamientos de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia sobre dosis personal corresponden a casos de adultos, con criterios y principios del derecho penal de adultos, como la falta de lesividad penal o el libre desarrollo de la personalidad, principalmente. Estimando que, conforme a los principios de justicia diferenciada y especializada, en este sistema no debe operar la doctrina de falta de penalización de la dosis personal para adolescentes, puesto que el Estado, la

sociedad y la familia tienen la obligación de proteger la vida, la integridad personal y la salud de los jóvenes, y no se puede permitir que continúen portando estas sustancias así sea en mínimas cantidades. Así como es prohibido el consumo de licor, de cigarrillos en menores de edad, igualmente y con mayor razón debe ser prohibido el consumo de Sustancias Psicoactivas.

La visión adulto-punitivita acogida a partir de la ley 1098 de 2006, no se acompasa con el carácter especializado y diferenciado del Código de la Infancia y la adolescencia, lo que lleva a un caso más de eficacia simbólica del derecho.

Pregunta de la investigación

¿Por qué la interpretación “adulto-punitivita” del derecho penal de adolescentes atenta contra la naturaleza especializada y diferenciada exigida en la ley 1098 de 2006, especialmente en casos de dosis personal de adolescentes dejados de judicializar entre el 21 de diciembre de 2009 al 21 de diciembre de 2013, en el Sistema de Responsabilidad Penal de Adolescentes de Manizales convirtiéndola en una manifestación de eficacia simbólica del derecho?

Objetivos

Objetivo general

Describir a través de una serie de eventos similares relativos a la dosis personal en adolescentes ingresados al Sistema de Responsabilidad Penal de Adolescentes entre el 21 de diciembre de 2009 al 21 de diciembre de 2013, como una interpretación “adulto-punitivista” de la justicia penal de adolescentes, al no responder a su carácter especializado y diferenciado convierten el Código de la Infancia y la Adolescencia en una manifestación de eficacia simbólica del derecho.

Objetivos específicos

1.- Describir el concepto de justicia especializada y diferenciada consagrado en la ley 1098 de 2006, partiendo de un barrido histórico hasta la expedición del Código de la Infancia y la Adolescencia.

2.- Analizar el fenómeno de la eficacia simbólica del Derecho según las definiciones actualizadas.

3.- Examinar los casos de dosis personal en adolescentes que han ingresado al Sistema de Responsabilidad de Adolescentes y no han sido judicializados en los Juzgados Primero y Segundo Penales del Circuito para Adolescentes de Manizales entre el 21 de diciembre de 2009 al 21 de diciembre de 2013, bajo una interpretación “adulto-punitivista”.

Metodología

Enfoque

El enfoque de la investigación es histórico hermenéutico, puesto que se pretende comprender una realidad problemática como es una manifestación simbólica del derecho ocurrida en un momento determinado, tal es el caso de la aplicación de la ley 1098 de 2006, en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes en Manizales en casos similares de dosis personal en adolescentes sorprendidos entre el 21 de diciembre de 2009 al 21 de diciembre de 2013.

Tipo de investigación

El tipo de investigación se enmarca en el campo de las normas jurídicas que se expiden para regir en un momento dado de una sociedad determinada. Por esto, se trata de una investigación jurídico social. En este campo, se pretende conocer la aplicación de la ley 1098 de 2006, en la parte que regula el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes.

Diseño

El diseño de la investigación es jurídico descriptiva, pues busca conocer, analizar y describir categorías conceptuales como la justicia especializada y diferenciada de la ley 1098 de 2006, la interpretación adulto-punitivista de esa ley y el fenómeno de la eficacia simbólica del derecho a partir de una serie de eventos similares ocurridos en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes de Manizales entre el 21 de diciembre de 2009 al 21 de diciembre de 2013.

Unidades de análisis

Las unidades de análisis corresponden a las tres categorías conceptuales:

- Justicia especializada y diferenciada de la ley 1098 de 2006.
- El fenómeno de la eficacia simbólica del derecho
- La interpretación adulto-punitivista, a partir de los casos ocurridos en el Juzgado Primero Penal del Circuito de Manizales del del 1º de abril de 2008 al 1º de abril de 2014 sobre porte de estupefacientes y caducidad de la acción.

1 CAPÍTULO I

Sistema de responsabilidad penal para adolescentes

A propósito de la niñez, se atribuye a Cicerón la frase que dice: “*No saber lo que ha sucedido antes de nosotros es como ser incesantemente niños*”. Pues bien, lo que sucede con la niñez es lo mismo que pasa con la historia, de modo que el abordaje del concepto de justicia penal juvenil conviene examinarlo más allá de la ley 1098 (2006) y de la crisis actual de la sociedad y la familia. Los periódicos y los noticieros suelen presentar los delitos cometidos por adolescentes con una crítica al tratamiento benigno que el sistema de justicia tiene preparado para los jóvenes y los adolescentes¹. Y adjudican los problemas de los jóvenes a la benignidad de la ley.

La historia de los niños infractores ha llegado a nuestros días a través de la literatura, como la picaresca de *El Lazarillo de Tormes* en el siglo XVI o las novelas de Charles Dickens, como *Oliver Twist*, en el siglo XIX, o a principios del siglo XX las Confesiones del estafador Felix Krull, de Thomas Mann. En estas historias, como en muchísimas otras desde la Edad Media, se expresa una cultura en la que los jóvenes suelen ser infractores de la ley. La imagen del niño infractor estaba vinculada al hospicio, donde se recogían a los niños que no tenían familia.

¹ Cortes, D. “El lío no son los jóvenes”, artículo periodístico, El Espectador, edición del 19 de mayo de 2013. Bogotá 2013.

Ahora bien, aunque la justicia de los adolescentes se encuentra relacionada con los derechos de los niños, con los deberes de los padres y con la función de la familia, el recorrido histórico que se pretende realizar no ahonda en estos temas y solo se limitará a las expresiones del derecho sancionatorio de los adolescentes.

Finalmente, el Sistema de Responsabilidad Penal de Adolescentes establecido en la ley 1098 (2006) es mencionado en esta investigación como *justicia penal juvenil* o bien como *justicia penal para adolescentes*, *proceso penal juvenil* o *proceso penal para adolescentes*, *derecho sancionatorio de adolescentes*, *derecho penal juvenil*, *sistema judicial para adolescentes*, como sinónimos para no cansar a lector. Con estos términos sinónimos, se designa el conjunto de normas jurídicas aplicadas a las faltas penales de los jóvenes entre los 14 y los 18 años². Para delimitar el concepto, conviene partir de un rastreo histórico que llega hasta la expedición de la ley 1098 (2006) y algunas precisiones jurisprudenciales posteriores efectuadas por las Altas Cortes de Colombia. Cada momento histórico se relaciona con la norma actualmente vigente para resaltar la correlación entre el pasado jurídico de los adolescentes trasgresores país y su actualidad normativa.

Evolución del sistema de responsabilidad penal de adolescentes

Los lazos afectivos expresados como cariño, compasión, ternura, amor, solidaridad, afecto, cuidado y protección de una criatura permiten asegurar su sobrevivencia. Estos sentimientos se predicen generalmente de la madre, lo que no significa que el padre no los experimente. Esos sentimientos maternos y paternos conforman el amor filial. Estos sentimientos fueron descartados por el racionalismo de Descartes (2012) y aún posteriormente de románticos como Fichte (1984), para quienes era necesario despojar el conocimiento de los sentimientos con el fin de despejar el camino de los obstáculos para la razón. Y esto responde al reconocimiento de que

² “Artículo 139. Sistema de responsabilidad penal para adolescentes. El sistema de responsabilidad penal para adolescentes es el conjunto de principios, normas, procedimientos, autoridades judiciales especializadas y entes administrativos que rigen o intervienen en la investigación y juzgamiento de delitos cometidos por personas que tengan entre catorce (14) y dieciocho (18) años al momento de cometer el hecho punible”.

los sentimientos no dependen de la razón sino que pertenecen a la *rex extensa* del cuerpo. Del mismo modo, los sentimientos de los padres con los hijos son dictados por un impulso de protección que no es racional. No obstante, son estos sentimientos los que crean lazos afectivos y los que constituyen la base de una institución como la familia.

Para Berger y Luckman (1968), la socialización primaria ocurre justamente en el ámbito familiar, en el que la noción del otro está referida a personas concretas con quienes se tejen lazos afectivos profundos. Esta socialización es primaria porque los referentes son personas particulares. Es decir, el rol de madre solo lo cumple esta madre y no otra. Mientras que en la socialización secundaria se encuentra el rol en forma independiente de quienes lo ocupan. En la escuela, el rol de maestra puede ejercerlo esta maestra o alguna otra de manera indistinta. Por eso, los sentimientos profundos que se tejen entre la criatura y la madre, en la socialización primaria, son únicos y constituyen un saber propio que define la identidad de la criatura y también la de la madre. En esta forma, el desarrollo del niño depende del cuidado, la protección y la orientación de los padres, como fruto de los sentimientos que se han tejido en el proceso de socialización primaria.

Según Engels (1981), comentando a Morgan, la historia humana comprende las etapas del salvajismo, la barbarie y la civilización, y cada una de estas etapas son subdivididas en estadios inferior, medio y superior, en los que surgen organizaciones como la horda, el clan y la gens, que marcan el surgimiento de diferentes tipos de estructura familiar, la familia consanguínea, la familia punalúa, la familia sindiásmica y la familia monogámica, cuya marca evolutiva se presenta por la exclusión progresiva del trato sexual de los miembros de la familia. Así, en la familia consanguínea todos los miembros de una generación son maridos entre sí. En la familia punalúa se excluyen a los padres y los hijos del comercio sexual y se excluyen ya a los hermanos. En la familia sindiásmica un hombre vive con una mujer, pero le está permitida la infidelidad y la poligamia, y finalmente la monogamia donde un hombre y una mujer se unen a fin de tener una paternidad indiscutida para la descendencia del hombre.

Engels atribuye esta evolución a cuestiones económicas, cuando dice “Convertidas todas estas riquezas en propiedad particular de las familias, y aumentadas después rápidamente, asestaron un duro golpe a la sociedad fundada en el matrimonio sindiásmico y en la gens basada

en el matriarcado” (pág. 61). Pero no solo las condiciones económicas influyeron en la evolución de la familia, pues, según Morales (2003), comentando a Bachofen, influyeron también el avance de las ideas religiosas:

“... lo que modificó históricamente, las relaciones recíprocas entre hombre y mujer no fue el cambio de sus condiciones afectivas intrínsecas, sino el reflejo, filtrado a través de la organización familiar, de la atmosfera y condiciones religiosas vigentes” (pág. 54).

Las pretensiones antropológicas de Engels, su economicismo, y su herencia del universalismo de la modernidad lo hacen pensar que las descritas son etapas de toda la humanidad. Pero sea como sea que haya ocurrido la evolución de las familias en cada cultura, los hijos siempre han sido protegidos y cuidados por sus padres, de modo que puede pensarse que el impulso para hacerlo es instintivo, es decir, es natural. La protección y el cuidado son funciones reproductivas de la cultura que tienden a garantizar la supervivencia y la continuidad del orden social y personal. La educación pertenece a ese orden de la reproducción de la vida y hace parte de las labores domésticas que suelen estar a cargo de la madre en las culturas patriarcales. Y, hasta aquí, el asunto parece un poco sencillo. El problema es cuando los adolescentes se convierten en infractores de las normas sociales. Entonces, surgen formas correccionales y sancionatorias de diferentes tipos, según las culturas. Frente a los hijos, en occidente, la autoridad se ejerce en el hogar, de modo que cuando un niño o un adolescente incurren en alguna falta respecto a las normas de la familia, del grupo, del clan, de la comunidad o de la organización política, es la autoridad doméstica quien aplica el castigo correspondiente.

Las Leyes de Manu son datadas por Flood (2003) entre los siglos III y II a.C. En esa antigua codificación india, se establece en el Libro IX el precepto 27: “Dar a luz hijos, educarlos cuando vienen al mundo, ocuparse cada día en los cuidados domésticos: tales son los deberes de las mujeres”. A su vez, en el mismo libro, en su precepto 312: “El rey que desea el bien de su alma debe perdonar sin cesar a los litigantes, a los niños, a los ancianos y a los enfermos que se dejan llevar por la cólera a invectivarlo³”. En estas antiguas regulaciones sobre los niños, se asigna el

³ El verbo invectivar es una traducción literal del inglés que puede ser mejor *arremeter contra él*.

cuidado y la educación de los niños a la madre, y se aconseja al administrador de justicia o al monarca ser benigno con los niños y perdonarlos de sus faltas. Tales normas, en un temprano escenario jurídico, marcan dos pilares básicos en que, a partir de entonces, se rige el tratamiento de los jóvenes transgresores de la ley: el deber de cuidar, educar y orientar de los padres y su derecho de sancionar y castigar en caso de desconocimiento a las directrices del hogar y, en segundo lugar, el tratamiento benevolente de la autoridad estatal hacia los niños.

En la antigua Mesopotamia, el rey Kish Hammurabi, alrededor del año 1760 a. C., en el Código de Hammurabi, preceptúa en la Ley 195: “Si un hijo golpeó al padre, se le cortarán las manos.”. Similarmente en la Ley 203: “Si un hijo de hombre libre abofeteó a un hijo de hombre libre, su igual, pagará una mina de plata.”. Al respecto, Blanco (2006) comenta:

El Código de Hamurabi señalaba específicamente las obligaciones de los hijos para con sus padres y fijaba las penas que habrían de aplicarse en caso de incumplimiento; aparte de esto, no establece dentro de sus disposiciones ningún régimen de excepción para los menores (pág. 103).

Las dos posiciones que se observan en los dos códigos mencionados indican que en nuestros orígenes jurídicos, los niños infractores tenían un trato legal muy distinto, unas culturas fueron muy duras con ellos, y les dieron igual trato que a los adultos, mientras que otras fueron condescendientes. En esta forma, se ha oscilado entre un trato igual que los adultos en unas, y en otras un trato benévolo.

Más adelante, en el derecho griego, según Blanco (2006), los menores infractores gozaban de privilegios y prerrogativas, a menos que se tratara de homicidio, caso en el cual no se atenuaba la pena. La autora se refiere a Marcó del Pont (1984) p. 40 y 41) y comenta:

En Grecia, siguiendo las ideas de Platón, las cárceles cumplían tres tipos de finalidades, a saber, de custodia, corrección o castigo y se aplicaban básicamente a condenados por robo, deudores insolventes o a aquellos que atentaran contra el Estado, abarcando a jóvenes y adultos (págs. 40-41).

La cultura jurídica romana, fuente de muchas de nuestras instituciones, presenta un avance en materia del derecho de familia y en lo que concierne a los niños. Al respecto, el profesor Tafaro

(2009) considera que, si bien entre los antiguos romanos no había un catálogo de los derechos de los niños a la manera actual con las diferentes declaraciones internacionales, sí operaban instituciones de protección de sus derechos, aplicadas en ese contexto histórico jurídico. Así, con los respaldos legislativos correspondientes, hace un recuento del derecho a nacer, del derecho a la paternidad, derecho al nombre, derecho de crianza, prohibición de trabajo infantil, tutelas y curatelas.

Pero, junto al reconocimiento de los derechos de los niños, el derecho romano estableció una institución como era el poder del *pater familias*, quien, según Tafaro (2009, p. 182), era dueño absoluto de vidas y bienes, de la esposa, de los hijos y los esclavos⁴, aunque este poder fue paulatinamente restringido en caso de abuso:

Las primeras limitaciones habrían sido establecidas por el *ius sacrum* [derecho sagrado concerniente a las relaciones con los dioses]; las Doce Tablas introdujeron límites rigurosos; y la muerte de los hijos fue, ciertamente, campo de acción de los censores y, quizás, de los tribunales domésticos (pág. 182).

Igualmente importante para nuestra investigación aparece una limitante al poder del *pater familias*, respecto a la autoridad sancionatoria para los hijos trasgresores:

En la práctica, la facultad de los padres fue restringida en lo que hace al poder de castigo frente a los hijos culpables de faltas graves: tanto que quizás al tiempo de la ley Lulia de adulteriis estaba prohibido dar muerte a la hija (a menos que la muerte se produjera en flagrancia de adulterio y junto al co-reo de éste), y alrededor de la mitad del siglo II (d. C.) Ulpiano Marcelo atribuía a los mayores “la decisión de considerar, al menos para algunos casos, la muerte del hijo por parte del padre sobre un plano criminoso idéntico al de la muerte del padre por parte del hijo”, es decir, como “delito” (pág. 183).

Elba Cruz (2010) cita en extenso a Raúl Carrara (1995) para establecer que:

⁴ La Patria potestad (potestad del padre), en Roma, implicaba la *Ius vitae et necis* (potestad de vida y muerte sobre los hijos), la *Ius vendendi* (potestad de venderlos), la *Ius exponendi* (potestad de abandonarlos) y la *Ius noxae dandi* (potestad de responsabilidad de sus actos delictivos).

Desde la antigüedad romana que distinguió entre infantes, impúberes y menores, fue la preocupación primordial fijar las edades en que, por falta de desarrollo mental, carecía el niño ciertamente de imputabilidad (hasta los 5, los 7 o los 9 años); en que tal deficiencia podía presumirse *iuris tantum*⁵ (desde el límite anterior hasta los 12 o los 14 años); y la última en que la presunción se invertía y habría que demostrar que el sujeto había obrado sin discernimiento, período éste que de los 12 o los 14 años no se extiende hasta los 16 o los 18 años, como se suele afirmar, sino que abarca todo el resto de la vida puesto que aun en delincuentes de 50 ó 60 años se presume la completa responsabilidad pero se debe dar plena validez y efectos a la prueba en contrario.

También Cruz (2010) cita a Viñas (Viñas, 1983) para referirse a la perspectiva de Horacio en la Lex Cornelia de Sicaris:

Ya en el Imperio, conforme a las previsiones de la Lex Cornelia de Sicaris (L. 48, Tit. 8, Ley 12), la consideración variaba según las edades, pues hasta los 7 años duraba la infancia y los niños eran considerados como el loco (*furiosus*); una segunda categoría era la de los impúberes (o *infantis próxima*) que comprendía a los varones hasta los 10 ½ años y a las mujeres hasta los 9 ½ años y normalmente eran irresponsables de los ilícitos salvo prueba en contrario de una especial capacidad y, por expresa disposición legal, de los delitos contra el honor. Una tercera categoría eran los impúberes “*pubertate próxima*” que se extendía para los varones hasta los 14 años y las mujercitas hasta los 12 años, que no podían ser sancionados con pena de muerte y en general se los castigaba en forma atenuada y a veces se los eximía de sanción. A esta etapa pertenece la época en que la punibilidad del menor dependía de su discernimiento o *dolus capax*. La última categoría era la de los menores, que comprendía la etapa entre los 12 y los 14 años y los 18, quienes eran mencionados con penas algo mitigadas. No faltan algunos autores que extienden esta última categoría, para ciertos efectos, hasta los 25 años (Viñas, 1983, págs. 25-26).

En el Derecho Romano, también el derecho de castigar a los niños trasgresores se radica en la institución del *pater familias*, cuyo poder decrece progresivamente, pasando de un poder omnímodo sobre bienes, esposa, hijos y esclavos, para limitar, en primer lugar, el castigo y

⁵ Son las pruebas simples, que pueden ser destruidas mediante prueba en contrario.

prohibir la pena de muerte para los niños, y en segundo lugar, para establecer límites etarios con una responsabilidad paulatina para el hijo o la hija. En el año 81 aC, el dictador Lucio Cornelio Sila Félix erige un pilar básico de la justicia penal juvenil al reconocer un tratamiento diferenciado de los niños y los adultos, al reconocer una edad mínima en la que se supone una irresponsabilidad total y una edad intermedia en la que hay cierto grado de responsabilidad de acuerdo con su situación específica, que no es otra cosas diferente a lo establecido en la ley 1098 de 2006⁶.

La expansión del Imperio Romano impuso su derecho en los territorios conquistados. Blanco (2006) indica que en Inglaterra, bajo la tutela de Roma, el tratamiento de los adolescentes era muy severo, pero en el siglo X se dio una mejoría al excluirlos de la pena capital, lo que continuó progresivamente en los siglos posteriores hasta llegar al “Chancery Court” (tribunal de equidad) decididamente protector de la niñez.

Un proceso similar ocurrió en la península ibérica, en la España del medioevo, al sucederse una suerte de legislaciones que inician con las cartas o fueros breves, y luego los fueros extensos, destacando para nuestro tema, la promulgación del *Liber Iudiciorum*⁷, en el año 654. Esta codificación establece la minoría de edad a los quince años (libro 1º). Por su parte, Alfonso X el Sabio, rey de Castilla en 1265, expide la Ley de las Siete Partidas. En cuya ley 8, título 31, establece que:

E por si avertera, el que oviesse errado fuesse menor de diez año e medio, no le deven dar ninguna pena. E si fuesen mayor desta edad, e menor de diez e siete años, devenle menguar la pena que darían a los otros mayores por tal yerro.

⁶ ARTÍCULO 143. NIÑOS Y NIÑAS MENORES DE CATORCE (14) AÑOS. Cuando una persona menor de catorce (14) años incurra en la comisión de un delito sólo se le aplicarán medidas de verificación de la garantía de derechos, de su restablecimiento y deberán vincularse a procesos de educación y de protección dentro del Sistema Nacional de Bienestar Familiar, los cuales observarán todas las garantías propias del debido proceso y el derecho de defensa.

⁷ Traducido en 1241 como *Fuero Juzgo*.

Es decir, para los menores de diez años y medio había un régimen de irresponsabilidad total y entre esa edad y los diecisiete años y medio operaba un sistema de semi-inimputabilidad.

Blanco (2006) menciona otra institución básica de la justicia penal juvenil como son las instituciones especializadas en atender a los jóvenes trasgresores:

En 1337, Pedro IV de Aragón estableció en Valencia, bajo el nombre de “Padre de Huérfanos”, una institución cuya finalidad era proporcionar protección y amparo a los menores problemáticos o delincuentes, aplicándoles medidas educativas y de tratamiento. Lamentablemente fue suprimida por Carlos IV en 1793. En 1600 se fundó el “Hospicio de Misericordia” que buscaba en parte la protección infantil, y en 1734 surge en Sevilla, a cargo del hermano Toribio Velasco, una institución para ocuparse de la regeneración de jóvenes infractores prescindiendo de cualquier tipo de castigo y sustentada en una ideología correctiva y protectora. Ese mismo año Felipe V atenúa la penalidad a los menores entre los quince y los dieciséis años y poco después, Carlos III ordena la creación de escuelas y hospicios para delincuentes menores de dieciséis años (pág. 90).

Elba Cruz (2010) relata que más adelante, hacia el siglo XVI, la institución del hospicio sustituyó las antiguas casas de corrección y se extiende por Europa:

Como antecedentes de las instituciones correccionales, creadas según las nuevas doctrinas aceptadas por los legisladores (que pugnaban por la corrección en lugar del castigo penal), podemos citar numerosos esfuerzos de carácter meramente caritativo, atendidas generalmente por grupos religiosos. Las antiguas Casas de Corrección de Ámsterdam, que datan del siglo XVI, son claro ejemplo del valor asignado al trabajo riguroso, como redentor, y a la reeducación moral. La primera institución correccional para jóvenes fue el Hospicio de San Michele fundada en Roma por el Papa Clemente XI en 1703. En Alemania hubo institutos modelos desde 1833 en Horn y 1837 en Waldorf y posteriormente en Wittlich (Renania) ya en 1912. En este último se aisló completamente a los menores respecto de los delincuentes adultos, sometiéndolos a medida de reeducación muy similares a los modelos norteamericanos (pág. 20).

Estas breves referencias indican cómo, en la edad media, se concibieron sitios especializados que, con filosofía protectora y correctiva, atendiera a los jóvenes trasgresores. En esta forma, el

avance en el tratamiento penal de los jóvenes trasgresores no se limita al establecimiento de normas beneficiosas, con un tratamiento diferenciado; sino que por el aumento de número de casos conlleva la creación de instituciones especiales para ubicar a los jóvenes, antecedentes remotos del actual del artículo 162 de la ley 1098 de 2006⁸

Aparte del derecho romano y del derecho español, otra fuente de nuestra institucionalidad jurídica es el derecho francés, pues en el siglo XIX, Colombia adopta el Código de don Andrés Bello, fundado en el Código de Napoleón promulgado en 1804.

En Francia ya se venía elaborando una base protectora del adolescente trasgresor. Blanco (2006) cuenta de una ordenanza de 1268 que establecía la irresponsabilidad absoluta de los niños hasta los diez años. De ahí a los catorce, únicamente recibían amonestaciones o golpes, y solo a partir de los quince años recibían el mismo tratamiento de los adultos. El criterio proteccionista excluyó de responsabilidad a los menores, aunque en el Código Penal de 1810 se giró en sentido contrario y se declaró la responsabilidad penal de todos los niños (Blanco, 2006, págs. 87-88).

En el Código de Napoleón (2014), que aún hoy conserva muchos elementos vigentes en Francia, ya se establecían varios puntos de protección de los niños, con base en la noción de patria potestad, tratada ampliamente en el Título IX, que establece en el Artículo 371 que “El hijo en cualquier edad que se encuentre debe honrar y respetar a su padre y a su madre”. También se reglamentó el poder sancionatorio del hijo que no “honrara y respetara al padre y a la madre”, así:

375. El padre que tenga motivos muy graves de disgusto por la conducta de un hijo, podrá usar los medios de corrección que siguen.

376. Si el hijo no ha entrado en los 16 años podrá el padre hacerle arrestar por algunos días que no pasen de un mes; y para este efecto el presidente del tribunal del distrito deberá despachar la orden de arresto quando aquel lo pida.

⁸ “Artículo 162. Separación de los adolescentes privados de la libertad. La privación de la libertad de adolescentes, en los casos que proceda, se cumplirá en establecimientos de atención especializada en programas del Sistema Nacional de Bienestar Familiar siempre separados de los adultos”.

377 Llegado ya a entrar en los 16 años hasta la mayor edad o hasta la emancipación, podrá el padre pedir el arresto de su hijo por espacio de 6 meses a lo más; para lo cual acudirá al presidente de dicho tribunal, quien después de haber conferenciado con el procurador imperial, dará la orden de arresto o la negará pudiendo en el primer caso acortar el tiempo del arresto que pidiese el padre.

378 Ni en uno ni en otro caso habrá otro escrito ni formalidad judicial sino la orden misma de arresto, y sin explicar en ella los motivos...

379 El padre es siempre dueño de abreviar el arresto que haya él ordenado o pedido. Si después de haber salido de él, cayere el hijo en nuevos extravíos, se podrá mandar de nuevo el arresto del modo prescrito en los artículos precedentes... (Napoleón, 2014, pág. 71)

Las condiciones económicas y sociales de los siglos XVIII y XIX, marcadas por los últimos reductos del feudalismo y la naciente revolución industrial, aumentan en Europa la demanda de servicios para los niños, al crear un fenómeno social de desarraigo que afecta especialmente a los niños, víctimas de la desintegración de la familia por las migraciones del campo a la ciudad y que suelen desembocar en la delincuencia. En esta forma, surgen instituciones y leyes de protección de los adolescentes trasgresores de la ley penal y en muchos países se adoptan normas que, por lo extenso del asunto, se toman aquí los ejemplos más representativos.

Brown (2011) en su blog de internet “Looking at History”⁹ refiere que en Inglaterra gracias al impulso de organizaciones como la Sociedad Marina y la Sociedad Filantrópica lucharon para cambiar la política penal parlamentaria, para mejorar los refugios de los jóvenes trasgresores que se los consideró personas en desarrollo influidos por el entorno, logrando ya en 1838 que en la prisión militar en la Isla Wigth en Parkhurst se abriera un reformatorio para los condenados menores de 18 años y en 1847 se promulgara la “Juvenile Offender’s Act”, donde se fija el límite de edad de los 16 años, y se establecía un procedimiento especial y sumario ante dos Magistrados sacando al joven de la vista pública.

9 Brown, R. recuperado el 29 de marzo de 2015 de: <http://richardjohnbr.blogspot.com/2011/04/young-offenders.html>. Looking at History Looking at History: Young offenders.

La garantía de gozar de un proceso ágil y sumario se replica en las Reglas de Beijing (Regla 20.1) y en la Declaración de los Derechos del Niño¹⁰. Igualmente, la garantía de sacar el proceso del joven trasgresor de la vista pública aparece en el artículo 147 de la ley 1098 de 2006¹¹ y del artículo 153 de la ley 1098 de 2006¹². Esta prohibición de publicar los juicios de menores había sido efectuada expresamente en 1862 en Suiza, donde, según Blanco (2006), "... fue de los primeros países en abandonar el criterio de discernimiento (1908); estableció como edad límite los 18 años e implantó tempranamente el sistema de libertad vigilada". En Colombia, la libertad vigilada se encuentra en el Art. 185 de la ley 1098 de 2006¹³.

En España, en el Código Penal de 1822, en sus artículos 561 y 562, se sancionaba el desacato de los hijos frente a los padres, y permitía imponerles una reprimenda por el Alcalde o incluso internarlos en una casa de corrección hasta por un año¹⁴, para las demás faltas, según Blanco (2006):

¹⁰ Reglas de Beijing Regla 20.1 "Todos los casos se tramitarán desde el comienzo de manera expedita y sin demoras innecesarias".

Declaración de los Derechos del Niño, Artículo 40, Nral. 2, Literal B, Subliteral iii) "Que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial".

¹¹ Artículo 147. Audiencias en el sistema de responsabilidad penal para adolescentes. Las audiencias que se surtan en el proceso de responsabilidad penal para adolescentes, ante los jueces de control de garantías y ante los jueces de conocimiento, serán cerradas al público si el juez considera que la publicidad del procedimiento expone a un daño psicológico al niño, niña o adolescente. Cuando así lo disponga, en ellas solamente podrán intervenir los sujetos procesales.

¹² "Artículo 153. Reserva de las diligencias. Las actuaciones procesales adelantadas en el sistema de responsabilidad penal para adolescentes, sólo podrán ser conocidas por las partes, sus apoderados, y los organismos de control.

La identidad del procesado, salvo para las personas mencionadas en el inciso anterior, gozará de reserva.

Queda prohibido revelar la identidad o imagen que permita la identificación de las personas procesadas.

¹³ "Artículo 185. La libertad vigilada. Es la concesión de la libertad que da la autoridad judicial al adolescente con la condición obligatoria de someterse a la supervisión, la asistencia y la orientación de un programa de atención especializada. Esta medida no podrá durar más de dos años".

¹⁴ Artículo 561. El hijo o hija que hallándose bajo la patria potestad se ausentare de su casa sin licencia de su padre, o cometiere exceso grave, o notable desacato contra su padre o su madre, o mostrare mala inclinacion que no bastasen a corregir las amonestaciones y moderados castigos domésticos, podrá ser llevado por el padre ante el alcalde del pueblo para que le reprenda y le haga conocer sus deberes.

ART. 562. Si despues de esto el hijo ó hija reincidiere en las mismas faltas, podrá el padre ponerlos, con conocimiento y auxilio del alcalde, en una casa de correccion por espacio de un mes a un año".

Por su parte el Código penal de 1822 declaró la irresponsabilidad de los menores hasta los siete años, de los siete a los diecisiete se guiarían por el grado de discernimiento, devolviendo al menor con su familia, aplicándosele una pena atenuada o bien, internándolo en una casa corrección.

El 4 de enero de 1833 se expidió una Ley fundamentando la creación de Reformatorios, siendo el de Alcalá de Henares (1888) el primero en aparecer.

Ya en 1834 se había logrado en las cárceles la separación de jóvenes y adultos, sin embargo, en 1893 se dio marcha atrás, perdiéndose todos los adelantos anteriores

Aparte del progresivo aumento de la edad para responder ante la ley, otra de las conquistas del derecho penal juvenil, es el reconocimiento de la prevalencia de la familia en la educación del joven, y el carácter subsidiario de la intervención estatal al preferir devolver al joven a su núcleo familiar para que allí sea disciplinado antes que una intervención de la autoridad, principio denominado como de corresponsabilidad, según se consagra en el artículo 10 de la ley 1098 de 2006¹⁵.

En Estados Unidos, según Blanco (2006), en el Siglo XVIII se seguían las reglas del *Common Law* inglés donde los menores de 7 años eran considerados incapaces de cometer actos criminales pero, conforme a la regla de discernimiento, hubo niños que no llegaban a los doce años condenados a muerte. Cuenta la autora que el primer reformatorio juvenil se estableció en Nueva York en 1825, y siguió el de Boston en 1826 y el de Pensilvania en 1828.

En la historia del derecho penal de adolescentes, es referencia ineludible el tratado de Antony Platt (1997), donde muestra en detalle las memorias del movimiento de damas de alta sociedad que en forma altruista se dedicaron a mejorar las condiciones de los adolescentes transgresores en los Estados Unidos, hasta llegar a la constitución del Tribunal de Illinois de 1899, que fue replicada en otros estados de la Unión, con una filosofía propia, basada en el principio de “*parens patriae*” y con un criterio moral. Allí, el joven no se lo acusaba sino que era objeto de

¹⁵ “Artículo 10. Corresponsabilidad. Para los efectos de este código, se entiende por corresponsabilidad, la concurrencia de actores y acciones conducentes a garantizar el ejercicio de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes. La familia, la sociedad y el Estado son corresponsables en su atención, cuidado y protección”.

ayuda y orientación. La actuación no constituía antecedentes penales¹⁶ y se obligaba a la reserva del expediente para el público y la prensa y la celebración relativamente privada de la audiencia¹⁷. La investigación debe ser adelantada por un Juez comprometido asesorado por “terapeutas judiciales” de los aspectos familiares y sociales. En esta forma, se toma al adolescente como víctima de su medio¹⁸. En esta legislación, se recomendaba disponer la sala de audiencias de modo que el Juez se sentaba a la misma altura del joven, y debía crearle confianza dándole una palmada en la espalda y erradicar el lenguaje descalificativo.

Resultan contundentes los logros del Tribunal de Illinois, al partir del reconocimiento de la “*parens patriae*” utilizada en Inglaterra desde el siglo XVI, mediante la cual el Estado se arroga el poder de proteger al niño ante la carencia del padre¹⁹. El principio de corresponsabilidad entre la familia, la sociedad y el Estado debe ser considerado por el Juez, pues la Familia es la llamada a responder por el niño y, si hay un grupo familiar con capacidad y con interés para atender la formación del trasgresor, debe privilegiarse el grupo familiar para aplicar la medida. De modo

¹⁶ En Colombia, este principio se consagra en la –hoy consignado en la ley 1098 de 2006 “Artículo 159. *Prohibición de antecedentes*. Las sentencias proferidas en procesos por responsabilidad penal para adolescentes no tendrán el carácter de antecedente judicial. Estos registros son reservados y podrán ser utilizados por las autoridades judiciales competentes para definir las medidas aplicables cuando se trate de establecer la naturaleza y gravedad de las conductas y la proporcionalidad e idoneidad de la medida”.

¹⁷ En Colombia, este principio se consagra, como en el caso anterior, en la ley 1098 de 2006, en el artículo transcrito en la nota anterior, y en el Artículo 153. *Reserva de las diligencias*. Las actuaciones procesales adelantadas en el sistema de responsabilidad penal para adolescentes, sólo podrán ser conocidas por las partes, sus apoderados, y los organismos de control ... La identidad del procesado, salvo para las personas mencionadas en el inciso anterior, gozará de reserva ... Queda prohibido revelar la identidad o imagen que permita la identificación de las personas procesadas.

¹⁸ En Colombia este principio es consagrado en la ley 1098 de 2006, en los artículos 148 y 189: *Artículo 148. Carácter especializado*. La aplicación de esta ley tanto en el proceso como en la ejecución de medidas por responsabilidad penal para adolescentes, estará a cargo de autoridades y órganos especializados en materia de infancia y adolescencia.

Artículo 189. Imposición de la sanción. Concluidos los alegatos de los intervinientes en la audiencia del juicio oral el juez declarará si hay lugar o no a la imposición de medida de protección, citará a audiencia para la imposición de la sanción a la cual deberá asistir la Defensoría de Familia para presentar un estudio que contendrá por lo menos los siguientes aspectos: Situación familiar, económica, social, psicológica y cultural del adolescente y cualquier otra materia que a juicio del funcionario sea de relevancia para imposición de la sanción. Escuchada la Defensoría de Familia el juez impondrá la sanción que corresponda.

¹⁹ Este principio se reconoce en Colombia en el inciso 2º del artículo 44 de la Constitución Política de 1991: “Son derechos fundamentales de los niños ... La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos” (CP, 1991).

que, a pesar de la comisión de una infracción, los hijos son de la familia, y ella debe seguir orientándolos, educándolos y guiándolos. El Estado únicamente debe intervenir en subsidio de esa familia.

Debe destacarse las medidas que necesitan de un Juez y un equipo comprometido, que deben ser expertos conocedores del tema, requiriendo de un personal especializado. Esa exigencia se ha extendido a todos los órdenes desde la primera persona representante del Estado con quien el joven tiene contacto, como son los efectivos de la Policía, hasta el último como es el encargado de la ejecución del programa²⁰.

Según Platt (1997), esta revolución conceptual no estuvo exenta de críticas, especialmente de los “moralistas legales” que consideraban el Tribunal de Menores como arbitrario y parcializado. Entonces, el sistema, quizá en respuesta a estas críticas, en 1967, en el célebre Caso Gault, se concluye que los adolescentes imputados tienen los mismos derechos de los adultos reconocidos en la *decimocuarta enmienda*, esto es, en total derecho a la igualdad, a gozar de un debido proceso, a guardar silencio, al derecho de defensa y a apelar, según observa Estrada (2007).²¹

En Europa ocurría otro tanto. Algunas mujeres voluntarias como la inglesa Eglantyne Jebb que luchaba por paliar el daño dejado por la I Guerra Mundial en la infancia europea, y concibe el fondo “Save Of Children”. A través de esta Organización, se enuncia en 1924 la Declaración

²⁰ Véanse los artículos 88, 139, 163, 168, y 177 de la ley 1098 de 2006, y en especial el artículo 148: “Artículo 148. Carácter especializado. La aplicación de esta ley tanto en el proceso como en la ejecución de medidas por responsabilidad penal para adolescentes, estará a cargo de autoridades y órganos especializados en materia de infancia y adolescencia.”.

²¹ En Colombia, estas garantías se encuentran en los artículos 152 y 154 de la Ley 1098 de 2006:

Artículo 152. Principio de legalidad. Ningún adolescente podrá ser investigado acusado, ni juzgado por acto u omisión, al momento de la comisión del delito que no esté previamente definido en la ley penal vigente, de manera expresa e inequívoca. El adolescente declarado responsable por la autoridad judicial de la comisión de un delito sólo podrá ser sancionado con la imposición de las medidas definidas en la presente ley.

Artículo 154. Derecho de defensa. El adolescente durante toda la actuación procesal y aún antes de la imputación deberá tener un apoderado que adelante su defensa técnica. Ninguna actuación procesal tendrá validez si no está presente su apoderado. El adolescente podrá designar apoderado, quien tendrá derecho a revisar las diligencias y a actuar desde el momento de la noticia criminal.

de Ginebra sobre los Derechos de los Niños²², basada en el modelo garantista o de la situación irregular, esto es, que los niños y los adolescentes en situación de abandono debían pasar a la tutela pública a cargo del Estado, sin hacer distinción de los niños trasgresores de la ley penal.

Con la modernidad, el problema se complejiza. Cada vez más personas defienden los derechos de los niños. Después de la segunda guerra mundial, se creó la Organización de las Naciones Unidas que en 1948 promulgó la Declaración Universal de los Derechos Humanos, donde, implícitamente, se encuentran los derechos de los niños. Luego, el 20 de noviembre de 1959, la ONU aprobó la *Declaración de los Derechos del Niño* que es un catálogo de reconocimiento de derechos. Según Cruz (2010), esta declaración adoptó los principios de vulnerabilidad, de derecho penal sustancial, de derecho procesal o estructural y del debido proceso legal. Estos principios son acogidos por el Decreto 2737 de 1989, por la CP de 1991 y por el Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098, 2006).

La Declaración distingue entre un chico abandonado, uno huérfano y uno que ha huido de su hogar que se dedica a la mendicidad y el joven trasgresor de la ley penal. Para estos últimos, se trazan pautas que se expresan en las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores o “Reglas de Beijing”, que rigen para los Estados Miembros desde mayo de 1984. Conviene destacar en los procesos penales de los adolescentes la Regla 14.2²³ que exige que el proceso favorezca el interés del menor y la participación libre y activa del procesado. El primer concepto se extendió más tarde a toda situación administrativa donde esté incurso un menor, lo que se convirtió posteriormente en el “interés superior del niño”.

²² “1. El niño debe ser puesto en condiciones de desarrollarse normalmente desde el punto de vista material y espiritual.

1. El niño hambriento debe ser alimentado; el niño enfermo debe ser atendido; el niño deficiente debe ser ayudado; el niño desadaptado debe ser reeducado; el huérfano y abandonado deben ser recogidos y ayudados.

2. El niño debe ser el primero en recibir socorro en caso de calamidad.

³. El niño debe ser puesto en condiciones de ganarse la vida y debe ser protegido de cualquier explotación.

⁴. El niño debe ser educado inculcándole el sentimiento del deber que tiene de poner sus mejores cualidades al servicio del prójimo”.

²³ “14.2 El procedimiento favorecerá los intereses del menor y se sustanciará en un ambiente de comprensión, que permita que el menor participe en él y se exprese libremente”.

El segundo se encuentra plasmado en el artículo 26 de la Ley de Infancia y Adolescencia (2006)²⁴.

La protección de los niños es ratificada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, que adopta la Convención Internacional de los Derechos del Niño, con 54 preceptos protectoras. En el Numeral. 3 del artículo 40, establece la obligación a los Estados miembros de imponer un procedimiento especial para los jóvenes trasgresores de la ley penal²⁵. Allí se reconoce el interés superior del niño en el artículo 3²⁶; se establece que respetando los derechos y deberes de los padres, es decir, de manera subsidiaria a la institución familiar, todas las medidas que tome la autoridad tendrán en consideración el interés superior del niño. Muchos principios ya son recogidos por el Código del Niño y el adolescente, incluso los artículos 20 y 21 los transcriben textualmente y, por supuesto, el artículo 44 de la CP de 1991 adopta estos principios. Esta Convención fue ratificada por el legislador mediante la ley 12 de 1991.

El 7 de septiembre de 1990, se expiden las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de la libertad o *Reglas de la Habana*, donde se regula lo pertinente a los adolescentes privados de la libertad por encontrarse incurso en un proceso penal, y se establece que el internamiento se efectuará en centros altamente especializados, bajo condiciones de dignidad humana con fines de rehabilitación, excepcional y por el menor tiempo posible.

²⁴ En la primera parte de los principios generales, en el Numeral 2 de las Definiciones en el literal a, se define al menor como al niño o joven que puede ser castigado en forma diferente al adulto “a) Menor es todo niño o joven que, con arreglo al sistema jurídico respectivo, puede ser castigado por un delito en forma diferente al adulto.”.

²⁵ “Artículo 40 Nral. 3. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular”.

²⁶ “Artículo 3

1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.”.

Estando ya madura la distinción y la problemática de los jóvenes trasgresores de la ley penal, las Naciones Unidas acogen las directrices para la prevención de la delincuencia juvenil o “Directrices de Riadh”, adoptadas el 14 de diciembre de 1990. En estas directrices, en el Numeral 52 se establece que las leyes y los procedimientos para los jóvenes deben ser especiales²⁷. Se exige así un tratamiento especial y diferenciado.

Breve historia del sistema de responsabilidad penal de adolescentes en Colombia

En la América hispánica, según Cruz (2010) y Blanco (2006), se recogen algunos puntos del derecho penal de adolescentes por las culturas precolombinas, especialmente los Aztecas. En Colombia, el Código de Nompaném y luego la Leyes de Nemequene no hacen distinción alguna en el tratamiento de los adolescentes, aunque Restrepo (1895) encuentra que “Las travesuras de los muchachos se castigaban echándoles en los ojos agua de ají, lo que les producía fuerte escozor”. Con esto, indicaba que podía haber un tratamiento más benévolo en razón de la edad.

Según Velásquez (1987), la conquista se caracterizó por la completa anarquía donde los invasores españoles se dedicaron a aplastar el derecho penal aborigen y, solo a partir de la Colonia empezaron a regir con alguna claridad las leyes españolas: Fuero Juzgo, las Siete Partidas, la Recopilación de las Leyes de los Reinos de Indias. En esta última reglamentación, se establece como edad de responsabilidad plena los 18 años, y se crean instituciones de protección de la población infantil, como el Hospital San Juan de Dios fundado en 1564 y luego la Casa de Expósitos y Recogidos, fundada en 1642, según Mancera (2012) y el Hospicio de Pobres en 1790.

Gracias al desorden de los primeros días de independencia, este derecho continuó aplicándose aún después de la emancipación de España, y solo en 1837 se expide la primera regulación penal

²⁷ “52. Los gobiernos deberán promulgar y aplicar leyes y procedimientos especiales para fomentar y proteger los derechos y el bienestar de todos los jóvenes.”.

con el Código Penal de la Nueva Granada, basado en la orientación del libre albedrío de Bentham, y donde se establecía en el artículo 106 la inimputabilidad absoluta para los menores de siete años. Entre esa edad y los diez años y medio no recibían castigo y se instaba a los padres al cuidado, la corrección y la educación del niño, y si no lo hacían, podían ser enviados a una casa de reclusión por el tiempo necesario hasta los diecisiete años. Finalmente, los adolescentes entre los trece y los dieciocho años debían responder por sus actos (Holguín-Galvis, 2010). La autora relata que en materia de instituciones, unos años antes del código, en 1833, la Cámara de Providencia de Bogotá, resuelve cambiar el Hospicio de Bogotá por una Casa Refugio donde los menores tuvieran educación, instrucción y beneficencia.

Durante las luchas entre federalistas y centralistas, se impone el Código Penal de los Estados Unidos de Colombia, o Lei (sic) 112 de 1873, en las que el régimen anterior no se altera mayormente, según se deduce del contenido de los artículos 85, 86, 87 y 89²⁸. Estas normas ofrecen dos datos interesantes: primero, para ubicar a los niños en las casas de reclusión, se habla de un tiempo conveniente “*según su edad i circunstancias del caso*”²⁹. Segundo, el Estado

²⁸ “Art. 85. Si el menor de diez i siete años incurriere en delito que tenga señalada pena de espulsion del territorio de la Nacion, sufrirá por igual tiempo la de confinamiento en el lugar que se estime mas a propósito para su educacion i correccion. (sic).

Art. 86. Si el menor de catorce años cometiere un delito que por la lei tenga señalada pena de presidio, sufrirá la de reclusión por igual tiempo.

Art. 87. Son excusables, i no están por consiguiente sujetos a pena alguna:

El menor de siete años. “.

Art. 89. En ningún caso se impondrá pena al menor de doce años, i solamente se prevendrá a los padres, abuelos o curadores cuiden de él, le den educacion i lo corrijan convenientemente. Pero si hubiere fundado motivo para desconfiar de que los padres, abuelos o tutores lo corrijan, o se comprobare que es incorrejíble, se le pondrá en una casa de reclusión por el término que se estime conveniente, según su edad i circunstancias del caso, con tal que no pases de la época en que cumpla diez i siete años.”. (sic).

²⁹ Hoy, la ley 1098 de 2006 dice: “artículo 179. Criterios para la definición de las sanciones. Para definir las sanciones aplicables se deberá tener en cuenta:

1. La naturaleza y gravedad de los hechos.
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.
3. La edad del adolescente.
4. La aceptación de cargos por el adolescente.
5. El incumplimiento de los compromisos adquiridos con el Juez.
6. El incumplimiento de las sanciones”.

únicamente actúa ante la carencia de los padres, de los abuelos o del tutor, y solo a falta de estos, bajo el criterio *in loco parentis*, al considerarse a los padres como los depositarios de la obligación y facultad de sostener, orientar, corregir y educar a los niños, según se puede inferir de los artículos 252 a 288 de la ley 57 de 1887, y especialmente del artículo 262³⁰. Como ha sido tradicional en las culturas jurídicas inspiradas en el derecho romano, la autoridad judicial actúa ante la carencia de padres o personas responsables, respetando el poder del *pater familias*, y preferiblemente devuelve a los chicos al seno familiar para que sean los padres de familia quienes impongan la disciplina.

La ley 19 del 18 de octubre de 1890 o Código Penal de 1890 no modifica significativamente la situación de los adolescentes trasgresores, pues se limita a replicar las normas anteriores. Así, el numeral 3 del artículo 29 considera excusable al niño menor de 7 años, y en las normas transcritas se aumenta levemente el límite de edad para tener como relativamente incapaz al niño menor de doce años, a quien se puede internar hasta los 18 años, según el artículo 31³¹. Ese mismo año también se expidió la ley 123 de 1890 que ordena la creación de una Casa de Corrección en Bogotá.

El problema de los jóvenes trasgresores no cedía en los primeros años del siglo pasado, pues ya había instituciones dedicadas exclusivamente a su atención a cargo del Estado, según la ley 35 de 1914 la administración de las Casas de Corrección para Menores estaría a cargo de la nación. Esta disposición permitiría, por ejemplo que la Asamblea de Antioquia creara una Casa

³⁰ “Artículo 262. El padre tendrá la facultad de corregir y castigar moderadamente a sus hijos, y cuando esto no alcanzare, podrá imponerles la pena de detención, hasta por un mes, en un establecimiento correccional.

Bastará al efecto la demanda del padre, y el juez en virtud de ella, expedía la orden de arresto.

Pero si el hijo hubiere cumplido los dieciséis años, no ordenará el juez el arresto, sino después de calificar los motivos, y podrá extenderlo hasta por seis meses a lo más.

El padre podrá, a su arbitrio, hacer cesar el arresto”.

³¹ Art. 31. Cuando cometa un delito un menor de doce años, y mayor de siete, no se le impondrá la pena que para ese delito ha fijado la ley; pero se prevendrá á sus padres ó tutores cuiden de darle educación y lo corrijan convenientemente. Pero si hubiere fundado motivo para desconfiar de que los padres ó tutores lo corrijan, ó si se probare que es incorregible, se lo pondrá en una casa de reclusión por el término que se estime conveniente, según su edad, la gravedad del delito y demás circunstancias, con tal que no pase de la época en que cumpla los diez y ocho años.”.

Correccional de Medellín, mediante la Ordenanza No. 5. Sobre Bogotá, Mancera (2012) hace una descripción de las casas de Don Bosco, la Casa Refugio y la Casa Correccional de Paiba, “legalizada” gracias a la ley 98 de 1920, donde ya se acuña el concepto de “menor delincuente”. En esa misma línea sobre el problema, Sanabria (2011) sostiene que:

Junto con el problema de la vagancia y la ratería, las ciudades colombianas, en los años analizados, tenían otro asunto de difícil manejo en términos de lo que implicaba mantener el orden y el control social en un contexto cambiante; la juventud y la infancia constituían un sector poblacional muy proclive a caer en la delincuencia dado el escaso margen que tenía la sociedad para ubicar esta población en el sistema educativo o el productivo. Los debates sobre esta problemática se dieron desde diversos puntos de vista y asumieron posiciones no siempre concordantes... (pág. 102)

La ley 89 de 1920 fue el primer antecedente de un viraje de tratamiento de los niños en situaciones irregulares, y se cambia el foco, pues ya no se centra el interés en las instituciones de la beneficencia sino en la acción del Estado. Este viraje se observa en la ley 15 de 1923, que faculta a las Asambleas Departamentales a crear Casas de Menores y Escuelas de Trabajo. Con base en esta ley, gracias a la Ordenanza No. 4 del 30 de abril de 1924, el doctor Aquilino Villegas fundó en Manizales la Escuela de Trabajo La Linda. Y pocos años después, la ley 76 de 1926 define una política de intervención con principios aún hoy vigentes. Se crea un ente a cargo del Estado para proteger a los “menores” en situación de riesgo definidas en el artículo 1^o³². Esta ley se llamó el Instituto Tutelar, con secciones especiales, como la Escuela del Trabajo, donde se creó, a su vez, otro pabellón especial para los “menores” simplemente sindicados, y pabellones especiales para vagos y para abandonados; se prohíbe la conducción pública del “menor” y se

³² “*Artículo 1.* Los varones o mujeres menores de quince años estarán al cuidado de la asistencia Pública en los siguientes casos:

- a). Cuando se hallen bajo la patria potestad o bajo tutela o curaduría;
- b). En los casos enumerados en el artículo 315 del código Civil, aunque no se haya declarado la emancipación judicial;
- c). Los vagos y los mendigos, cuyos padres no puedan sostenerlos y educarlos;
- d). Cuando el Juez de Menores lo crea conveniente para la salvación del niño o de la niña, cuyos padres están en imposibilidad, por cualquier causa física o moral, para el cuidado y educación de sus hijos.

obliga a conducirlo a los establecimientos ordinarios de Policía, se ordena la reorganización de la Casa de Menores de Paiba, se establece como fin del Instituto Tutelar (Ley 76, 1926): “amparar a los menores hasta que se hallen en posibilidad de conducirse solos y de ganarse la vida honradamente”, además de la guarda y educación de estos “menores”, se faculta para la contratación de expertos internacionales sobre la materia, se crea el Consejo de Asistencia Pública, se faculta para la creación de una Casa de Mujeres Menores, entre otras disposiciones sobre otros temas de protección de “menores”. En definitiva es un completo ordenamiento sobre el tema, con conceptos muy avanzado para la época pues pasa del sistema tutelar al de “situación de riesgo” (Delgado 2008).

Por aquella época, hace ya casi, 100 años, según Sanabria (2011), el director de unos de esos centros de internamiento, el médico higienista Jorge Bejarano (1929) describe desde el punto de vista médico las causas de la delincuencia juvenil y las dificultades del tratamiento en las siguientes palabras:

Yo no sé cuándo nosotros nos daremos cabal cuenta de que la ola de la criminalidad crece día por día. La delincuencia infantil es cada día mayor. La estadística de Paiba lo dice con cifras elocuentes. Cuarenta y cinco y más niños llegan mensualmente allí. La reincidencia demuestra en grado sumo cuál ha sido el resultado de esa prisión que no educó sino que pervirtió. Niños hay que reinciden en la misma falta hasta veinte veces en el año, y esas tantas veces llegan allá condenados para volver a salir pronto o tarde de esa inútil prisión... (pág. 23)

A partir de allí, la legislación de protección a los menores ha sido más o menos extensa, como ocurre con la ley 15 de 1923, sobre Casas de Menores y Escuelas de Trabajo; la ley 79 de 1926, sobre los Institutos Tutelares; la Ley 48 de 1936 sobre vagos, maleantes y rateros. Estas leyes no mitigaron la grave situación de los niños de esa época. Al decir de León (1939) citando al primer Juez de Menores, el doctor Nicanor Anzola, así:

Es preciso tener muy en cuenta que todo cuanto por los niños se haga, desde cualquier punto de vista, ya sea desde el higiénico, ya desde el moral, religioso o intelectual, no cabe duda que redundará en bien positivo para la patria, disminuyendo la criminalidad de los menores, verdadero azote de nuestra sociedad, que amenaza destruirla y acabar con ella. Quienes a tan

noble empresa se dediquen, merecerán bien de la patria, pues una de las más nobles cruzadas que pueden emprenderse, es la redención del niño, a quien hoy empujan con fuerza avasalladora los más repugnantes vicios por el camino del hospital y del panóptico... (pág. 23).

En 1946, se expide la emblemática Ley 83 o Ley Orgánica de Defensa del Niño, en la que se trata, entre otros temas, el trabajo infantil, la situación de abandono y el suministro de alimentos. En materia penal, se crea un Juzgado de Menores en cada capital de departamento, con un equipo de trabajo, ante quien se debía presentar al joven en el menor tiempo posible; prohibía, además de ubicarlo en cárceles comunes al tenor del artículo 12, conducirlo esposado o amarrado según el artículo 14. Estas garantías hoy replicadas en los artículos 94, ya transcrito, y 162³³ de la ley 1098 de 2006. Es de resaltar que la Ley Orgánica de Defensa del Niño, exigía que el joven fuera trasladado en el menor tiempo posible ante el Juzgado de Menores. Hoy tal garantía no solo sigue vigente sino que se hace más exigente al establecerse que ese traslado ante la autoridad competente debe ser inmediato, según el artículo 191 de la ley 1098 de 2006³⁴.

Después de la expedición de la ley 75 de 1968, por la cual se crea el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, se expidió el Decreto 409 de 1971 o Código de Procedimiento Penal, donde en el Libro Tercero, Título V, Capítulo II, entre los artículos 627 a 659, se reglamentan “Los Juicios ante los Jueces de Menores”, pero lo que hace es replicar las normas procedimentales de la ley 83 de 1946.

El siguiente paso importante fue la expedición del Decreto 2737 de 1989 o Código del Menor, que ordena sistemáticamente el tema, se fijan órganos, autoridades, normas, derechos,

³³ “*artículo 162. Separación de los adolescentes privados de la libertad.* La privación de la libertad de adolescentes, en los casos que proceda, se cumplirá en establecimientos de atención especializada en programas del Sistema Nacional de Bienestar Familiar siempre separados de los adultos.”.

³⁴ “*Artículo 191. Detención en flagrancia.* El adolescente sorprendido en flagrancia será conducido de inmediato ante el Fiscal Delegado para la autoridad judicial, quien dentro de las 36 horas siguientes lo presentará al Juez de Control de Garantías y le expondrá cómo se produjo la aprehensión”.

principios y procedimientos sobre la protección de los derechos de los niños, tratando de regular el asunto tal como lo propone el artículo 1º³⁵.

Sobre el tema de nuestro estudio, respecto a los jóvenes trasgresores de la ley penal, entre otras disposiciones, en el Título Quinto se establece el principio de legalidad, se consagra como inimputables los menores de 18 años, y los menores de 12 años recibirán una protección especial; se establecen los derechos del joven sindicado y las medidas aplicables. Conviene resaltar que ya en esta norma la concepción jurídica de su especificidad es clara, y así lo reconoció la Corte Constitucional (2001):

En efecto, el tenor literal de la disposición acusada introduce una clara diferencia de trato entre los menores de 18 años frente a los adultos que han infringido la ley penal, pues somete a los primeros a un sistema independiente de responsabilidad penal. Con meridiana claridad, la sola redacción de la disposición denota tal propósito, por lo que no podría afirmarse, sin contradecirla, que el régimen aplicable a los menores es o será idéntico al que se ajustan los adultos (pág. 8).

En 1991, Colombia adopta la Constitución Política, donde se protege a la familia y a los niños, en el artículo 5º cuando se reconoce a la familia como la institución básica de la sociedad; en el artículo 11, que establece una protección especial por su condición mental; el artículo 42 que reglamenta todo lo concerniente a la protección constitucional de la familia; el artículo 44³⁶,

³⁵ "Artículo 1º. Este código tiene por objeto:

1. Consagrar los derechos fundamentales del menor.
2. Determinar los principios rectores que orientan las normas de protección al menor, tanto para prevenir situaciones irregulares como para corregirlas.
3. Definir las situaciones irregulares bajo las cuales pueda encontrarse el menor; origen, características y consecuencias de cada una de tales situaciones.
4. Determinar las medidas que deben adoptarse con el fin de proteger al menor que se encuentre en situación irregular.
5. Señalar la competencia y los procedimientos para garantizar los derechos del menor.
6. Establecer y reestructurar los servicios encargados de proteger al menor que se encuentre en situación irregular, sin perjuicio de las normas orgánicas y de funcionamiento que regulan el sistema nacional de bienestar familiar."

³⁶ "Artículo 44. Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o

donde se establecen prevalentemente los derechos de los niños; y el artículo 45 sobre la protección especial del adolescente.

El artículo 44 de la CP., aparece con doble peso gravitante, por su relevancia jerárquica y por la amplitud del reconocimiento de varios derechos, que a su vez, son complementados con los reconocidos en los tratados internacionales, también por reconocer el principio de corresponsabilidad entre la familia, la sociedad y el estado respecto a la garantía de los derechos de los niños, y por establecer la prevalencia de los derechos de los niño.

De otro lado, el interés prevalente del niño en la ley 1098 de 2006, se consagra en varios artículos: 5, 6, 7, 8, 9, 46 y 144. Merece mención especial el artículo 140³⁷, en el que se exige expresamente a la autoridad judicial conocedora del proceso penal del adolescente tener en cuenta en sus decisiones el interés superior del niño, sobre el cual la Corte Constitucional (CC T-572, 2010) ha planteado lo siguiente:

25. Así, de acuerdo con lo establecido en el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño y el artículo 44 de la Constitución Política, los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás. A partir de esta cláusula de prevalencia, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que los niños, niñas o adolescentes tienen un estatus de *sujetos de protección constitucional reforzada*, lo que significa que la satisfacción de sus derechos e

económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.

Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”.

³⁷ “Artículo 140. Finalidad del sistema de responsabilidad penal para adolescentes. En materia de responsabilidad penal para adolescentes tanto el proceso como las medidas que se tomen son de carácter pedagógico, específico y diferenciado respecto del sistema de adultos, conforme a la protección integral. El proceso deberá garantizar la justicia restaurativa, la verdad y la reparación del daño.

En caso de conflictos normativos entre las disposiciones de esta ley y otras leyes, así como para todo efecto hermenéutico, las autoridades judiciales deberán siempre privilegiar el interés superior del niño y orientarse por los principios de la protección integral, así como los pedagógicos, específicos y diferenciados que rigen este sistema. ...”

intereses, debe constituir el objetivo primario de toda actuación (oficial o privada) que les concierna (pág. 17).

Finalmente, la ley 1098 de 2006 o Código de la Infancia y la Adolescencia consagra unas finalidades, un objeto, unos derechos, unos principios, unas instituciones, unas obligaciones y unos deberes. Se resalta para este estudio el contenido del artículo 14 sobre la responsabilidad parental, puesto que establece como obligación de los padres la “orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los niños, las niñas y los adolescentes durante su proceso de formación”³⁸. Estas obligaciones son centrales en el proceso sancionatorio, pues en el proceso de formación está la posibilidad de impartir castigo ante las faltas cometidas.

Pero las normas más relevantes para nuestro propósito es el Libro II, donde se instituye el Sistema de Responsabilidad Penal de Adolescentes, y se establecen como principios y finalidades del procedimiento y de las medidas, según el artículo 140³⁹, su: “carácter pedagógico, específico y diferenciado respecto del sistema de adultos”. Este criterio debe considerarse en la interpretación y en caso de conflictos normativos y hermenéuticos, según el inciso segundo de la norma.

La ley 1098 de 2006 remite, en materia sustancial penal, a la legislación penal del país, es decir a la ley 599 de 2000 o Código Penal, y sus normas complementarias y reformativas. En materia procesal hace lo mismo, cuando se acude a los contenidos de la ley 906 de 2004 y sus normas complementarias y modificatorias, leyes 1395 de 2010 y 1453 de 2011, principalmente.

³⁸ “Artículo 14. *La responsabilidad parental*. La responsabilidad parental es un complemento de la patria potestad establecida en la legislación civil. Es además, la obligación inherente a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los niños, las niñas y los adolescentes durante su proceso de formación. Esto incluye la responsabilidad compartida y solidaria del padre y la madre de asegurarse que los niños, las niñas y los adolescentes puedan lograr el máximo nivel de satisfacción de sus derechos”.

³⁹ “Artículo 140. *finalidad del sistema de responsabilidad penal para adolescentes*. En materia de responsabilidad penal para adolescentes tanto el proceso como las medidas que se tomen son de carácter pedagógico, específico y diferenciado respecto del sistema de adultos, conforme a la protección integral. El proceso deberá garantizar la justicia restaurativa, la verdad y la reparación del daño”.

En caso de conflictos normativos entre las disposiciones de esta ley y otras leyes, así como para todo efecto hermenéutico, las autoridades judiciales deberán siempre privilegiar el interés superior del niño y orientarse por los principios de la protección integral, así como los pedagógicos, específicos y diferenciados que rigen este sistema.”.

No obstante, el tratamiento penal de los adolescentes trasgresores es diferente del tratamiento de los adultos, precisamente porque se trata de una justicia especializada y diferenciada. Así lo ha entendido la Corte Suprema de Justicia cuando afirma (CSJ - proceso 30.645, 2009):

Aun cuando el Congreso no diseñó un cuerpo normativo totalmente independiente para regular la investigación, juzgamiento, control de la sanción de adolescentes, así como lo relativo a la reparación del daño y el trámite cuando los niños, las niñas o los adolescentes son víctimas de delitos, el Libro Segundo de la Ley 1098 de 2006 contiene un conjunto de disposiciones que permiten concluir que se trata de una legislación especial a través de la cual el Estado colombiano se pone a tono con los tratados suscritos sobre la materia...

Ahora, del artículo 140 del Código de la Infancia y la Adolescencia surge otro postulado regulador de la actividad de los distintos funcionarios, pues, en caso de enfrentar conflictos normativos, deben “privilegiar el interés superior del niño y orientarse por los principios de la protección integral, así como los pedagógicos, específicos y diferenciados que rigen este sistema (pág. 17).

Bajo la vigencia de la ley 1098 de 2006, la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre el carácter especializado y diferenciado de este sistema jurídico, como ha ocurrido con los pronunciamientos de constitucionalidad C-126 de 2011, C-055 de 2010, C-684 de 2009, cuya línea doctrinal inicia con la sentencia hito C-740 (2008) así:

En materia de responsabilidad penal para adolescentes tanto el proceso como las medidas que se tomen son de carácter pedagógico, específico y diferenciado respecto del sistema de adultos, conforme a la protección integral, lo cual guarda concordancia con la protección especial de los niños consagrada en los Arts. 44 y 45 de la Constitución y en los tratados internacionales.

...En estas condiciones, se puede establecer que el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes consagrado en la Ley 1098 de 2006 tiene carácter específico o especial, lo cual guarda concordancia con la protección especial de los niños consagrada en los Arts. 44 y 45 de la Constitución y en los tratados internacionales citados (pág. 72).

De esta breve relación histórica se observa que, siendo la adolescencia una etapa crítica y caótica en los seres humanos, al contrario a las informaciones periodísticas, el problema de la delincuencia juvenil no es exclusivo de esta época, ni tampoco único de Colombia, de dicho problema se tiene noticia desde las antiguas codificaciones hasta la ley 1098 de 2010, aunque el salto entre unas y otras legislaciones es enorme, el cambio, lo hizo posible un lento progreso en cuanto a: el campo normativo, el de reconocimiento de derechos y garantías, el de instituciones y entidades, y el de la filosofía. Veamos cada uno de ellos:

En el campo normativo se presenta un paulatino desarrollo iniciando de unas someras recomendaciones en las Leyes de Manu, hasta la actualidad, donde contamos con portentosas codificaciones encuadrando los más variados aspectos de los derechos de los niños. Y, en nuestra área de estudio, en el derecho penal juvenil, con amplios ordenamientos donde se regula al detalle todos y cada uno de las órbitas relativas a este problema jurídico social

Otro campo de interés para esta investigación es el reconocimiento de los derechos de los niños por los artículos 44 y 45 de la Constitución Política de 1991, y el extenso reconocimiento realizado por el Código de la Infancia y la Adolescencia entre los artículos 17 a 37. Respecto a los adolescentes trasgresores de la ley penal, puede recordarse que en Estados Unidos, gracias al Caso Gault, se les reconoce en absoluta igualdad que los adultos y se les otorga el derecho a gozar del debido proceso.

En Colombia, el artículo 139 de la ley 1098 de 2006 establece que el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes se encarga de la investigación y juzgamiento de los delitos cometidos por los jóvenes entre los catorce y los dieciocho años. Según esto, se entiende que en derecho penal sustancial, debe remitirse al Código Penal, con sus reformas. Por tanto, a los adolescentes los cobijan las garantías consagradas en la legislación penal, ente otras, la de dignidad humana, la de integración de las normas sobre derechos humanos de la Constitución Política y los tratados internacionales, la de legalidad, igualdad, doble incriminación, la de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, pues el derecho penal incluye una serie amplia de garantías largamente conquistadas.

En el proceso penal, la situación es aún más amplia: en primer lugar, en el artículo 141⁴⁰ de la ley de Infancia y Adolescencia se integran al proceso de los jóvenes trasgresores de la ley penal, los principios de la Constitución Política, los instrumentos internacionales de derechos humanos y la ley 1098 de 2006. Es decir, en el proceso penal de los adolescentes, se aplican todas las garantías. Segundo, puesto que el artículo 144⁴¹ del Código de Infancia y Adolescencia escoge el procedimiento de la ley 906 de 2004, como trámite formal de la investigación y juzgamiento de los adolescentes trasgresores de la ley penal, a la vez, se exceptúan aquellas formalidades contrarias al interés superior del adolescente.

De manera similar, el artículo 151 de la ley 1098 de 2006⁴² consagra algunas garantías procesales y establece que las garantías de la ley 906 (2004) son apenas las mínimas debidas.

En síntesis, en el proceso penal de los adolescentes trasgresores de la ley penal, estos tendrán todas las garantías de la Constitución Política, de los instrumentos internacionales de derechos humanos y de la ley 1098 (2006), y todas las garantías de la ley 906 (2004), que constituye un mínimo de garantías, puesto que los adolescentes cuentan, además, con la garantía del interés superior de los niños y la prevalencia de sus derechos. La cuestión la dilucida la Corte Constitucional en los siguientes términos (CC-684, 2009):

De los diversos instrumentos internacionales a los que se ha hecho alusión se desprende en primer lugar que el sistema de responsabilidad penal de las personas menores de edad debe

⁴⁰ “Artículo 141. principios del sistema de responsabilidad penal para adolescentes. Los principios y definiciones consagrados en la Constitución Política, en los instrumentos internacionales de derechos humanos y en la presente ley se aplicarán en el Sistema de Responsabilidad para Adolescentes.”.

⁴¹ “Artículo 144. Procedimiento aplicable. Salvo las reglas especiales de procedimiento definidas en el presente libro, el procedimiento del sistema de responsabilidad penal para adolescentes se regirá por las normas consagradas en la Ley 906 de 2004 (Sistema Penal Acusatorio), exceptuando aquellas que sean contrarias al interés superior del adolescente.”.

⁴² “Artículo 151. Derecho al debido proceso y a las garantías procesales. Los adolescentes que cometan delitos tienen derecho al debido proceso penal, a las garantías procesales básicas tales como: la presunción de inocencia, el derecho a ser notificado de las imputaciones, el derecho de defensa y de contradicción, el derecho al asesoramiento, el derecho a la presencia de los padres o tutores, el derecho a guardar silencio, el derecho a la confrontación con los testigos e interrogar a estos, el derecho de apelación ante autoridad superior y, las demás garantías consagradas en la Constitución, la ley y los tratados internacionales.

En todos los casos los derechos de los que goza bajo el presente sistema un adolescente autor o partícipe de una conducta punible son, como mínimo, los previstos por la Ley 906 de 2004.”.

contar con leyes, órganos, objetivos, sanciones y procedimientos propios, los cuales deben ser específicos y diferenciados respecto a los previstos para la investigación y juzgamiento de los mayores de edad. Adicionalmente que todas las garantías constitutivas del derecho al debido proceso consagradas en instrumentos internacionales de derechos humanos son aplicables en estos casos, entre las que se cuenta el principio de legalidad, la garantía del juez natural, la presunción de inocencia, el derecho a ser notificado de las acusaciones, el derecho a no responder, el derecho a la defensa técnica, el derecho a la contradicción de la prueba, el derecho a la segunda instancia, a las cuales se adicionan otras garantías especiales dirigidas a proteger el interés superior de los niños, niñas y adolescentes investigados y juzgados penalmente tales como el derecho a la presencia de los padres o tutores, la especial protección a la intimidad. Este conjunto de derechos procesales tiene como finalidad asegurar un *“juicio imparcial y equitativo”*, el cual además *“se debe adelantar de manera tal que se permita al participe en él y se exprese libremente”*, tal como exigen las reglas de Beijing a las que previamente se hizo alusión. Pues no se puede perder de vista que la especial condición de los niños, las niñas y los adolescentes no justifica reducir el ámbito del derecho al debido proceso, sino que por el contrario, es el fundamento de mayores exigencias para las autoridades que han de crear las condiciones para asegurar el goce efectivo de las garantías constitutivas de este derecho (pág. 54).

El camino histórico de reconocimiento de derechos y garantías indica que se ha obtenido una apropiación de las prerrogativas adjudicadas y se le ha dado importancia a estos derechos y, sobre todo, a su ejercicio efectivo. En esta forma, se ha pasado de un sistema tutelar sobre la situación irregular, a un sistema de protección de los derechos bajo una concepción de la justicia restaurativa o reparadora (Delgado, 2008), de la Ley 1098 (2006), sobre la concepción de *“titularidad activa de derechos”* propugnada por la ONU en la Convención Internacional de los Derechos del Niño de 1989, es decir, el cambio se experimenta también en la concepción de esos derechos y prerrogativas.

El reconocimiento de derechos y obligaciones se dio en un progreso lento en el que las conquistas de un país, se reprodujeron en otros lugares, y se fijaron en la memoria jurídica de los pueblos, al punto que hoy, gracias a su reconocimiento en los instrumentos internacionales,

hacen parte del acervo jurídico respecto a los adolescentes trasgresores de la ley penal y forman parte del patrimonio jurídico de la humanidad.

Respecto a las instituciones de internamiento, inicialmente los niños en situación de riesgo, en lo que se incluye la trasgresión de alguna norma familiar, social o penal, fueron atendidos bajo el criterio de caridad que invitaba a recoger a los niños expósitos, huérfanos, vagabundos, trasgresores en casas de misericordia, casas de maternidad, casas de socorro, orfanatos o albergues. Luego con llegada del Estado Benefactor como medida de beneficencia bajo el “Modelo Tutelar” de derechos (Delgado, 2008) se concretó en Institutos Tutelares, Escuelas de Trabajo (Ley 15 de 1923 y Ley 79 de 1926, respectivamente), y finalmente bajo el criterio de la “titularidad activa de derechos” en Instituciones Especiales de Rehabilitación, reguladas técnicamente con el mínimo detalle como lo exigen las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de la Libertad o Reglas de La Habana. Solo para exponer un ejemplo de esa regulación al mínimo detalle de estas instituciones, está el Protocolo de Ingreso y Registro a los Centros Privativos de la Libertad del SRPA adoptado por el ICBF.

Las características de las Instituciones no solo se refiere a los Centros de Internamiento, sino a otras entidades, pues el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes (Ley 1098, 2006) es un sistema complejo compuesto por personal especializado por las dependencias que lo atienden, como los Fiscales Delegados ante los Jueces Penales para adolescentes, los Jueces Penales para adolescentes, los juzgados Promiscuos de Familia, que fungen como Jueces de Conocimiento, los juzgados Municipales de Control de Garantías, los Magistrados de las Salas de Asuntos Penales para Adolescentes de los Tribunales Superiores del Distrito Judicial, los Magistrados de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, la Policía Judicial, el Cuerpo Técnico Especializado, la Policía de Infancia y Adolescencia, la Defensoría del Pueblo, las Defensorías de Familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, las Comisarías de Familia, las Inspecciones de Policía y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, responsable de los lineamientos técnicos para la ejecución de las medidas y las Instituciones públicas y privadas encargadas de la ejecución de las medidas, según el artículo 163.

También hacen parte del sistema los organismos de inspección, vigilancia y control, especialmente la Procuraduría Delgada para el Sistema de Responsabilidad Penal para

Adolescentes, la Contraloría General de la República, la Defensoría del Pueblo, las Personerías Distritales y Municipales y las entidades administrativas de inspección y vigilancia, según el artículo 210 (Ley 1098, 2006). Finalmente, las entidades encargadas de diseñar la política pública, movilizar y apropiar los recursos presupuestales para ejecutar esas políticas como son los Consejos nacionales, departamentales y municipales de política social, de acuerdo con los artículos 206 y 207 de la Ley.

La mejora paulatina se presenta en las Instituciones de Internamiento, en las entidades integrantes del sistema y en el personal encargado de hacerlas funcionar, pues la evolución normativa indica que a cada paso exige mayor especialización del personal dedicado a este tema. Esa especialización del personal se consagra hoy como expresa exigencia legal. Así lo mandan los artículos 148 y los párrafos 1º y 2º del artículo 163 de la ley 1098 (2006)⁴³. El estado actual de la especialización en el manejo de esta problemática es fruto de la lucha constante de infinidad de personas que han dedicado sus esfuerzos a comprender y ayudar a los jóvenes trasgresores de la ley.

Finalmente, el tratamiento penal de adolescentes ha ganado una serie de reglas, principios y fines que obedecen a criterios que lo distingue del sistema penal ordinario: así ocurre con la ley 1098 (2006), en el artículo 140⁴⁴, en el que se dispone que la justicia penal para adolescentes, en

⁴³ “*Artículo 148. carácter especializado.* La aplicación de esta ley tanto en el proceso como en la ejecución de medidas por responsabilidad penal para adolescentes, estará a cargo de autoridades y órganos especializados en materia de infancia y adolescencia.

Artículo 163. Integración. Forman parte del sistema de responsabilidad penal para adolescentes:

Parágrafo 1o. Cada responsable de las entidades que integran el Sistema de Responsabilidad Penal para adolescentes deberá garantizar la provisión o asignación de los cargos que se requieran para su funcionamiento y la especialización del personal correspondiente.

Parágrafo 2o. La designación de quienes conforman el sistema de responsabilidad penal para adolescentes deberá recaer en personas que demuestren conocimiento calificado de derecho penal, y de infancia y familia, y de las normas internas e internacionales relativas a derechos humanos”.

⁴⁴ “*Artículo 140. finalidad del sistema de responsabilidad penal para adolescentes.* En materia de responsabilidad penal para adolescentes tanto el proceso como las medidas que se tomen son de carácter pedagógico, específico y diferenciado respecto del sistema de adultos, conforme a la protección integral. El proceso deberá garantizar la justicia restaurativa, la verdad y la reparación del daño.

En caso de conflictos normativos entre las disposiciones de esta ley y otras leyes, así como para todo efecto hermenéutico, las autoridades judiciales deberán siempre privilegiar el interés superior del niño y orientarse por

su proceso y en las medidas, son de naturaleza pedagógica, específica y diferenciada y siempre se debe hacer prevalecer el interés superior del niño y su protección integral, especialmente al presentarse un conflicto normativo o hermenéutico con el sistema penal de adultos.

De forma similar, la ley 1098 (2006) en el artículo 178⁴⁵ establece que las medidas que se imponen a los jóvenes declarados penalmente responsables tendrán una finalidad protectora, educativa y restaurativa. Se entiende por naturaleza restaurativa, el proceso restablecimiento de sus prerrogativas para volverles su dignidad y su integridad como sujetos activos de sus derechos. Este trámite está a cargo del Estado, según lo disponen los artículos 150 y 151⁴⁶. Además, según la parte final de esa norma, deberán responder siempre a las necesidades particulares de esos adolescentes, lo que le da una naturaleza flexible o dinámica, pues, mientras las necesidades y las circunstancias del adolescente cambien es posible modificar la medida por parte del Juez que la impuso (parágrafo 2º del artículo 177) para agravarla o atenuarla, si las condiciones del joven cambian en cualquier sentido. Esta situación es muy común dado que los adolescentes, por su propia naturaleza, tienen procesos vivenciales maleables. La decisión de cambiar la medida solo debe estar supeditada a las circunstancias y necesidades del adolescente, no como ocurre en el sistema penal de adultos, en la que se somete a porcentajes de cumplimiento de la medida como la libertad condicional, artículo 64 del código penal, donde se exige el cumplimiento de las tres quintas partes de la pena, no haciendo necesario acudir en este

los principios de la protección integral, así como los pedagógicos, específicos y diferenciados que rigen este sistema.”.

⁴⁵ “Artículo 178. *finalidad de las sanciones*. Las sanciones señaladas en el artículo anterior tienen una finalidad protectora, educativa y restaurativa, y se aplicarán con el apoyo de la familia y de especialistas. El juez podrá modificar en función de las circunstancias individuales del adolescente y sus necesidades especiales las medidas impuestas.”.

⁴⁶ “Artículo 51. *Obligación del restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes*. El restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas o los adolescentes es responsabilidad del Estado en su conjunto a través de las autoridades públicas, quienes tienen la obligación de informar, oficiar o conducir ante la policía, las defensorías de familia, las comisarías de familia o en su defecto, los inspectores de policía o las personerías municipales o distritales, a todos los niños, las niñas o los adolescentes que se encuentren en condiciones de riesgo o vulnerabilidad. Cuando esto ocurra, la autoridad competente deberá asegurarse de que el Sistema Nacional de Bienestar Familiar garantice su vinculación a los servicios sociales.

Artículo 50. restablecimiento de los derechos. Se entiende por restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, la restauración de su dignidad e integridad como sujetos y de la capacidad para hacer un ejercicio efectivo de los derechos que le han sido vulnerados”.

tema al sistema penal de adultos. La jurisprudencia ha determinado que al cambio de medida se puede acceder, incluso al proferir la sentencia (CSJ - 35-431, 2013):

Aunque un examen literal de las disposiciones pertinentes de la Ley 1098 de 2006, conduce a deducir que la sanción de privación de la libertad debe estar en ejecución para que se active la posibilidad de reemplazarla, la sensatez aconseja que la orden de sustituirla puede adoptarse en la sentencia cuando el adolescente haya sido sometido a internamiento preventivo en centro especial o en su domicilio y los resultados asociados a ese tiempo en reclusión, más los demás elementos de juicio relacionados con sus circunstancias personales y necesidades especiales que obren en la actuación, deriven en un diagnóstico favorable de sustitución de la sanción privativa de la libertad. Sería absurdo, en condiciones así, aguardar a la ejecutoria de la sentencia para reconocer una situación ya existente al momento del fallo (pág. 16).

Ahora bien, es razonable pensar que si la medida se puede cambiar positiva o negativamente en la sentencia, como en este sistema, priman las condiciones especiales del adolescente, ello hace factible modificarlas desde la misma sentencia, en el momento del sentido de fallo, con aplicación de los artículos 450 y 451 del Código Penal⁴⁷.

Lo dinámico del sistema, basado estrictamente en las condiciones y necesidades especiales del adolescente, también se predicar con posterioridad a la imposición de esta medida de internamiento preventivo, a pesar del corto tiempo establecido por la ley para la medida del artículo 181 de la ley 1098 (2006)⁴⁸, conforme a las facultades para revocarla o sustituirla

⁴⁷ “Artículo 450. *acusado no privado de la libertad*. Si al momento de anunciar el sentido del fallo el acusado declarado culpable no se hallare detenido, el juez podrá disponer que continúe en libertad hasta el momento de dictar sentencia.

Si la detención es necesaria, de conformidad con las normas de este código, el juez la ordenará y librárá inmediatamente la orden de encarcelamiento.

Artículo 451. acusado privado de la libertad. El juez podrá ordenar su excarcelación siempre y cuando los cargos por los cuales fue encontrado culpable fueren susceptibles, al momento de dictar sentencia, del otorgamiento de un subrogado penal.”

⁴⁸ “Artículo 181. *internamiento preventivo*. En cualquier momento del proceso y antes de la audiencia de juicio, el juez de control de garantías, como último recurso, podrá decretar la detención preventiva cuando exista:

1. Riesgo razonable de que el adolescente evadirá el proceso.

consagradas en el artículo 318 de la ley 906 de 2004⁴⁹. Es decir, desde el principio del proceso, desde la imposición de la medida de internamiento preventivo si las condiciones y necesidades especiales del joven trasgresor de la ley penal se alteran positiva o negativamente, se debe aplicar el espíritu dinámico de este sistema.

Finalmente, de manera idéntica, el artículo 19⁵⁰ de la ley 1098 (2006), establece como derecho para los niños trasgresores de la ley penal un programa de rehabilitación y resocialización, a cargo del ICBF (Parágrafo del artículo 168).

Entonces, las medidas o los programas de los adolescentes comprometidos con la ley penal son de naturaleza pedagógica, específica, diferenciada, que privilegia del interés superior del niño y su protección integral, protectora, educativa, restaurativa, dinámica y flexible, de rehabilitación y resocialización. Bajo estas condiciones, estamos frente a un tratamiento especial en materia penal y procesal penal y de una filosofía deferente para tratar la trasgresión penal. Aún a pesar de la gravedad de la falta, como puede ser un homicidio, aún a pesar de tramitarse un enjuiciamiento con las formalidades de la ley procesal penal, el criterio del Juzgador al imponer la medida no será el afán sancionatorio sino el espíritu pedagógico de la medida dentro de este sistema. En otras palabras, en el tratamiento de los adolescentes trasgresores de la ley penal, el poder punitivo del Estado, pilar básico del derecho penal de adultos, debe ceder para

2. Temor fundado de destrucción u obstaculización de pruebas.

3. Peligro grave para la víctima, el denunciante, el testigo o la comunidad.

Parágrafo 2o. El internamiento preventivo no podrá exceder de cuatro meses, prorrogable con motivación, por un mes más. Si cumplido este término el juicio no ha concluido por sentencia condenatoria, el Juez que conozca del mismo lo hará cesar, sustituyéndola por otra medida como la asignación a una familia, el traslado a un hogar o a una institución educativa.”.

⁴⁹ “Artículo 318. *solicitud de revocatoria*. Cualquiera de las partes podrá solicitar la revocatoria o la sustitución de la medida de aseguramiento, y ante el juez de control de garantías que corresponda, presentando los elementos materiales probatorios o la información legalmente obtenidos que permitan inferir razonablemente que han desaparecido los requisitos del artículo 308”.

⁵⁰ “Artículo 19. Derecho a la rehabilitación y la resocialización. Los niños, las niñas y los adolescentes que hayan cometido una infracción a la ley tienen derecho a la rehabilitación y resocialización, mediante planes y programas garantizados por el Estado e implementados por las instituciones y organizaciones que este determine en desarrollo de las correspondientes políticas públicas”.

aplicarse la filosofía propia del sistema penal de adolescentes. Al respecto conviene dilucidar el punto considerando (Juzgado 1°, 2011)⁵¹:

Estima el juzgado que en un sistema de titularidad activa de derechos, el punible realmente pasa a un segundo plano siendo lo realmente relevante la imposición de la medida no como reacción o un castigo para el infractor, sino como forma de orientación psicopedagógica para su autor... (pág. 6)

Ahora bien, ¿cómo puede el poder punitivo del Estado, aun tratándose de delitos graves, ceder al interés superior del niño y a la protección integral? La respuesta a esta pregunta es que la intervención del estado en el tratamiento del adolescente trasgresor de la ley penal debe ser subsidiaria, porque esta condición suplementaria corresponde a otra característica del sistema penal de adolescentes.

Efectivamente, el progreso normativo de derechos, garantías, instituciones, entidades, de personal, obedece a dos criterios. El primero es el aspecto subsidiario de la intervención estatal y la segunda es el carácter diferenciado en el tratamiento entre el trasgresor adolescente y los infractores adultos.

El carácter subsidiario de la intervención estatal respeta el sentimiento de amor que los padres suelen prodigar a sus hijos, de modo que el deber de cuidado, atención y protección, constituyen la educación, control y orientación de los niños como atribuciones de los padres, y lo mismo sucede con el poder de castigarlos y reprenderlos por el desobedecimiento de las directrices del hogar, de la comunidad y de la sociedad. Pero, ese poder de castigo y corrección es asumido por el Estado ante la carencia de los padres, por ausencia, por negligencia o por incompetencia.

Así se entiende desde la primera norma de las Leyes de Manu, ya trascritas, de esa forma se interpretó en el derecho griego y se reguló de manera extensa en el derecho romano bajo la figura del pater familia, también de esa forma se entendió en el derecho medieval, en el Código

⁵¹ Sentencia del Juzgado Primero Penal del Circuito para Adolescentes con Función de Conocimiento de Manizales del 31 de octubre de 2011, proceso 2011-00002-00, Juez Olmedo Ojeda Burbano.

de Napoleón, en el Código de Andrés Bello y en nuestra ley 57 de 1887, en el referido artículo 262, bajo el criterio *in loco parentis*, donde el Estado actúa ante la carencia de los padres, de los abuelos o del tutor, y solo a falta de estos, como antes afirmamos. Con idéntico criterio, el Tribunal de Illinois de 1899, actuó bajo el principio de "*parens patriae*", el Estado a manera del padre y ante su falta, también como ya lo habíamos dicho. Así también se entiende el principio de corresponsabilidad entre la familia, la sociedad y el estado consagrado en el artículo 42 de la Constitución Política y el artículo 1º de la ley 1098 de 2006.

Cuando la Constitución Política consagra el principio de corresponsabilidad entre la familia, la sociedad y el Estado, en su orden, para la atención de los derechos de los niños, implícitamente reconoce la función de la familia y acepta que algunas de sus atribuciones deben permanecer en ese orden familiar, como es la educación, la orientación y la dirección primaria de los niños y, por consiguiente, dependen de la familia las correspondientes reprensiones, correcciones y castigos ante las faltas de sus normas. De allí que el Estado reconoce que el poder sancionatorio de los adolescentes trasgresores de las directrices familiares y sociales debe seguir en cabeza de quien ejerza la autoridad (conforme a la concepción moderna de la familia, a los dos padres de manera conjunta, uno de ellos, los abuelos-a-o, la tía-o, hermana-o, etc). El Estado debe intervenir únicamente supletoriamente ante la falta de esa autoridad familiar por falta absoluta, por negligencia o por deficiencia.

En sentido contrario, verificada la presencia de una autoridad familiar con interés y capacidad para ejercer el poder sancionatorio del adolescente trasgresor, es preferible que el Estado se retire por respeto de la familia y deje que sea ella, con criterios de respeto y amor quien aplique los correctivos. Si no fuera así, simplemente se alteraría el orden cultural tradicional y los niños pasarían directamente al poder del Estado.

En conclusión hemos esbozado un panorama en el que los padres, con el amor que prodigan a sus hijos, ejercen el derecho y el deber de educarlos, orientarlos y dirigirlos y también el de corregirlos, reprenderlos y castigarlos si faltaren a las orientaciones familiares o sociales. Este poder sancionatorio debe ser respetado por el Estado y solo debe actuar subsidiariamente ante la falta, negligencia o incompetencia de los padres.

Caracteres actuales del sistema de responsabilidad penal de adolescentes

Con fundamento en los anteriores planteamientos, es posible enlistar las características del derecho sancionatorio juvenil de la ley 1098 de 2006:

Se trata de un sistema especializado, por disposición expresa de las normas nacionales e internacionales, con la exigencia de que los adolescentes trasgresores de la ley penal sean atendidos por personal experto en la materia, pues, desde el primer agente de Policía que toma contacto con el chico trasgresor hasta los ejecutores de las sentencias e incluso después, en los llamados programas post–institucionales, deben tener una preparación técnica suficiente. Los adolescentes deben ser atendidos en programas especiales definidos por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar con lineamientos precisos o internados en centros especiales diferentes a los de los adultos. Finalmente, el sistema está compuesto por una serie amplia de dependencias públicas y privadas específicas para atender a estos jóvenes.

A pesar de basarse en el código penal ordinario y de seguirse un proceso judicial con las formalidades del sistema penal de los adultos, es un sistema diferenciado del derecho penal, sobre todo del sistema penal de adultos, primero porque tiene por sujeto procesal a una persona con condiciones especiales como es un adolescente, que aún no ha llegado a la madurez mental, física y psicológica, y según los instrumentos internacionales, la Constitución Política y la legislación interna, goza de una especial protección como son aquellos jóvenes entre catorce y dieciocho años, según el artículo 139 de la ley 1098 (2006). La naturaleza de las medidas en este sistema es diferente a las sanciones del sistema penal de los adultos, pues tiene un carácter pedagógico, diferenciado, protector, educativo, restaurativo, donde prima el interés superior del niño y su protección integral, al punto de que el poder punitivo del Estado debe ceder ante estas características con una visión diferente.

Esa naturaleza de las medidas, la protección del interés superior del niño y el afán de protección integral hacen que el sistema sea dinámico, especialmente en la ejecución de las medidas, pues estas siempre deben responder a las circunstancias y las necesidades del

adolescente (Ley 1098, 2006, artículo 178). De acuerdo con las situaciones especiales de los adolescentes, resulta que sus condiciones y necesidades son muy variables, por lo que esa esencia dinámica se puede aplicar desde el principio del proceso con la ejecución de la medida de internamiento preventivo. Si estas condiciones cambian, es factible solicitar la sustitución o revocatoria de la medida de internamiento preventivo. Esa dinámica también se aplica al proferir el fallo.

El poder punitivo del Estado, con el ánimo de retaliación frente al delito, al tratarse de los adolescentes trasgresores de la ley penal debe ceder al poder sancionatorio de la familia, pues la intervención estatal es supletoria de institución familiar. Y esto ocurre por tres razones: primera, porque si bien la gravedad de la falta es uno de los criterios enlistados por el artículo 179 de la ley 1098 (2006), como uno de los aspectos que se deben tener en cuenta por el Juez al imponer la medida, este criterio debe ceder a un aspecto más importante como es una medida con carácter pedagógica, específica, diferenciada, protectora, educativa y restaurativa, donde prima el interés superior del niño y su protección, y obliga al poder punitivo del Estado.

Segunda, porque el Estado debe siempre respetar una instancia primigenia, base de la sociedad, como es la familia, en cuyo seno los hijos deben ser reprendidos, corregidos y sancionados, con fundamento en el poder-deber de los padres de orientar, guiar y educar a los niños, pues el poder sancionatorio de los padres es consecuencia del compromiso de atención, cuidado y protección que se prodigan por el sentimiento de amor de los padres hacia sus hijos. En este sentido, el Estado, respetuoso de esa institución familiar, únicamente interviene subsidiariamente ante la falta, negligencia o incompetencia de la familia. Por esta condición supletoria del poder sancionatorio del Estado, siempre se debe preferir devolver al chico trasgresor a su seno familiar, para que allí se apliquen las correcciones y controles del caso, o favorecerlo en lo posible con medios abiertos y, muy excepcionalmente, como último recurso, someterlo a una medida de internamiento en un centro de atención especializado.

Y tercera, porque el poder sancionatorio del Estado no es más que una tentativa de la autoridad por reglamentar una realidad mucho más básica como es el poder sancionatorio de los hijos por la familia. Este poder sancionatorio de los padres frente a sus hijos trasgresores es más importante porque se da en el seno de la familia por el amor filial, con fundamento en el deber de

atención, cuidado y protección. Por lo tanto hace parte de la formación inicial y lo educa aún antes que la escuela. Bajo tales condiciones, ese poder sancionatorio obedece a tradiciones profundas que deben ser respetadas. Entonces, se espera que las madres y los padres sigan educando y corrigiendo a sus hijos, aún si ese derecho sancionatorio estatal desapareciera, pues el poder sancionatorio de la familia es su competencia.

El sistema de justicia juvenil está en constante evolución, pues, la sociedad que imagina su forma de instituirse también vive la dinámica de la historia (Castoriadis, 1989). Y, según la dinámica de las instituciones, prepara y profesionaliza el personal para administrar y orientar las formas de su institucionalidad. Por eso, hoy, cuando contamos con un potente sistema engranado con las instituciones internacionales, en Colombia se ha constituido un Estado que reconoce la familia como su célula básica. Y, de acuerdo con ese principio, arraigado en antiguas tradiciones, ha establecido su perspectiva respecto a los niños y los adolescentes, con la mediación de la institución familiar. Y esta mediación opera tanto para vivir la educación como para proceder respecto a las sanciones y al tratamiento penal de los adolescentes, con una regulación detallada de los aspectos relativos a los jóvenes trasgresores de la ley penal. Esta forma de concebir las instituciones se ha nutrido del progresivo reconocimiento de los derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes.

La dinámica institucional ha llevado, por ejemplo, a derogar el Decreto 2737 (1989), o Código del Menor y, después de la Constitución de 1991, fue remplazado por la Ley 1098 (2006) en la que el Código cambia aún de nombre, y se llama Código de infancia y adolescencia. Ya este cambio de nombre indica una nueva concepción sobre los niños y los adolescentes, puesto que se parte del reconocimiento pleno de la prevalencia de sus derechos sobre los derechos de los demás. Con ello, se adopta el paradigma de la titularidad activa de derechos impulsado por la ONU. Más allá de los distintos modelos: Modelo Comunal, Modelo Tutelar, Modelo Educativo, Modelo de Justicia, Modelo de la Mínima Intervención y Modelo de Justicia Restaurativa (Delgado, 2008), se observa una preocupación de la sociedad por el joven infractor. Y ese interés ha permitido pensar un tratamiento propio de los adolescentes trasgresores de la ley penal.

Después de esta disertación sobre la justicia penal juvenil, procederemos a definirla como una categoría conceptual autónoma, puesto que se trata de un sistema jurídico complejo,

compuesto por normas de derecho penal sustancial y derecho procesal penal, del orden nacional e internacional, para investigar, juzgar, sancionar y hacer seguimiento a la medida de los adolescentes entre los 14 y los 18 años, infractores de la ley penal, a quienes se les reconocen derechos y garantías especiales, mediante una red de instituciones especiales públicas y privadas, atendidas por personal experto, bajo principios y filosofía diferentes al sistema penal ordinario de los adultos.

Podría pensarse que esta definición conceptual es análoga a la descripción del Sistema de Responsabilidad para Adolescentes del artículo 139 de la ley 1098 (2006)⁵². Si en gracia de discusión apenas se limitara a repetir el contenido del artículo 139, aun así, la definición sería válida y novedosa, aunque esté arraigada en tradiciones antiguas de las fuentes del derecho en el país. En este caso, logramos dotar de contenido coherente la definición conceptual, encontrarle sentido a los componentes y comprender sus raíces históricas y sus aplicaciones presentes.

Esta categoría conceptual aparece así plena de contenido, y en ella, se destaca la característica de ser un sistema especializado y diferenciado. Hoy, después de ocho años de la vigencia de la ley 1098 (2006), todos los operadores jurídicos han comprendido que esta norma impone una justicia diferenciada del sistema de responsabilidad penal ordinario. Este es el concepto admitido también por el común de la gente. No obstante, en criterio del autor, no basta tener esa concepción para lograr los fines planteados por los instrumentos internacionales y por la legislación para la protección del adolescente trasgresor de la ley penal. Es preciso pasar del conocimiento a la práctica, es decir, a la aplicación efectiva de estos nuevos principios. Por esto, se examinará en los siguientes capítulos si esta filosofía se cumple por los operadores judiciales, especialmente por los que conforman el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes en Manizales.

⁵² “Artículo 139. Sistema de responsabilidad penal para adolescentes. El sistema de responsabilidad penal para adolescentes es el conjunto de principios, normas, procedimientos, autoridades judiciales especializadas y entes administrativos que rigen o intervienen en la investigación y juzgamiento de delitos cometidos por personas que tengan entre catorce (14) y dieciocho (18) años al momento de cometer el hecho punible.”

2 CAPÍTULO II

Aplicación práctica del sistema de responsabilidad penal para adolescentes

El derecho sancionatorio de los adolescentes, por sus características especiales, es un derecho especializado y diferenciado del derecho penal ordinario de los adultos. Se procederá, entonces, en este capítulo, a determinar si esa filosofía de derecho especializado y diferenciado del sistema penal ordinario se cumple, y se toman como casos de estudio las sentencias judiciales en la ciudad de Manizales, entre el 1° de abril de 2008 al 31 de marzo de 2013 respecto al porte de estupefacientes. En este capítulo, el problema consiste en si en Manizales, respecto al porte de estupefacientes por los adolescentes, se aplica la naturaleza especializada y diferenciada de la ley 1098 (2006). Para este propósito, se hace un recuento del problema del porte de estupefacientes, en el sistema penal de adultos y, luego, mediante el análisis de la recopilación estadística, se analiza esa posición doctrinaria respecto de los adolescentes trasgresores.

Respecto al problema de la dosis personal, solo se hará una breve referencia a algunos pronunciamientos de las altas cortes sobre el tema para ilustrar la situación en el sistema penal de adultos.

El problema del consumo de sustancias psicoactivas no es nuevo en Colombia. Ya la ley 11 de (1920) pretendía sancionar con multas la importación y venta de drogas que formen hábito

pernicioso. Luego, en 1964, se expidió el decreto 1669 (1964) donde se penaliza el consumo de los estupefacientes. El Decreto 1136 (1970), que imponía el internamiento para tratamiento en salud de quien alterara la tranquilidad ciudadana con el consumo público de drogas. El Decreto 522 (1971), que permitía el consumo drogas en lugares privados. El Decreto 1188 (Decreto 1188, 1974) o Estatuto Nacional de Estupefacientes, derogado por la Ley 30 (1986). Estas normas fueron examinadas por la Corte Suprema de Justicia (1980), en la que se distingue entre la dosis para el consumo personal del adicto, a quien privilegia, y las cantidades superiores destinadas a la venta o comercialización, es decir con clara intención económica.

En el ámbito internacional, dado el creciente tráfico de estupefacientes, la ONU (1961), en el artículo 38 de la Convención Única sobre Estupefacientes, invitaba a los Estados parte a tomar medidas para la prevención, identificación, tratamiento, educación y rehabilitación de las personas afectadas con el uso indebido de estupefacientes. Además, la ONU emprende una lucha frontal contra los traficantes ilícitos. En la década de los años setenta, con la “bonanza marimbera”, Colombia es víctima de los dos aspectos definidos por la ONU.

Estos fueron los antecedentes que dieron pie a la expedición de la ley 30 (1986) o Estatuto Nacional de Estupefacientes, expedida en un contexto de lucha contra el narcotráfico. En esta ley, se penalizan las conductas consideradas lesivas según la política criminal del Estado y se considera la conducta de personas que abusan de las drogas, que son consideradas víctimas, con la salvedad de la dosis terapéutica y la dosis de uso personal, según la definición en los literales i) y j) del artículo 253. Para esta investigación, es preciso detenerse en la segunda, que trata de la

⁵³ “i) Dosis Terapéutica: Es la cantidad de droga o de medicamento que un médico prescribe según las necesidades clínicas de su paciente.

j) Dosis para uso personal: Es la cantidad de estupefacientes que una persona porta o conserva para su propio consumo.

Es dosis para uso personal la cantidad de marihuana que no exceda de veinte (20) gramos; la de marihuana hachís la que no exceda de cinco (5) gramos; de cocaína o cualquier sustancia a base de cocaína la que no exceda de un (1) gramo, y de metacualona la que no exceda de dos (2) gramos.

No es dosis para uso personal, el estupefaciente que la persona lleve consigo, cuando tenga como fin su distribución o venta, cualquiera que sea su cantidad.”.

dosis personal. Esta norma concuerda con el artículo 5154, con el artículo 8755 y con el artículo 3356 del tipo penal básico del tráfico de estupefacientes.

Apenas dos años después de la expedición de la norma, la jurisprudencia penal, ya había sentado su posición, que no ha cambiado hasta el momento, sobre la dosis personal y la dosis de aprovisionamiento. Efectivamente, así se pronunció en 1988⁵⁷:

a) La que se relaciona con el consumidor o drogadicto, que se regula bajo un doble aspecto, aunque sin llegar su tratamiento benigno a la permisibilidad de la conducta. Se suprime si su carácter delictivo y se le considera como una contravención, contemplándose el caso de la persona que por primera vez ha consumido esta clase de plantas o sustancias, las lleve

⁵⁴ “Artículo 51. El que lleve consigo, conserve para su propio uso o consuma, cocaína, marihuana o cualquier otra droga que produzca dependencia, en cantidad considerada como dosis de uso personal, conforme a lo dispuesto en esta Ley, incurrirá en las siguientes sanciones:

a) Por primera vez, en arresto hasta por treinta (30) días y multa en cuantía de medio (1/2) salario mínimo mensual.

b) Por la segunda vez, en arresto de un (1) mes a un (1) año y multa en cuantía de medio (1/2) a un (1) salario mínimo mensual, siempre que el nuevo hecho se realice dentro de los doce (12) meses siguientes a la comisión del primero.

c) El usuario o consumidor que, de acuerdo con dictamen médico legal, se encuentre en estado de drogadicción así haya sido sorprendido por primera vez será internado en establecimiento psiquiátrico o similar de carácter oficial o privado, por el término necesario para su recuperación. En este caso no se aplicará multa ni arresto.

La autoridad correspondiente podrá confiar al drogadicto al cuidado de la familia o remitirlo, bajo la responsabilidad de éste, a una clínica, hospital o casa de salud, para el tratamiento que corresponda, el cual se prolongará por el tiempo necesario para la recuperación de aquél, que deberá ser certificada por el médico tratante y por la respectiva seccional de Medicina Legal. La familia del drogadicto deberá responder del cumplimiento de sus obligaciones, mediante caución que fijará el funcionario competente, teniendo en cuenta la capacidad económica de aquella.

El médico tratante informará periódicamente a la autoridad que haya conocido del caso sobre el estado de salud y rehabilitación del drogadicto. Si la familia faltare a las obligaciones que le corresponden, se le hará efectiva la caución y el internamiento del drogadicto tendrá que cumplirse forzosamente.”.

⁵⁵ “Artículo 87. Las personas que, sin haber cometido ninguna de las infracciones descritas en este estatuto, estén afectadas por el consumo de drogas que producen dependencia, serán enviadas a los establecimientos señalados en los artículos 4 y 5 del decreto 1136 de 1.970, de acuerdo con el procedimiento señalado por este Decreto.”.

⁵⁶ “Artículo 33. El que sin permiso de autoridad competente, salvo lo dispuesto sobre dosis para uso personal, introduzca al país, así sea en tránsito o saque de él, transporte, lleve consigo, almacene, conserve, elabore, venda, ofrezca, adquiera, financie o suministre a cualquier título droga que produzca dependencia, incurrirá en prisión de seis (6) a veinte (20) años y multa de cien (100) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales....”.

⁵⁷ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Penal, sentencia del 26 de julio de 1988, proceso No. 2496, M.P. Dr. Gustavo Gómez Velásquez.

consigo o las conserve para su propio uso o consumo en cantidad estimable como dosis personal o dosis de aprovisionamiento personal, evento en el cual puede optarse o por una sanción de arresto hasta por una máximo de treinta días y una multa de medio salario mínimo mensual, o, por el internamiento en establecimiento psiquiátrico o similar, hasta obtener su aceptable recuperación, o por la entrega de este enfermo (que no requiere para ello llegar al grado de tenérsele por inimputable) a esta clase de instituciones, oficiales o privadas, para someterlo al tratamiento más aconsejable, incluido en éste el ambulatorio. La reiteración de esta conducta, dentro del término de doce meses, contados a partir, se entiende, de la fecha de la resolución que determine esta sanción, implica la aplicación de un arresto de un mes a un año y multa en cuantía de medio salario mínimo mensual (art. 51, Ley 30 de 1986). No sobra advertir que la repetición de una acción de esta índole, por fuera del señalado término, da lugar a considerar al procesado, cuantas veces cumpla este comportamiento en iguales circunstancias a las del señalado factor tiempo, como consumidor de primera vez;

1. La ley diferencia y no combina las respuestas de benignidad que le merecen las diferentes conductas relacionadas con los dos principales aspectos que forman el núcleo de esta legislación (arts. 32, 33 y 51). Si ha querido separarlas, hasta llegar a mudar la naturaleza del ilícito (contravenciones y delitos), no es dable entremezclar lo relacionado con el cultivo (art. 32), con lo del manejo de la droga (art. 33) y menos estas dos conductas con la situación del drogadicto o dependiente (art. 51). Cada una, en cuanto a su aspecto básico, exhibe una estructura propia y confina su contenido a sus exclusivas estructuras. La cuestión todavía es más visible entre la contravención (usuario de la planta o droga) y el delito (cultivador, conservador o financista del cultivo, y, traficante de la droga).

De ahí entonces que de manera fácil y segura pueda decirse que lo que se anota en beneficio del consumidor no se predica de la otra categoría, compuesta esta última de variadas modalidades delictivas.

Lo anterior indica que la jurisprudencia penal interpretó adecuadamente el querer del legislador de sancionar gradualmente a los traficantes ilegales que se lucran con esa execrable actividad, en función de la cantidad de droga incautada o la extensión de la plantación o la cantidad de insumos, pero, a la vez, era condescendiente y guardaba un tratamiento benigno con los consumidores, para quienes les estaba reservado un tratamiento contravencional y médico.

Como la norma fue demandada para su examen de constitucionalidad, la jurisprudencia la ratificó. Ahora bien, desde el punto de vista constitucional, cuando el pronunciamiento de la Corte Constitucional declara la exequibilidad del literal j) del artículo 2º de la ley 30 (1986) y la inexecuibilidad de los artículos 51 y 87 de esa ley (CC-221, 1994):

Pero otra cosa sucede en el campo del derecho: cuando el legislador regula mi conducta con prescindencia del otro, está transponiendo fronteras que ontológicamente le están vedadas. En otros términos: el legislador puede prescribirme la forma en que debo comportarme con otros, pero no la forma en que debo comportarme conmigo mismo, en la medida en que mi conducta no interfiere con la órbita de acción de nadie. Si de hecho lo hace, su prescripción sólo puede interpretarse de una de estas tres maneras: 1) expresa un deseo sin connotaciones normativas; 2) se asume dueño absoluto de la conducta de cada persona, aún en los aspectos que nada tienen que ver con la conducta ajena; 3) toma en cuenta la situación de otras personas a quienes la conducta del sujeto destinatario puede afectar.

La segunda dice relación al hecho de que dentro de un sistema penal liberal y democrático, como el que tiene que desprenderse de una Constitución del mismo sello, debe estar proscrito el peligrosismo, tan caro al positivismo penal, hoy por ventura ausente de todos los pueblos civilizados. Porque a una persona no pueden castigarla por lo que posiblemente hará, sino por lo que efectivamente hace. A menos que el ser drogadicto se considere en sí mismo punible, así ese comportamiento no trascienda de la órbita más íntima del sujeto consumidor, lo que sin duda alguna es abusivo, por tratarse de una órbita precisamente sustraída al derecho y, a fortiori, vedada para un ordenamiento que encuentra en la libre determinación y en la dignidad de la persona (autónoma para elegir su propio destino) los pilares básicos de toda la superestructura jurídica.

Cada quien es libre de decidir si es o no el caso de recuperar su salud. Ni siquiera bajo la vigencia de la Constitución anterior, menos pródiga y celosa de la protección de los derechos fundamentales de la persona, se consideraba que el Estado fuera el dueño de la vida de cada uno y, en armonía con ella, el Decreto 100 de 1980 (Código Penal) no consideraba la tentativa de suicidio como conducta delictual; mucho menos podría hacerse ahora esa consideración. Si yo soy dueño de mi vida, a fortiori soy libre de cuidar o no de mi salud cuyo deterioro lleva a la muerte que, lícitamente, yo puedo infligirme.

El legislador no puede válidamente establecer más limitaciones que aquéllas que estén en armonía con el espíritu de la Constitución. La primera consecuencia que se deriva de la autonomía, consiste en que es la propia persona (y no nadie por ella) quien debe darle sentido a su existencia y, en armonía con él, un rumbo. Si a la persona se le reconoce esa autonomía, no puede limitársela sino en la medida en que entra en conflicto con la autonomía ajena. El considerar a la persona como autónoma tiene sus consecuencias inevitables e inexorables, y la primera y más importante de todas consiste en que los asuntos que sólo a la persona atañen, sólo por ella deben ser decididos. Decidir por ella es arrebatarse brutalmente su condición ética, reducirla a la condición de objeto, cosificarla, convertirla en medio para los fines que por fuera de ella se eligen. Cuando el Estado resuelve reconocer la autonomía de la persona, lo que ha decidido, ni más ni menos, es constatar el ámbito que le corresponde como sujeto ético: dejarla que decida sobre lo más radicalmente humano, sobre lo bueno y lo malo, sobre el sentido de su existencia. Que las personas sean libres y autónomas para elegir su forma de vida mientras ésta no interfiera con la autonomía de las otras, es parte vital del interés común en una sociedad personalista, como la que ha pretendido configurar la Carta Política que hoy nos rige. Si el derecho al libre desarrollo de la personalidad tiene algún sentido dentro de nuestro sistema, es preciso concluir que, por las razones anotadas, las normas que hacen del consumo de droga un delito, son claramente inconstitucionales.

Como puede observarse, la argumentación central de esta doctrina constitucional se fundamenta en la filosofía del Estado Social de Derecho, en la que el legislador no puede regular el comportamiento privado de la persona mientras no afecte a ninguna otra. En la proscripción de la peligrosidad del derecho penal actual donde se sanciona por un acto y no por un hecho futuro. En la dignidad humana, como base del libre desarrollo de la personalidad y la autonomía personal, donde se es libre de elegir la forma de vivir y de cuidar o descuidar la salud.

Pasados los cuatrienios de Ernesto Samper y de Andrés Pastrana, se expidió la ley 745 (2002), mediante la cual, en los artículos 1, 2 y 358 se tipifica como contravención especial el

⁵⁸ “*Artículo 1o.* El que en presencia de menores de edad consuma estupefacientes o sustancias que produzcan dependencia, incurrirá en las siguientes sanciones:

Parágrafo. En igual sanción incurrirá el que en su domicilio y con riesgo grave para la unidad y el sosiego de la familia, consuma estupefacientes o sustancias que produzcan dependencia.

consumo de sustancias psicoactivas especialmente en presencia de menores de edad, imponiéndoles sanciones de multa convertible en arresto. El artículo 5° de esta ley, donde se establecía el procedimiento, fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional (CC-101, 2004), con el argumento de la vulneración del principio de legalidad del proceso, puesto que el procedimiento que imponía la ley 745 (2002), en su artículo 5°, había sido derogado por la ley 600 (2000), lo que produce un vacío normativo.

Los intentos por re-penalizar el consumo de estupefacientes no pararon ahí, pues cuando subió al poder Álvaro Uribe, de inmediato propuso el Referendo Constitucional que pretendía modificar el artículo 16 de la Constitución Política para atacar la dosis personal especialmente en la guarda de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes. Tal proposición fue declarada inconstitucional por la Corte Constitucional (CC-551, 2003). Después, ese Gobierno volvió a intentar modificar el tratamiento de la dosis personal mediante los Actos Legislativos 133 de 2006, 04 de 2007, 22 de 2007 y 02 de 2008, que fracasaron en el Congreso. Solo el Acto Legislativo 285 de 2009, que a la postre se denominaría Acto Legislativo 02 de 2009, logró modificar el artículo 4959 de la Constitución Política para prohibir la dosis personal.

Artículo 2o. El que consuma, porte o almacene estupefacientes o sustancias que generen dependencia, en cantidad considerada como dosis personal, en establecimientos educativos o en lugares aledaños a los mismos o en el domicilio de menores, será sancionado con multa de cuatro (4) a ocho (8) salarios mínimos legales mensuales.

Artículo 3o. Cuando el consumo de sustancias estupefacientes o alucinógenas en presencia de menores de edad se realice en lugar público o abierto al público o en establecimiento comercial de esparcimiento, la Policía procederá inmediatamente a retirar del lugar de los hechos al infractor y a decomisar la sustancia objeto, de la contravención. Así mismo, pondrá el hecho en conocimiento de las autoridades competentes....”.

⁵⁹ “El artículo 49 de la Constitución Política quedará así: “La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley.

Los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad.

La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria.

Nuevamente, esta norma fue atacada por demanda de inconstitucionalidad. Entonces, la Corte Constitucional (CC-574, 2011), decide que, por tratarse de una reforma Constitucional, la exigencia del demandante es más rigurosa, debiendo exponer las razones de “sustitución de la constitución”, requisito no cumplido para proceder al estudio de sustitución por lo cual se inhibe de resolver de fondo.

Luego, la Ley 1453 (2011), en su artículo 1160, modifica el artículo 376 del Código Penal para aumentar las penas. Pero dicha norma fue atacada, la Corte Constitucional (CC-491, 2012), con fundamento en principios del derecho viviente y especialmente de los pronunciamiento de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia sobre dosis de consumo personal, declara la norma

Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y de su comunidad.

El porte y el consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas está prohibido, salvo prescripción médica. Con fines preventivos y rehabilitadores la ley establecerá medidas y tratamientos administrativos de orden pedagógico, profiláctico o terapéutico para las personas que consuman dichas sustancias. El sometimiento a esas medidas y tratamientos requiere el consentimiento informado del adicto.

Así mismo el Estado dedicará especial atención al enfermo dependiente o adicto y a su familia para fortalecerla en valores y principios que contribuyan a prevenir comportamientos que afecten el cuidado integral de la salud de las personas y, por consiguiente, de la comunidad, y desarrollará en forma permanente campañas de prevención contra el consumo de drogas o sustancias estupefacientes y en favor de la recuperación de los adictos.”.

⁶⁰ “Artículo 11. Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes. El artículo 376 de la Ley 599 de 2000 quedará así:

Artículo 376. Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes. El que sin permiso de autoridad competente, introduzca al país, así sea en tránsito o saque de él, transporte, lleve consigo, almacene, conserve, elabore, venda, ofrezca, adquiera, financie o suministre a cualquier título sustancia estupefaciente, sicotrópica o drogas sintéticas que se encuentren contempladas en los cuadros uno, dos, tres y cuatro del Convenio de las Naciones Unidas sobre Sustancias Sicotrópicas, incurrirá en prisión de ciento veintiocho (128) a trescientos sesenta (360) meses y multa de mil trescientos treinta y cuatro (1.334) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si la cantidad de droga no excede de mil (1.000) gramos de marihuana, doscientos (200) gramos de hachís, cien (100) gramos de cocaína o de sustancia estupefaciente a base de cocaína o veinte (20) gramos de derivados de la amapola, doscientos (200) gramos de droga sintética, sesenta (60) gramos de nitrato de amilo, sesenta (60) gramos de ketamina y GHB, la pena será de sesenta y cuatro (64) a ciento ocho (108) meses de prisión y multa de dos (2) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si la cantidad de droga excede los límites máximos previstos en el inciso anterior sin pasar de diez mil (10.000) gramos de marihuana, tres mil (3.000) gramos de hachís, dos mil (2.000) gramos de cocaína o de sustancia estupefaciente a base de cocaína o sesenta (60) gramos de derivados de la amapola, cuatro mil (4.000) gramos de droga sintética, quinientos (500) gramos de nitrato de amilo, quinientos (500) gramos de ketamina y GHB, la pena será de noventa y seis (96) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses de prisión y multa de ciento veinte y cuatro (124) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.”

exequible condicionadamente a que no incluye la penalización de porte o conservación de dosis destinadas solo al consumo personal. En su *ratio decidendi* afirma la Corte Constitucional:

34. Tal como se deriva de la demanda y de las precisiones efectuadas en esta providencia, la norma permite al menos dos interpretaciones: (i) La primera, de naturaleza literal, consistente en que las conductas alternativas previstas en el tipo penal de *tráfico, fabricación y porte de estupefacientes* del 376, en la versión modificada por la Ley 1453 de 2011, incluye dentro de su ámbito la penalización del porte de las sustancias allí relacionadas en cantidad considerada como dosis para uso personal, en la medida que no hace ninguna salvedad al respecto; y (ii) La segunda, que toma en cuenta el contexto, los principios constitucionales en materia de configuración punitiva, y los antecedentes jurisprudenciales, según la cual la regulación del porte de dosis para uso personal no se encuentra dentro del ámbito normativo del 376, y por ende no está penalizada.

Ante dos interpretaciones plausibles, la Corte acogerá aquella que se aviene a los mandatos constitucionales y excluirá la que los contraviene. En consecuencia, declarará la exequibilidad condicionada del artículo 376 del Código Penal, tal como fue modificado por el artículo 11 de la Ley 1453 de 2011, en el entendido de que el porte de sustancia estupefaciente, sicotrópica o droga sintética en cantidad considerada como dosis para uso personal, no se encuentra comprendido dentro de la descripción del delito de “*tráfico, fabricación y porte de estupefaciente*” previsto en esta disposición, y por ende no se encuentra penalizada.

De esta manera, en el orden constitucional, el porte de sustancias psicoactivas en cantidades que se consideran de consumo personal está autorizado. La posición de la jurisdicción ordinaria, Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, ha derivado en una situación similar, véase la evolución jurisprudencial para llegar a tal punto.

A raíz de la difusión de las ideas del *garantismo penal* de Luigi Ferrajoli (2001) y del *derecho penal mínimo* de Eugenio Zaffaroni (Zaffaroni, Alagia, & Slokar, 2005), en Colombia, se proponen temas como el *principio de lesividad penal*, el *derecho penal como última ratio*, el *delito bagatela*, el *desvalor de resultado*, para condenas por delitos de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, a raíz de lo cual se sentencia de manera *exagerada* a personas que apenas han

sobrepasado el tope de la dosis mínima contemplado en el literal j) del artículo 2° de la ley 30 (1986). No obstante, al principio, la Corte Suprema de Justicia (CSJ-11177, 1996) fue muy cauta en aplicar estas teorías:

Lo anterior está significando claramente, que el derecho al libre desarrollo de la personalidad, sobre cuya base se produce la despenalización del consumo de sustancias estupefacientes, no tiene carácter absoluto, toda vez que la Corporación Constitucional reconoce como ajustado a las normas de rango superior, el precepto que limita la denominada dosis personal en cada caso (pág. 8).

En la Sentencia (CSJ-19856, 2003), donde al sentenciado se le encontró la cantidad de 27 gramos de marihuana, simplemente no se casó porque se afirma:

Omite también el demandante ilustrar a la Corte sobre las circunstancias que se declararon como probadas en relación con la conducta imputada al procesado, pues aunque menciona que la marihuana decomisada la portaba para su consumo, tal afirmación no aparece respaldada....(pág. 8).

De manera parecida, en pronunciamiento 18609 (2005) en segunda instancia se absolvió a una persona que portaba 1.24 gramos de una sustancia a base de cocaína, porque:

El Tribunal, encelado en la cantidad incautada y en noción del delito bagatela, no tuvo en cuenta que si se trataba de un expendedor, no de un consumidor, la tenencia de un gramo de cocaína no le estaba permitida y menos la de 1.24 gramos, pues con esa cantidad, en un comprador adicto, o no adicto (pág. 19).

Siguiendo con esa línea, en sentencia 24612 (2006), no se casó la condena de un ciudadano portador de 40.5 gramos de marihuana, afirmando:

...en este evento, no se puede concluir en la ausencia de antijuridicidad material, pues no constituye bagatela el porte de 40.5 gramos de marihuana, cantidad que sin duda puso de manera efectiva en peligro, entre otros bienes jurídicos, la salud pública (pág. 17).

En otro caso, donde se sentenció a un ciudadano por portar 38.7 gramos de marihuana, mediante la sentencia 28195 (2008), no se casó la condena porque:

Tal postura carece de relevancia, en la medida en que la afectación de los bienes jurídicos implicados en el delito de *tráfico, fabricación o porte de estupefacientes* depende de las características de cada situación en particular y, por consiguiente, una acción relativa al *porte* de estupefacientes que equivalga a la dosis mínima, o que incluso no la supere de manera excesiva, carecerá desde el punto de vista objetivo de relevancia penal, según lo estipulado en el artículo 11 de la ley 599 de 2000 (principio de antijuridicidad material), siempre y cuando se haya demostrado que sólo podía repercutir en el ámbito de la privacidad de quien la consume. Pero si la conducta atañe a la *venta, distribución, tráfico* o cualquier otro comportamiento relacionado con el ánimo de lucro del sujeto activo, será punible en la medida en que representa una efectiva puesta en peligro de los bienes e intereses de orden colectivo que el Estado pretende tutelar (pág. 9).

Sin embargo, al siguiente mes, la Corte Suprema de Justicia, da un giro en su posición jurisprudencial y en la célebre sentencia 29183 (2008), se casa la sentencia condenatoria contra un ciudadano a quien se le incauta 29.9 gramos de marihuana, invocando los argumentos de la Corte Constitucional (CC-221, 1994), de la falta de lesividad penal:

Se pregunta la Corte si la simple posesión de la cantidad aludida por encima de la dosis personal, puede en este caso justificar la intervención del derecho penal y legitimar la imposición de una sanción.

Desde ningún punto de vista, teniendo en cuenta que en el proceso no se demostró que la conducta del acusado trascendiera la órbita de sus propios intereses, lo cual significa que la posesión de alucinógeno que se le imputa, no tuvo incidencia sobre derechos ajenos, individuales o colectivos o, lo que es igual, carece de trascendencia penal, sin que resulte válido su ejercicio so pretexto de proteger, a través del castigo, la propia salud del procesado adicto al consumo de marihuana, pues es un tema que sólo corresponde decidir a él en forma autónoma por ser el único rector de su propia vida.

En conclusión, si en ejercicio de sus personales e íntimos derechos, el acusado no afectó los ajenos, entonces no alteró efectivamente ningún bien jurídico, de manera que el comportamiento que se le atribuye carece de antijuridicidad material y, en consecuencia, no puede ser sancionado porque no alcanza la categoría de una conducta punible. El cargo analizado, en consecuencia, está llamado a prosperar (pág. 30).

A partir de este momento, la línea jurisprudencial se consolida y se torna pacífica e indiscutible, lo que sugiere otra preocupación, y es que, con el tiempo, la cantidad de estupefaciente considerado como dosis de aprovisionamiento se fue aumentando, pues en el proceso 31531 (2009), se casa una sentencia donde un ciudadano había sido condenado por portar 48 gramos de marihuana, considerada “dosis de aprovisionamiento”:

En fin: si en ejercicio de sus personales e íntimos derechos, el acusado JARAMILLO QUINTERO no afectó los ajenos, no produjo daño ni peligro de menoscabo al bien jurídico de la salud pública, es dable concluir que el comportamiento imputado no va en contravía del artículo 11 de la Ley 599 de 2000 y, en consecuencia, no puede ser objeto de ninguna sanción porque al no presentarse la categoría jurídica de la antijuridicidad, es imposible predicar la configuración de conducta punible.

Por su valor pedagógico e histórico, pues, ya estaba vigente el Acto legislativo 02 de 2009, también se puede citar el pronunciamiento 2008-02503 de la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín (2010), donde se absolvió a un ciudadano que portaba 73.8 gramos de marihuana. En su Salvamento de Voto, el doctor Rafael María Delgado Ortiz, se pregunta: “¿Cuál será el tope que la Sala va a determinar como “dosis de aprovisionamiento”?” (2010).

Al parecer, ese tope aún no se ha definido, pues, mediante sentencia del 20 de noviembre de 2013, dentro del proceso 42417 (2013), se inadmitió la demanda de casación en un asunto en el que, en segunda instancia, se absolvió a un ciudadano sorprendido con 95.9 gramos de marihuana, porque:

En esas condiciones, el fallo encontró probado, con varios testimonios de familiares y el suyo propio, que el acusado es un drogadicto y que muy probablemente la cantidad de droga incautada, si bien sobrepasaba la considerada como dosis personal, ello se explicaba en la necesidad aprovisionarse para varios días (CSJ-42417, 2013).

Finalmente, en sentencia SP11726 (33.409) (2014), la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, después de hacer un amplio recuento jurisprudencial de su posición sobre la dosis personal, concluye:

En tal orden de ideas, puede llegar a sostenerse sin hesitación alguna que, pasados todos estos cambios legislativos y pronunciamientos de la Corte Constitucional, esta Sala mantiene su línea jurisprudencial en el sentido de que (i) el sólo porte de dosis para fines de uso exclusivamente personal de sustancias estupefacientes, en las cantidades y variedades establecidas por el legislador, es una conducta atípica, en cuanto no afecta bienes jurídicos ajenos, distintos de la propia salud del consumidor o del adicto ...

Después de este recuento sobre la posición jurisprudencial de la Corte Constitucional y de la jurisdicción ordinaria (Corte Suprema de Justicia y los Tribunales Superiores del Distrito Judicial, en sus Salas Penales), se pueden esbozar las siguientes conclusiones:

Como primera conclusión, la posición inicial de la Corte Constitucional, adoptada mediante Sentencia C-221 (1994), se funda en criterios del libre desarrollo de la personalidad y la autonomía personal, en tanto la persona es libre de tomar decisiones para cuidar o no su salud, en la filosofía del Estado Social de Derecho que limitan el poder del legislador para regular el comportamiento privado, si este no afecta derechos ajenos, y en la proscripción de la peligrosidad en el derecho penal actual. Luego de la expedición del Acto Legislativo 02 de 2009, al proscribirse constitucionalmente la dosis personal, entonces la Alta Corporación, mediante sentencia C-491 (2012), con fundamento en la teoría del derecho viviente y por los pronunciamientos jurisprudenciales, especialmente de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, declara exequible condicionalmente la reforma del artículo 376 del Código Penal mediante el artículo 11 de la Ley 1453 (2011), en el entendido de que el porte de las sustancias psicotrópicas allí penalizado no comprende la dosis personal.

A su vez, la Corte Suprema de Justicia, inicialmente, guardaba una posición cautelosa respecto a casos en los que se sobrepasa mínimamente la dosis personal, hasta octubre de 2008. Sin embargo, el 18 de noviembre de ese año, da un giro y, con fundamento en criterios de falta de lesividad del bien jurídico tutelado y remitiéndose al pronunciamiento de la Corte Constitucional en sentencia C-221 (1994) deja de sancionar a estas personas, jurisprudencia que hizo carrera y se ha venido reiterando a pesar de la expedición del Acto Legislativo 02 (2009).

Ha habido una retroalimentación argumentativa entre las dos Altas Cortes, la Corte Suprema de Justicia, para declarar la ausencia de antijuridicidad material en sentencia del 18 de noviembre de 2008 cita la sentencia C-221 (1994) de la Corte Constitucional, y luego, la Corte Constitucional en sentencia C-491 (2012), cita los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia a partir de noviembre de 2008. La razón para dejar de sancionar a las personas sorprendidas con una sustancia en cantidad mayor a la dosis personal es el fundamento de autoridad recíproco, a manera de un círculo vicioso.

La segunda conclusión es que la posición de las dos Cortes se refiere exclusivamente a las personas adultas. Efectivamente, todos los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia relacionados tratan asuntos de adultos. Y ninguno de los pronunciamientos de la Corte Constitucional citados menciona a los NNA. Habría bastado con una salvedad respecto a los NNA, como por ejemplo, si dicen que dicha posición jurisprudencial no se aplicaría para este grupo poblacional, pero nunca se hizo tal distinción.

Al contrario, siempre mencionan la familia y los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes quienes se oponen a la despenalización de la dosis personal. Así, se menciona expresamente en el Salvamento de voto de la sentencia C-221 de 1994 suscrito por los Magistrados Disidentes doctores José Gregorio Hernández Galindo, Hernando Herrera Vergara, Fabio Morón Díaz y Vladimiro Naranjo Mesa, cuando afirman:

Al considerar los graves efectos que tiene el consumo de la droga en el seno de la familia, causando su destrucción y lesionando gravemente a quienes son miembros de ella, no podemos dejar de referirnos a los derechos de los niños y de los adolescentes, plasmados en los artículos 44 y 45 de la Constitución.

En cuanto a los niños alude, la Carta Política ha incluido entre sus derechos fundamentales el de “*tener una familia*”, así como el derecho “*al cuidado y al amor*”, elementos todos éstos que desaparecen cuando la dependencia de los estupefacientes afecta a los padres y a los hermanos mayores.

También señala el precepto que los niños “*serán protegidos contra toda forma de abandono y de violencia física o moral*”. A nuestro juicio, es claro que los menores son las primeras

víctimas del consumo de alucinógenos por parte de sus progenitores, pues no es menester demostrar que si el responsable de la familia o uno de sus miembros es adicto, el niño es abandonado a su suerte, y es casi seguro que sea víctima de violencia física y, en todo caso, moral por parte de aquel.

Por lo que hace al adolescente, el artículo 45 de la Constitución declara que éste *“tiene derecho a la protección y a la formación integral”*. Es decir, cuando el legislador -como en el caso de las normas acusadas- estatuye formas concretas en el campo de la recuperación del joven que ha caído en la dependencia de la droga, no hace cosa diferente de desarrollar el mandato constitucional. Mucho más en un Estado Social de Derecho como el que proclama el artículo 1o. de la Constitución, con el cual no sería compatible la defensa de unos órganos estatales ajenos al compromiso de asistir al adolescente, cuyo estado de postración física y moral demanda la presencia eficiente de quienes tienen a su cargo el cuidado de la comunidad (pág. 58).

A partir de allí, en todos los intentos por “repenalizar” el consumo de sustancias psicotrópicas se menciona a los NNA, como ocurre con el enunciado de la Ley 745 (2002): *“Por la cual se tipifica como contravención el consumo y porte de dosis personal de estupefacientes o sustancias que produzcan dependencia, con peligro para los menores de edad y la familia”*. También el texto de la pregunta 16 del referendo presentado por Presidente Álvaro Uribe en el año 2003, decía: *“pregunta: para proteger la sociedad colombiana, particularmente su infancia y su juventud, contra el uso de cocaína, heroína, marihuana, bazuco, extasis y cualquier otro alucinógeno, ¿aprueba usted el siguiente artículo?”*. Igualmente, en el Acto Legislativo Número 133 de 2006, cuando se trata de reformar el artículo 16 de la Constitución Política, el Inciso 3 del artículo 1º dice: *“...En garantía del libre y efectivo desarrollo de la personalidad, especialmente de niños y adolescentes, la ley podrá establecer sanciones no privativas de la libertad al consumo y porte de sustancias alucinógenas o adictivas para uso personal.”*. De igual manera de habla en el Acto Legislativo Número 22 de 2007 (este acto fracasó en el Legislativo).

Como se observa, estos argumentos fueron esquivados por las dos Altas Cortes, y no se mencionan ni siquiera para rebatirlos. Por eso, se dice que la postura de las Altas Cortes, especialmente de la Corte Constitucional sobre la no penalización de la dosis personal, pues

guarda silencio respecto a los niños, niñas y adolescentes, demuestra que sigue la caduca posición adulto-centrista de la cual habla Galvis (2006), puesto que relega a un segundo plano a las personas menores de edad. Efectivamente, cuando las dos Altas Cortes omiten pronunciarse sobre la situación de los niños, las niñas y los adolescentes, y cuando omiten hacer alguna salvedad respecto a la posesión y consumo de la dosis personal, hace pensar que su posición jurisprudencial también rige para ellos lo que desconoce los derechos especiales de los niños, las niñas y los adolescentes.

Sobre esta observación sobre la posición de las Cortes cabe preguntar si la interpretación jurisprudencial de dosis personal para adultos es aplicable a los NNA. Si la respuesta es negativa ¿hay alguna opción interpretativa diferente? Y si se llega a esta última solución, ante el carácter obligatorio del precedente de los pronunciamientos de las Altas Cortes, ¿es posible apartarse jurídicamente de ese precedente judicial?

Es preciso aclarar que este investigador no toma posición respecto al porte y consumo de sustancias psicoactivas por personas adultas. Ellas, tal como lo dicen las Altas Cortes, son plenamente capaces de decidir por sí mismas. Esa postura jurídica respecto al poder de determinación de los mayores de edad, no es tema de crítica en este trabajo, de modo que es preciso centrarse en la pregunta por la aplicabilidad de esta postura jurisprudencial a los NNA.

Aplicación de la jurisprudencia de dosis personal para adultos a los NNA

La primera consecuencia interpretativa sobre la jurisprudencia de las Altas Cortes sobre despenalización de la dosis personal y la dosis de aprovisionamiento, al tomar una posición adulto centrista, no mencionan a los NNA y no hacen salvedad alguna para ellos, de modo que tal interpretación se aplica a esta población, es decir, que la despenalización de la dosis personal y de aprovisionamiento también rige para los NNA. Esta postura responde al principio de interpretación: “*donde la norma no distingue no es dable hacerlo al intérprete*”, por lo tanto, si la jurisprudencia no diferenció, no es posible hacerlo a quien aplique esa postura jurisprudencial.

Al analizar la encuesta aplicada por este investigador a los cuatro Fiscales Delegados para este sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes de Manizales, se observa que todos afirman que vienen aplicando la doctrina constitucional y legal para jóvenes sorprendidos con sustancias estupefacientes destinadas para el consumo, pues se tratara de dosis personal o de cantidades apenas superiores. Entonces, en el Distrito Judicial de Manizales, los Fiscales que tienen la facultad de persecución penal vienen aplicando la doctrina jurisprudencial al respecto.

Efectivamente, desde el 21 de diciembre de 2009, fecha en que entró en vigencia el Acto Legislativo 02, hasta el 21 de diciembre de 2013, fecha límite de la investigación, al Centro transitorio del CESPAs Manizales se habían conducido a 1.211 jóvenes inculcados con porte de sustancias psicoactivas. Sin embargo, no todos estos jóvenes fueron judicializados, y solo se convocaron a imputación por tener más de la dosis personal o de aprovisionamiento a 507 jóvenes que, después de haber sido imputados, lógicamente serán sentenciados por allanarse a cargos o por someterse al juicio (Tabla 1).

Tabla 1. Adolescentes que ingresan al transitorio del CESPAs por porte de estupefacientes vs. Adolescentes judicializados

Adolescentes Ingresan al Transitorio del CESPAs por porte de estupefacientes:	Cant.	Adolescentes solicita imputación (judicializados)	Cant.	Diferencia
21/12/09 al 31/12/09	1	21/12/09 al 31/12/09	0	1
01/01/2010 al 31/12/2010	316	01/01/2010 al 31/12/2010	149	167
01/01/2011 al 31/12/2011	314	01/01/2011 al 31/12/2011	123	191
01/01/2012 al 31/12/2012	434	01/01/2012 al 31/12/2012	125	309
01/01/2013 al 31/03/13	146	01/01/2013 al 31/03/13	110	36
Total 1211		Total 507		Total 704

Fuente: libros radicadores de conducciones de adolescentes de la Policía de Vigilancia al CESPAs de Manizales, entre el 21 de diciembre de 2009 al 21 de diciembre de 2013. Y del Sistema de Reparto del Centro de Servicios Judiciales para Adolescentes de Manizales, entre el 21 de diciembre de 2009 al 21 de diciembre de 2013.

Los datos de esta tabla se explican precisamente por la aplicación del criterio jurisprudencial de la despenalización de la dosis personal. De modo que, en la realidad, esta posición jurisprudencial sí se viene aplicando en Manizales para adolescentes sindicados del porte de

estupefacientes, y no se judicializan a los jóvenes que portan una cantidad menor a la dosis personal o ligeramente superior como dosis de aprovisionamiento.

Los principios expuestos son la base para aplicar sin distinción la jurisprudencia sobre dosis personal al hacer extensivo el criterio de los adultos a los adolescentes, pues, las Altas Cortes no diferencian entre unos y otros, de modo que se trata de hacer una *tabula rasa*, bajo el principio de la igualdad. Ciertamente, el derecho a la igualdad es un potente argumento en materia penal, en tanto hace parte del artículo 13⁶¹ de la Constitución Política, que se desarrolla en el artículo 7⁶² del Código Penal, ley 599 (2000) y en el artículo 4⁶³ del Código de Procedimiento Penal o ley 906 (2004).

Es tan importante el principio de igualdad en materia penal que en las dos Cortes se ha desarrollado una nutrida y vigorosa línea jurisprudencial para su protección. A manera de ejemplo, la Guardiana de la Constitución (CC, C-840, 2000) afirma:

El tratamiento penal discriminatorio no puede justificarse arguyendo que situaciones distintas deben ser tratadas de manera diferente, porque, considerada la finalidad de la disposición, las situaciones resultan ser esencialmente iguales, y no le es dable al legislador, ni siquiera invocando su libertad de configuración y su competencia para trazar directrices en materia de política criminal, desconocer un principio constitucional básico como el

⁶¹ “Artículo 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”.

⁶² “Artículo 7°. Igualdad. La ley penal se aplicará a las personas sin tener en cuenta consideraciones diferentes a las establecidas en ella. El funcionario judicial tendrá especial consideración cuando se trate de valorar el injusto, la culpabilidad y las consecuencias jurídicas del delito, en relación con las personas que se encuentren en las situaciones descritas en el inciso final del artículo 13 de la Constitución Política”.

⁶³ “Artículo 4°. Igualdad. Es obligación de los servidores judiciales hacer efectiva la igualdad de los intervinientes en el desarrollo de la actuación procesal y proteger, especialmente, a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta”.

contenido en el artículo 13 de la Carta Política, que exige de modo perentorio que las situaciones iguales deben recibir un tratamiento también igual (pág. 11)

En igual sentido, la Corte Suprema de Justicia (CSJ, proceso 23.567, 2005):

La igualdad se halla instalada en el ordenamiento jurídico supremo como principio y regla y a partir de tal recepción configura un derecho y una garantía.

En su condición de principio irradia al resto del ordenamiento, constituye una guía de apreciación y, al mismo tiempo, se define como un mandato de optimización. Mandato que no es disponible para los poderes constituidos, y que por tanto conforma una directriz fuerte en la aplicación de la Ley a un caso concreto.

El principio de igualdad constitucional se integra con el concepto de ser mirado como igual y con el de igual tratamiento. En su condición de derecho habilita a los individuos dentro del sistema la facultad de formular oposición frente a normas o actos violatorios de aquel principio en términos generales o francamente discriminatorios desde lo específico, estatus negativo, o de exigir algún comportamiento determinado de los poderes públicos, estatus positivo.

Y, finalmente, en su condición de garantía, aunque sustantiva y no meramente procesal, en tanto constituye un presupuesto para la efectividad de las diversas libertades o derechos.

Por lo tanto, la igualdad como principio y garantía tiende a condicionar a los poderes públicos en cuanto al grado de su consideración a la hora de reglar, omitir o actuar. La igualdad como derecho interrelaciona con el resto de los derechos fundamentales, es presupuesto de su ejercicio y está alcanzado por el principio constitucional que establece que no hay derechos en su ejercicio absoluto.

En el campo específico del derecho procesal, la jurisprudencia constitucional tiene establecido que “El someter las controversias a procedimientos preestablecidos e iguales no sólo garantiza el derecho de defensa: realiza, en primer lugar y principalmente, el principio de igualdad ante la ley, en el campo de la administración de justicia. Y asegura eficazmente la imparcialidad de los encargados de administrar justicia, mediante la neutralidad del procedimiento (pág. 33).

De acuerdo con estas consideraciones jurisprudenciales sobre el principio de la igualdad en materia penal, si a los adultos les es permitido el porte de dosis personales y dosis de aprovisionamiento de sustancias psicoactivas destinadas al propio consumo, entonces a los adolescentes también les está permitida dicha posesión.

El segundo argumento en el que se funda la despenalización de la dosis personal de sustancias psicotrópicas en adultos, y por el silencio de las Altas Cortes también en adolescentes, es el libre desarrollo de la personalidad y la autonomía personal, pues, la Corte Constitucional, con base en estas prerrogativas personales “avaló” el porte de estas sustancias para el consumo personal, afirmando que era una decisión íntima de la persona que no puede ser regulada por las autoridades externas bajo un Estado Social de Derecho como el ordenado por la Constitución de 1991.

El tercer argumento, esta vez en el ámbito penal se refiere a la ausencia de lesividad material para el bien jurídico tutelado. La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia considera que portar sustancias psicoactivas en cantidades apenas superiores a la dosis personal para el propio consumo, no afecta el bien jurídico tutelado como es la salud pública y apenas si afectaría la propia salud del adicto.

No obstante, esta postura es equivocada, pues a los NNA les está absolutamente prohibido consumir sustancias psicoactivas y lógicamente portarlas en cantidades que se consideren como dosis personal o como dosis de aprovisionamiento, según los siguientes argumentos:

La legislación internacional

La primera razón es la legislación internacional de protección de los derechos de los NNA, que expresamente exige su protección especial de manera general, y específicamente respecto a la salud o en el del uso y abuso de sustancias psicotrópicas:

- ✓ Declaración Universal de Derechos Humanos, ratificada por el Congreso mediante Ley 74 (1968), establece en el Numeral 3 del Artículo 25⁶⁴, el derecho de la infancia a cuidados y asistencia especial y al derecho a la protección social.
- ✓ El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado por Colombia mediante la ley 74 (1968), en el Numeral 1º del Artículo 24⁶⁵ establece los derechos de los niños, sin distinción alguna, a las medidas de protección requeridas conforme a su condición a cargo de la familia, la sociedad y el Estado. También este Pacto Internacional, en el Numeral 3 del Artículo 10⁶⁶, establece la obligación del Estado de brindar a los niños y adolescentes, sin discriminación, medidas especiales de protección y en el Artículo 12 en el Numeral 1º⁶⁷ se establece la obligación del Estado a reconocer el disfrute del más alto nivel de salud física y mental, especialmente para lograr el sano desarrollo de los niños.
- ✓ En la Convención Americana sobre Derechos Humanos ratificado por el legislativo mediante Ley 16 (1972), en el Artículo 19⁶⁸ sobre los derechos del niño, establece que tienen derecho a las medidas de protección de la familia, la sociedad y el Estado.
- ✓ En La Declaración sobre los Principios Sociales y Jurídicos relativos a la Protección y el Bienestar de los Niños, en el Artículo 1º⁶⁹, establece la obligación de los estados para dar máxima prioridad al bienestar de la familia y del niño.

⁶⁴ “Artículo 25: 3. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.”

⁶⁵ “Artículo 24: 1. Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado.”

⁶⁶ “Artículo 10: Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que: 3.- Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia a favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil.”

⁶⁷ “Artículo 12: 1.- Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. 2.- Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: a). La reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños...”

⁶⁸ “Artículo 19. Derechos del Niño: Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”.

- ✓ Respecto a la protección contra el uso ilícito de estupefacientes y demás sustancias psicotrópicas, establecida en el Artículo 33⁷⁰ de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.
- ✓ Las Directrices para la Prevención de la Delincuencia Juvenil o “Directrices de Riadh”, adoptadas por las Naciones Unidas el 14 de diciembre de 1990, también de manera expresa en el artículo 59⁷¹ obliga a los Estados a adoptar medidas especiales de protección de los NNA contra el uso indebido de drogas y de los traficantes de ellas.
- ✓ En igual sentido, en el artículo 25 se impone al sistema educativo la obligación especial de adoptar políticas y estrategias para la prevención del uso indebido de alcohol, drogas y otras sustancias. Replica igualmente en el artículo 44 esa obligación para los medios de comunicación y finalmente en el artículo 45 para los organismos gubernamentales.

Los instrumentos internacionales mencionados reconocen derechos humanos de las personas en general o específicamente de los NNA y fueron ratificados por el Congreso mediante las leyes correspondientes, por lo tanto hace parte del orden interno por aplicación del bloque de constitucionalidad del artículo 93⁷². Sobre el contenido de dicho bloque, Uprimy (2009) dice⁷³:

... hay que concluir que, según la jurisprudencia de la Corte, hacen parte del bloque en sentido estricto (i) el Preámbulo, (ii) el articulado constitucional, (iii) los tratados de límites ratificados por Colombia, (iv) los tratados de derecho humanitario, (v), los tratados ratificados por Colombia que reconocen derechos intangibles, (vi) los artículos de los

⁶⁹ “Artículo 1 Todos los Estados deben dar alta prioridad al bienestar de la familia y del niño”.

⁷⁰ “Artículo 33. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas, incluidas medidas legislativas, administrativas, sociales y educacionales, para proteger a los niños contra el uso ilícito de los estupefacientes y sustancias sicotrópicas enumeradas en los tratados internacionales pertinentes, y para impedir que se utilice a niños en la producción y el tráfico ilícitos de esas sustancias”.

⁷¹ “59. Deberán promulgarse y aplicarse estrictamente leyes para proteger a los niños y a los jóvenes del uso indebido de drogas y de los traficantes de droga.”

⁷² “Artículo 93. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. ...”.

⁷³ UPRIMY, Rodrigo. “*Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y proceso penal*”. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Bogotá. 2009. Pág. 45.

tratados de derechos humanos ratificados por Colombia, cuando se trate de derechos reconocidos por la Carta y (vii), en cierta medida, la doctrina elaborada por los tribunales internacionales en relación con esas normas internacionales, al menos como criterio relevante de interpretación.

- ✓ Otros instrumentos como las Directrices de Riad y La Declaración sobre los Principios Sociales y Jurídicos relativos a la Protección y el Bienestar de los Niños, se ha presentado discusión sobre si hacen parte del bloque de constitucionalidad. Al respecto, Arias (2010), después de un exhaustivo análisis de la jurisprudencia de las Altas Cortes, concluye:

De esta forma, la discusión que se plantea, sobre la integración de las Reglas de Beijing, las Directrices de Riad, las Reglas de la Habana y las Reglas de Tokio, al bloque de constitucionalidad, queda zanjada en los términos expresados por la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pues sin afirmar que hacen parte del mismo, sirven como herramienta de interpretación, de referente obligatorio, al estar en armonía y desarrollar los tratados internacionales sobre derechos humanos (Arias, 2010, págs. 55-56).

De tal manera que desde el punto de vista de la normatividad internacional, aplicable internamente en nuestro país por formar parte del bloque de constitucionalidad, le corresponde al Estado, a través del ejecutivo, al sistema educativo, a los medios de comunicación, a la familia y a la sociedad adelantar políticas y programas para proteger a los NNA del uso indebido de sustancias psicoactivas para garantizar plenamente su desarrollo y su derecho a la salud.

No obstante, cuando el Estado, por omisión, deja de judicializar a los adolescentes a quienes se les ha encontrado en su poder sustancias psicoactivas en una cantidad igual o ligeramente superior a una dosis personal o a una dosis de aprovisionamiento, sin duda está faltando flagrantemente contra esos mandatos provenientes de los instrumentos internacionales de proteger preferentemente la salud, el adecuado desarrollo de los NNA, y protegerlos contra el uso y consumo indebido de las sustancias psicoactivas.

En esta forma, si los instrumentos internacionales mencionados buscan proteger a los NNA del consumo de sustancias psicoactivas, cuando se deja de judicializar a los adolescentes

portadores de sustancias psicoactivas en pequeñas cantidades, simplemente se está legalizando su consumo, lo cual riñe abiertamente con esos preceptos internacionales convirtiéndolos en un ejercicio meramente simbólico del derecho.

La normatividad constitucional

El segundo argumento proviene de la normatividad constitucional. La Constitución Política (1991) dice lo siguiente:

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan (CP, 1991, Art. 13, inciso 3).

Es claro que el origen del artículo 13 es influido por la concepción de la revolución francesa respecto a la igualdad ante la ley, criterio de igualdad material que luego fue revaluado por la revolución bolchevique y la mejicana de corte socialista, con base en el principio: “de cada cual según su capacidad y a cada cual según su necesidad”, que busca una igualdad real y efectiva y que da lugar a los incisos 2º y 3º del comentado artículo 13, para diferenciar positivamente a las personas y los grupos con debilidades manifiestas.

Uno de esos grupos, merecedores de un trato especial, son los NNA, quienes, por su escaso desarrollo, presentan condiciones mentales que los hacen débiles ante los demás. La Corte Constitucional reconoce que esta población goza de un especial tratamiento, cuando dice:

Ahora bien, la calidad de sujetos de especial protección constitucional de los menores de dieciocho años tiene su fundamento en la situación de vulnerabilidad e indefensión en la que se encuentran, pues su desarrollo físico, mental y emocional está en proceso de alcanzar la madurez requerida para la toma de decisiones y participación autónoma dentro de la sociedad. El grado de vulnerabilidad e indefensión tiene diferentes grados y se da partir de todos los procesos de interacción que los menores de dieciocho años deben realizar con su entorno físico y social para el desarrollo de su personalidad. Por lo anterior, el Estado, la sociedad y la familia deben brindar una protección especial en todos los ámbitos de la vida

de los niños, niñas y adolescentes, en aras de garantizar su desarrollo armónico e integral (C-370, 2014).

Las especiales condiciones de indefensión por el escaso desarrollo físico, mental y emocional de los NNA se descuidan por el Estado cuando permite que personas con en estas circunstancias porten y consuman sustancias en cantidades consideradas como dosis personal o en cantidades ligeramente superiores, cuando la imposición de la Carta Política exige su protección especial.

El derecho a la igualdad en materia penal hace que la jurisprudencia del sistema penal de adultos respecto a la dosis personal y la dosis de aprovisionamiento se extienda a los adolescentes. Sin embargo, esa sería una aplicación formal del derecho a la igualdad, como la propugnada por la Constitución Política, cuando dice:

Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación (CP, 1991, Art. 13, inciso 1).

Una igualdad simple no aplica para los NNA de la misma manera que para los adultos, pues, por su condición especial, aquellos merecen un trato de diferenciación positiva, puesto que no se puede igualar a un adulto con un NNA, dadas sus condiciones físicas y psíquicas diferentes. Acá lo que se reclama es la aplicación de ese concepto de igualdad material consagrado en la Carta Política de 1991. Es decir se espera del Estado la promoción de las condiciones para hacer efectiva, más que la igualdad, la diferencia, en favor de los NNA, como exige la CP.

Así lo exige expresamente el inciso 2° del artículo 140 de la ley 1098 (2006), cuando dice:

En caso de conflictos normativos entre las disposiciones de esta ley y otras leyes, así como para todo efecto hermenéutico, las autoridades judiciales deberán siempre privilegiar el interés superior del niño y orientarse por los principios de la protección integral, así como los pedagógicos, específicos y diferenciados que rigen este sistema (Ley 1098, 2006, inc. 3).

El conflicto hermenéutico puede quedar aclarado según estas normas, de modo que se debe dejar de aplicar la jurisprudencia de adultos en el tema de porte y consumo de sustancias psicotrópicas en cantidades igual o ligeramente superiores a la dosis personal para los

adolescentes, puesto que estos merecen una especial protección por su condición de debilidad originada en su falta de madurez física y psicológica. El problema entonces surge cuando se traspasan las instituciones jurídico-penales del sistema de adultos para aplicarlas a los NNA, sin tener en cuenta su interés superior, como lo ha manifestado este autor en sus labores judiciales (Juzgado 1 Penal Circuito de Adolescentes de Manizales, proceso 01321-00, 2014):

Entonces, no se entiende por qué insistimos en calcar a rajatabla las instituciones del sistema de responsabilidad de adultos y trasvasarlas para el sistema penal de adolescentes sin pasarlas por el tamiz de la protección especial de sus derechos (Pág. 6)

En este caso no sería posible copiar para los adolescentes la jurisprudencia para adultos sobre el consumo y posesión de sustancias psicoactivas en cantidades iguales o ligeramente superiores, porque los pilares argumentativos quedarían sin piso por las circunstancias especiales de los NNA, pues, en el caso de la Corte Constitucional en su sentencia C-221 (1994), respecto a la autonomía personal, bastaría con preguntarse, si una persona que no ha llegado al pleno desarrollo físico, mental y psicológico cuenta con la autonomía plena para decidir un asunto tan trascendental como es consumir sustancias psicoactivas, dado que tal decisión implica una forma de vida que suele implicar un camino de deterioro personal, familiar y social. En relación con el libre desarrollo de la personalidad, igualmente se debe tener en cuenta que en el NNA, esa personalidad aún no está plenamente estructurada, por lo tanto, aún los padres como responsables de su atención, cuidado y protección deben guiarlo y orientarlo en el ejercicio de esa voluntad, especialmente impidiendo que se autolesione con el consumo de sustancias psicoactivas, pues su consumo atenta contra la familia de la cual el niño hace parte integrante. En este punto, hacemos nuestros los argumentos del salvamento de voto de la referida sentencia C-221, 1994:

Ningún sentido tiene, entonces, que mientras la Constitución busca proteger a la familia con tanto énfasis, pueda invocarse el libre desarrollo de la personalidad de uno de sus miembros como argumento que prevalezca sobre tales concepciones institucionales, dentro de un criterio individualista que resulta a todas luces extraño a una concepción contemporánea del derecho (pág. 58)

En sentido análogo, la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, especialmente la sentencia primigenia sobre el tema, como fue el fallo del 18 de noviembre de 2008 (CSJ–333, 2008), establece que el consumo de sustancias psicotrópicas en cantidades como la dosis personal o ligeramente superiores es una conducta que no rebasa la órbita personal, sin afectar derechos ajenos, ni individuales ni colectivos, por lo tanto, tampoco afecta ningún bien jurídico tutelado y carece de antijuridicidad material, por lo cual no es posible su sanción penal.

Este argumento no aplica en los NNA, puesto que estos tienen una protección especial en sus derechos, dentro de los cuales se cuenta el derecho a la salud. Además, ellos hacen parte de un núcleo esencial, primigenio de la sociedad, como es la familia, que tiene amplio espectro protectorio en la normatividad internacional, constitucional y legal, por lo que el consumo de estas sustancias aún en cantidades consideradas como dosis personales o ligeramente superiores, lógicamente rebasa su ámbito personal, para afectar a la familia (institución que Código Penal protege), y si se afecta un bien jurídico tutelado, estos NNA deberían ser judicializados.

Para representar el daño personal, familiar y social, acudamos al Estudio Nacional de Consumo de Sustancias Psicoactivas en Población Escolar en Colombia 2011, en el que se indica que el inicio de consumo en esta población está en una edad promedio de 13 años:

Tabla 2. Edad de inicio de consumo de cualquier sustancia ilícita según sexo

Sexo	Promedio	Mediana	Percentil 25	Percentil 75
Hombres	13,17	13	12	15
Mujeres	13,08	13	12	14
Total	13,13	13	12	15

Fuente: Estudio nacional de consumo de sustancias psicoactivas en población escolar (Cumsille, Fagua, & Scopetta, 2011)

Respecto a la población que ha consumido alguna sustancia psicoactiva, el estudio determinó que en una muestra aplicada a 3.483.764 estudiantes de jornadas diurnas entre los 12 a 17 años.

Se debe destacar que el 64,7% de los estudiantes del país declararon haber usado alguna sustancia alguna vez en la vida, un 58% usó en el último año y un 41,3% en el último mes. La sustancia de mayor uso entre los escolares es el alcohol, seguida de tabaco. Si se considera la prevalencia de último año como indicador, a las dos anteriores le siguen marihuana, dick o ladys,

cocaína, pegantes o solventes, popper, alucinógenos y éxtasis. Si se excluyen tabaco, el alcohol, los tranquilizantes y los estimulantes, se tiene que un 12,1% de los estudiantes ha usado alguna sustancia en la vida, un 8,7% en el último año y un 4,7% en el último mes.

Un ejemplo gráfico son las imágenes de la película de Víctor Gaviria “La Vendedora de Rosas”, donde se observan niños entre 5 y 8 años obnubilados por la inhalación de pegante. Esta película de ficción es en realidad un documental, pues los actores fueron seleccionados entre las poblaciones de las comunas marginales de Medellín y todos ellos tuvieron finales trágicos, incluida la misma Lady Tabares como lo ha documentado la prensa. Cómo no reconocer en estos NNA el daño personal, familiar y social que produce el consumo de sustancias psicotrópicas aún en dosis mínimas.

Ahora bien, si la Constitución Política (1991) exige un tratamiento especial de los adolescentes, y en conflictos hermenéuticos así se impone conforme a la ley 1098 (2006, art 140, inc. 2), cuando se aplica la jurisprudencia de adultos sobre el porte y consumo de sustancias psicoactivas en cantidades cercanas a la dosis personal en los adolescentes, no se cumple con el mandato constitucional ni con el mandato legal.

Otra norma de la Constitución Política (1991) que protege a los NNA es el artículo 42⁷⁴ en el que el Estado se obliga a guardar y proteger a la familia como núcleo central de la sociedad, cuya honra, dignidad e intimidad son inviolables, bajo relaciones de igualdad y respeto recíproco entre todos sus integrantes, y cualquier forma de violencia debe ser erradicada al considerarse destructiva de la armonía y la unidad. Al respecto de su protección especial, la Corte Constitucional se ha pronunciado así en la sentencia T-946, 2012:

⁷⁴ “Artículo 42. La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.

El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable. La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables.

Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes. Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley. ...”.

A partir de la interpretación de las disposiciones normativas contenidas en el artículo 42 de la Constitución, es posible establecer la existencia de un derecho constitucional a mantener la unidad familiar o a mantener los vínculos de solidaridad familiar. De la caracterización constitucional de la familia, como núcleo fundamental de la sociedad, en la cual es necesario preservar la armonía y la unidad, mediante el rechazo jurídico de las conductas que puedan conducir a su desestabilización o disgregación, y además, consultando el deber constitucional de los padres, consistente en sostener y educar a los hijos mientras sean menores o impedidos, resulta perfectamente posible derivar normas de mandato, de prohibición y de autorización. Siguiendo un razonamiento similar es posible configurar el derecho a mantener la unidad familiar. Este derecho es el corolario de la eficacia de la disposición que define la familia como el núcleo fundamental de la sociedad, en la medida en que constituye el dispositivo normativo que permite realizar la pretensión constitucional de protección a la familia (como núcleo fundamental de la sociedad), al autorizar la intervención de los jueces y en especial del juez constitucional, en situaciones concretas que tengan el poder de afectar la unidad y/o la armonía familia (pág 21).

Por supuesto, el consumo de sustancias psicoactivas por uno de los integrantes de la familia como son los hijos, los NNA que viven en el hogar, produce alteraciones que conducen a la desintegración, a romper la armonía familiar y a impedir el adecuado desarrollo de sus integrantes. Así lo establecen Varela y col. (2006) como uno de los daños causados por el consumo de drogas:

Los daños ocasionados por el consumo de drogas son muy variados. Sin embargo, podrían agruparse de la siguiente manera: (1) los efectos crónicos sobre la salud, por ejemplo, el daño a ciertos órganos o la aparición de enfermedades (cirrosis, cáncer, enfisema, etc.); (2) los efectos físicos que ocasiona directamente la sustancia en un período corto de tiempo, como la pérdida de la coordinación motora, la alteración del juicio, la imposibilidad para mantener la concentración, etc.; y (3) los problemas sociales derivados del consumo, como el daño a las relaciones interpersonales, la pérdida del trabajo, la desintegración familiar, etc. Seguidamente se revisarán algunos aspectos específicos del alcohol y el tabaco (pág. 80).

Si el artículo 42 de la Carta Política (1991) protege especialmente a la familia, cuando se permite el consumo de sustancias psicoactivas por los NNA, esa protección especial pierde sentido.

Aunque la disposición central de proteger a los NNA es el artículo 44 de la Constitución Política (1991), anteriormente transcrito, que trata de los derechos de los niños. Como antes se manifestó, la disposición hace una amplia relación de sus derechos, de su prevalencia y del principio de corresponsabilidad entre la familia, la sociedad y el Estado para su garantía, en materia del derecho a la vida, la integridad física, la salud y el adecuado desarrollo armónico e integral, la norma dice: “Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social,...La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral...”.

Además como especie de ese género, también opera el artículo 45⁷⁵ sobre los derechos de los adolescentes.

Por supuesto, estas disposiciones constitucionales propugnan por la protección de los derechos de los NNA, especialmente el derecho a la vida, a la integridad física, al desarrollo armónico e integral, y cuando se permite a los NNA portar y consumir sustancias psicoactivas, así sea en dosis pequeñas consideradas como dosis personal o de aprovisionamiento, se está atentando contra esos derechos. El estudio de Varela y cols. (2006) lo ilustra de la siguiente forma:

A continuación se describen los factores psicosociales que tienen un respaldo empírico y teórico y que en la investigación se encontraron asociados con el consumo de alcohol y tabaco específicamente.

a) Las alteraciones psicológicas, que se refieren a las dificultades en el manejo del estado emocional y afectivo, fluctuaciones en el estado de ánimo (p.ej. deprimido, elevado, expansivo o irritable) y dificultades en el control de las cogniciones (p.ej. en el caso de los

⁷⁵ “Artículo 45. El adolescente tiene derecho a la protección y a la formación integral.

El Estado y la sociedad garantizan la participación activa de los jóvenes en los organismos públicos y privados que tengan a cargo la protección, educación y progreso de la juventud.”.

pensamientos intrusos). Se considera que la presencia de estas dificultades no necesariamente constituyen un trastorno, pero si son algunas de las manifestaciones más típicas de la ansiedad, el estrés y la depresión (Salazar, Varela, Cáceres y Tovar, 2005; Varela, Salazar, Cáceres y Tovar, 2005). Estos problemas emocionales tienen asociación con el consumo de sustancias psicoactivas (Barlow, 2002; Galaif, Sussman, Chou y Wills, 2003; Gutierrez-Baró y Aneiros-Riba, 1999; Marmorstein e Iacono, 2003; Shrier, Harris, Kurland y Knight, 2003).

b) Los comportamientos perturbadores, que a menudo son socialmente molestos para los demás. Se caracterizan por la indisciplina, la impulsividad, la agresividad y la rebeldía con tendencia a transgredir las normas sociales y a vincularse con pandillas. Sugieren la predisposición hacia la inconformidad y el desafío de figuras de autoridad, oposición generalizada, presencia de comportamientos delictivos, ilícitos, antisociales y sancionables (Fundación Bulimia Anorexia y Comedores Compulsivos [BACC], 2003; Graña y Muñoz, 2000b). Al igual que en el factor anterior, estos comportamientos no constituyen trastornos clínicos como tal, pero son algunos de los indicadores de los trastornos clasificados en el DSM-IV-TR como «Trastornos por déficit de atención y comportamiento perturbador» (APA, 2000; Servera, Bornas y Moreno, 2001) y son predictores, en muchos casos, del consumo de drogas (Ernst et al., 2003; Fundación BACC, 2003; Graña y Muñoz, 2000b; Kuperman et al., 2001; Marmorstein e Iacono, 2003; Molina y Pelma, 2001, 2003; Shrier et al., 2003).

c) Las habilidades de autocontrol, que incluyen cualquier conducta controlada exclusivamente por variables (físicas, sociales o cognitivas) sobre las que el individuo puede actuar y con las cuales puede alterar la probabilidad de ocurrencia de otra conducta cuyas consecuencias en algún momento podrían resultar aversivas para sí mismo (Díaz, Comeche y Vallejo, 1993). Lo anterior implica que, además, la persona tiene la capacidad para controlar su comportamiento por consecuencias a largo plazo y realiza esfuerzos para no comportarse exclusivamente por reforzadores inmediatos y placenteros. Un individuo con autocontrol atribuye su comportamiento principalmente a factores internos y considera que éste es modificable y variable en el tiempo. En la medida que el bajo autocontrol se relaciona con la búsqueda de sensaciones placenteras y la realización de poco esfuerzo personal, se ha sido identificado como factor de riesgo para el consumo de sustancias psicoactivas (Del Barrio y

Alonso, 1994; Gutierrez-Baró y Aneiros-Riba, 1999; Higgins y Marcum, 2005; Risolidaria, s.f.; Williams y Ricciardelli, 1999).

d) Las habilidades de afrontamiento y enfrentamiento, que son aquellos esfuerzos cognitivos y comportamentales que se utilizan para manejar las demandas específicas externas o internas que son evaluadas como excedentes o desbordantes de los recursos del individuo (Lazarus, 1993). El afrontamiento implica la capacidad para adaptarse a situaciones inmodificables, mientras que el enfrentamiento permite alterar aquellas que representan un problema y que son susceptibles de cambiar; por eso incluye habilidades de solución de problemas y toma de decisiones en diferentes contextos, incluyendo los académicos y laborales (Salazar y Varela, 2005; Varela y Salazar, 2005). Estas habilidades permiten que las personas se adapten mejor a las circunstancias y logren un adecuado nivel de funcionamiento (Snyder, 1999). Si una persona carece de estas habilidades o percibe que las situaciones no podrán ser manejadas o cambiadas, la dificultad para solucionar un problema puede generar una situación de malestar y de incapacidad que dificulta cada vez más la posibilidad de resolverlo y la necesidad de recurrir a estrategias como el consumo de drogas (Frydenberg y Lewis, 1991, 1994; Risolidaria, s.f.; Snow y Bruce, 2003) (págs. 81, 82 y 83).

Otra vez aseveramos que la protección especial adoptada por la Carta de Orientaciones de 1991 en los artículos 44 y 45 para los niños, las niñas y los adolescentes pasa a ser un mero saludo a la bandera, como se dice popularmente, si se les permite consumir sustancias psicoactivas así sea en cantidades consideradas como dosis personal o ligeramente superiores, produciéndose otro caso de eficacia simbólica del derecho.

Finalmente, el propio artículo 49 de la Constitución Política, especialmente luego de la reforma del Acto Legislativo 02 de 2009, el cual ya ha sido transcrito pero que por la importancia de su Inciso 7º me permito repetir: “...*El porte y el consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas está prohibido, salvo prescripción médica ...*”. Sobradamente esta norma prohibitiva del orden constitucional debe primar sobre aquella permisiva del orden legal como es el literal j) del Artículo 2º de la ley 30 de 1986.

Primero por la simple aplicación de la regla de interpretación contenida en el artículo 2º de la centenaria ley 153 de 1887, cuando establece: “La ley posterior prevalece sobre la ley

anterior. En caso de que una ley posterior sea contraria a otra anterior, y ambas preexistentes al hecho que se juzga, se aplicará la ley posterior”. Y, segundo, por la razón de que el prohibitivo Acto legislativo Número 02 de 2009, reformativo del Artículo 49 de la Constitución Política, es de rango constitucional y por consiguiente, prima sobre cualquier disposición contraria de carácter legal. Así se estableció también en la mencionada ley 153 de 1887 en su artículo 9º: “La Constitución es ley reformativa y derogatoria de la legislación preexistente. Toda disposición legal anterior a la Constitución y que sea claramente contraria a su letra o a su espíritu, se desechará como insubsistente”. Esta institución de la inconstitucionalidad sobreviniente tiene una larga tradición de aplicación en la Corte Constitucional, a modo de ejemplo, dice (CC - 681, 2003):

Sin embargo, la inconstitucionalidad sobreviniente ocurre en casos concretos que recordamos brevemente. Se presenta cuando se produce un cambio de Constitución Política, en el tránsito de la vieja a la nueva Carta, normas que eran constitucionales bajo el imperio de la vieja Carta, se vuelven incompatibles con la Nueva y este es el fenómeno de la inconstitucionalidad sobreviniente. También ocurre en casos de reforma constitucional. Esta incompatibilidad hace que se aplique el principio considerado en el artículo 9º de la ley 153 de 1887, que dice:

Artículo 9. La Constitución es ley reformativa y derogatoria de la legislación preexistente. Toda disposición legal anterior á la Constitución y que sea claramente contraria á su letra ó á su espíritu, se desechará como insubsistente (Ley 153, 1887).

Tampoco se puede argumentar, como lo hizo la Corte Constitucional al tratar el tema de la dosis personal ya bajo la vigencia del Acto Legislativo 02 de 2009, que una cosa es la prohibición y otra la penalización (CC-574, 2011):

En cuanto al objetivo y la finalidad de la reforma, el Ministerio de Interior y de Justicia consideró que la norma impugnada, no pretendió penalizar la dosis personal sino prohibirla y acompañar a quienes sufren estados de alteración derivados del consumo de estupefacientes (pág. 63).

Puesto que si el sentido natural del actual Inciso 7 del Artículo 49 constitucional concuerda con el artículo 376 del Código Penal (Ley 599, 2000), ya transcrito anteriormente, lo que resulta

es una penalización en tanto esta norma no hace salvedad a la cantidad de sustancia estupefaciente. No obstante, a pesar de esa expresa prohibición constitucional y su penalización en la ley 599 de 2000, se permite que los jóvenes usen y abusen de las sustancias psicotrópicas cuando los adolescentes que son sorprendidos con cantidades mínimas iguales o ligeramente superiores a la dosis personal, o dosis de aprovisionamiento no son judicializados, tal como se demostró en cuadro número 2. En esta situación no se deja de aplicar la prohibición constitucional, lo cual significa que la norma no pasa de ser una disposición sin aplicación, o sea un caso de eficacia simbólica del derecho.

Las normas internas del orden legal

La tercera razón es la normatividad legal interna. Desde principios del siglo pasado, las autoridades del país se han preocupado por los problemas que ocasiona el consumo del cigarrillo, el alcohol y las sustancias estupefacientes en la persona, en la familia y en la sociedad. Por eso, se han expedido normas destinadas a su control en respuesta a requerimientos internacionales. Ahora bien, basta citar de la ley 1098 (2006) en la que, aparte del derecho al desarrollo integral de la primera infancia del artículo 29, expresamente se consagra como derecho de los NNA, el derecho a la salud del artículo 27⁷⁶.

En contraprestación a este derecho y a cargo de la familia, la sociedad y el Estado, según se considera en el artículo 10, surge el deber de garantizarlo, mediante las siguientes acciones:

⁷⁶ Artículo 27. Derecho a la salud. Todos los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la salud integral. La salud es un estado de bienestar físico, psíquico y fisiológico y no solo la ausencia de enfermedad. Ningún Hospital, Clínica, Centro de Salud y demás entidades dedicadas a la prestación del servicio de salud, sean públicas o privadas, podrán abstenerse de atender a un niño, niña que requiera atención en salud.

Parágrafo 1o. Para efectos de la presente ley se entenderá como salud integral la garantía de la prestación de todos los servicios, bienes y acciones, conducentes a la conservación o la recuperación de la salud de los niños, niñas y adolescentes...”.

Conforme al concepto de titularidad activa de derechos, su exigibilidad se amplía a cualquier persona como lo establece el artículo 11⁷⁷ de la citada ley 1098 (2006).

A cargo de la familia, está el deber de cuidar a los niños, las niñas y los adolescentes, según se consagra en el artículo 11 de la referida ley, donde, como parte integrante de ese “cuidado” está el deber de buscar y conservar su salud, especialmente mediante la protección contra el uso y el abuso de sustancias psicoactivas, según se consagra en el artículo 39⁷⁸.

A la sociedad también le corresponde cuidar la salud de los NNA, especialmente contra el uso y abuso de sustancias como el alcohol y el tabaco, según las obligaciones generales consagradas en el artículo 40 de la ley 1098, pero especialmente en el artículo 47 cuando a los medios de comunicación se les prohíbe transmitir publicidad de cigarrillos y alcohol en horario infantil. Esta restricción a la publicidad de cigarrillos, tabaco y sus derivados se extiende a todo tipo de vendedor conforme a la ley 1335 de 2009.

Respecto a las obligaciones del Estado para el cuidado y la protección de la salud de los NNA, en el artículo 7 de la referida ley 1098 (2006), se exige como parte de la protección integral a cargo del Estado mediante las actividades de planeación, promoción y prevención,

⁷⁷ Artículo 11. Exigibilidad de los derechos. Salvo las normas procesales sobre legitimidad en la causa para incoar las acciones judiciales o procedimientos administrativos a favor de los menores de edad, cualquier persona puede exigir de la autoridad competente el cumplimiento y el restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes.

⁷⁸ Artículo 39. Obligaciones de la familia. La familia tendrá la obligación de promover la igualdad de derechos, el afecto, la solidaridad y el respeto recíproco entre todos sus integrantes. Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad y debe ser sancionada. Son obligaciones de la familia para garantizar los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes:

1. Protegerles contra cualquier acto que amenace o vulnere su vida, su dignidad y su integridad personal.

5. Proporcionarles las condiciones necesarias para que alcancen una nutrición y una salud adecuadas, que les permita un óptimo desarrollo físico, psicomotor, mental, intelectual, emocional y afectivo y educarles en la salud preventiva y en la higiene.

7. Incluirlos en el sistema de salud y de seguridad social desde el momento de su nacimiento y llevarlos en forma oportuna a los controles periódicos de salud, a la vacunación y demás servicios médicos.

14. Prevenirles y mantenerles informados sobre los efectos nocivos del uso y el consumo de sustancias psicoactivas legales e ilegales...

según se establece en el artículo 41⁷⁹. A su vez, en el artículo 20⁸⁰, como parte de la protección contra el consumo de tabaco y otras sustancias psicoactivas o alcohólicas que se especifican. El artículo 30⁸¹ prohíbe incluso el ingreso de los NNA a lugares donde se venda licores o cigarrillos. Le corresponde a la Policía Nacional el cumplimiento de esta prohibición, de acuerdo con el artículo 89⁸².

Partiendo de la definición del término “psicoactivo, va”, del Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, como⁸³: “Dicho de una sustancia: Que actúa sobre el sistema nervioso, alterando las funciones psíquicas” (RAE, 2013), es posible referirse a la legislación que sobre

⁷⁹ *Artículo 41. Obligaciones del estado.* El Estado es el contexto institucional en el desarrollo integral de los niños, las niñas y los adolescentes. En cumplimiento de sus funciones en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal deberá:

1. Garantizar el ejercicio de todos los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes

8. Promover en todos los estamentos de la sociedad, el respeto a la integridad física, psíquica e intelectual y el ejercicio de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes y la forma de hacerlos efectivos.

16. Prevenir y atender en forma prevalente, las diferentes formas de violencia y todo tipo de accidentes que atenten contra el derecho a la vida y la calidad de vida de los niños, las niñas y los adolescentes...

⁸⁰ *Artículo 20. Derechos de protección.* Los niños, las niñas y los adolescentes serán protegidos contra:

3. El consumo de tabaco, sustancias psicoactivas, estupefacientes o alcohólicas y la utilización, el reclutamiento o la oferta de menores en actividades de promoción, producción, recolección, tráfico, distribución y comercialización.

⁸¹ *Artículo 30. Derecho a la recreación, participación en la vida cultural y en las artes.* Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho al descanso, esparcimiento, al juego y demás actividades recreativas propias de su ciclo vital y a participar en la vida cultural y las artes.

Igualmente, tienen derecho a que se les reconozca, respete, y fomente el conocimiento y la vivencia de la cultura a la que pertenezcan.

Parágrafo 1o. Para armonizar el ejercicio de este derecho con el desarrollo integral de los niños, las autoridades deberán diseñar mecanismos para prohibir el ingreso a establecimientos destinados a juegos de suerte y azar, venta de licores, cigarrillos o productos derivados del tabaco y que ofrezcan espectáculos con clasificación para mayores de edad.”

⁸² *Artículo 89. Funciones de la policía nacional para garantizar los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes.* Sin perjuicio de las funciones atribuidas en otras leyes en relación con los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, la Policía Nacional y en especial la Policía de Infancia y Adolescencia, tendrán las siguientes funciones:

4. Adelantar labores de vigilancia a fin de controlar e impedir el ingreso de los niños, las niñas y los adolescentes a los lugares de diversión destinados al consumo de bebidas alcohólicas y cigarrillos y hacer cumplir la prohibición de venta de estos productos.

⁸³ Diccionario de la Lengua Española, edición 22ª, versión electrónica, recuperado el 4 de mayo de 2015, de: <http://lema.rae.es/drae/?val=psicoactiva>

bebidas alcohólicas y tabaco se ha expedido, como el Artículo 1^{o84} de la ley 124 (1994), donde se prohíbe el consumo de bebidas embriagantes a los menores de edad. Prohibición a la cual toda publicidad de estas sustancias debe hacer referencia según lo exige el artículo 3^{o85}, y debe ser expuesta en lugar visible en los establecimientos públicos donde se expenden. A su vez, el Decreto 120 (2010) desarrolla un programa sobre esta prohibición. Una situación similar ocurre con el consumo de cigarrillo en NNA, pues Colombia acoge el Convenio Marco de la OMS para el Control de Tabaco de la Asamblea Mundial del 21 de mayo (OMS, 2005), mediante la Ley 1335 (2009), prohíbe la venta de productos de tabaco a los menores de edad en el Artículo 2^{o86}, y también regula la publicidad de estos productos, creando programas de salud y educación y estableciendo sanciones para quienes incumplan sus disposiciones. Sobra afirmar que esta legislación se encuentra vigente y ha obtenido una discusión favorable en la sociedad, pues ha encontrado eco en los ámbitos jurídicos, especialmente en el orden constitucional, pues el Parágrafo del Artículo 3^o se demandó buscando su inexecutable y la Corte estimó que el principio de la autonomía de la personalidad, el libre desarrollo de la personalidad, la autodeterminación y la dignidad humana, en esta ocasión debían ceder ante medidas proteccionistas del Estado que resultaban constitucionalmente aceptables al buscar la conservación de la salud de la persona y de la sociedad, como ocurre con la imposición del cinturón de seguridad en un automóvil o las vacunas obligatorias, así se refirió la Corte en sentencia C-639, 2010:

⁸⁴ “ARTÍCULO 1o. Prohíbese el expendio de bebidas embriagantes a menores de edad.

La persona mayor que facilite las bebidas embriagantes o su adquisición, será sancionada de conformidad con las normas establecidas para los expendedores en los Códigos Nacional o Departamental de Policía.”

⁸⁵ Artículo 3o. Toda publicidad, identificación o promoción sobre bebidas embriagantes debe hacer referencia expresa a la prohibición establecida en la presente ley.

Parágrafo. Los establecimientos que expendan bebidas embriagantes deberán colocar en sitio visible el texto de la presente ley.

⁸⁶ *Artículo 2o.* Prohibición de vender productos de tabaco a menores de edad. Se prohíbe a toda persona natural o jurídica la venta, directa e indirecta, de productos de tabaco y sus derivados, en cualquiera de sus presentaciones, a menores de dieciocho (18) años. En caso de duda, soliciten que cada comprador de tabaco demuestre que ha alcanzado la mayoría de edad.

Parágrafo 1o. Es obligación de los vendedores y expendedores de productos de tabaco y sus derivados indicar bajo un anuncio claro y destacado al interior de su local, establecimiento o punto de venta la prohibición de la venta de productos de tabaco a menores de edad.

El control de constitucionalidad sobre las restricciones al principio de autonomía, cuando no están en juego más que los derechos de la propia persona y no los de terceros, se debe llevar a cabo bajo las siguientes consideraciones: (i) El principio de autonomía derivado del carácter pluralista de nuestro orden constitucional (art. 1° C.N), así como del derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 16 C.N), del derecho de autodeterminación (Art. 9 C.N) y del derecho de dignidad humana (art 1° C.N); se erige como la garantía de que los ciudadanos puedan tomar decisiones, que no afecten derechos de terceros, a partir del reconocimiento de su capacidad de reflexión sobre sus propias preferencias, deseos, valores, ideales y aspiraciones. (ii) La capacidad de reflexión referida debe ser real, y por ello se requiere un profundo respeto por el principio de libertad. En este sentido, el principio de autonomía adquiere una doble dimensión como valor: a) el valor de llevar una vida de acuerdo a nuestras propias decisiones y b) el valor de decidir sin limitaciones externas de otros.” La jurisprudencia constitucional que ha desarrollado el alcance del valor de la autonomía personal en la relación con el cuidado de la salud, ha sostenido la idea según la cual la evaluación de las consecuencias de las acciones cambia cuando éstas se han derivado de “nuestra propia elección”; y ello resulta de vital importancia porque sin esta posibilidad no se cumplen las expectativas propias y de otros respecto de nuestra propia competencia para manejar nuestras vidas. (iii) El valor de la autonomía puede ser procurado por el Estado, mediante el privilegio de otros valores directamente relacionados con él. Puede por ejemplo, establecer medidas coercitivas, que en principio interfieren en la libertad de elección de las personas, pero que corresponden a la promoción de valores preestablecidos a partir del principio mayoritario, sin cuya garantía no sería posible ejercer el derecho de autonomía (por ejemplo, la vida y la salud). Con todo, este tipo de medidas requieren una adecuación constitucional estricta, con el fin de evitar que por dicha vía se pretendan imponer modelos o planes de vida o concepciones del bien. Por ello, las medidas en cuestión deben ser proporcionales, y si su respaldo es una sanción, ésta debe ser la menos rígida posible (pág 16). (Subrayas fuera del texto original)

En esta forma, la legislación contra el consumo de tabaco y de bebidas alcohólicas en menores de edad resulta más coherente que la respecto al consumo de sustancias psicoactivas. El Estado es más drástico al prohibir el consumo de cigarrillos y bebidas embriagantes a menores de edad, por las consecuencias que al vendedor le pueden acarrear, que para el consumo de

marihuana o cocaína, por ejemplo, pues prácticamente se ha “permitido” con las decisiones judiciales de las Altas Cortes. En la práctica, cuando un menor de edad va a consumir cigarrillo o cerveza, desde el mismo envase se le advierte su prohibición, mientras que si va a consumir marihuana o pegante, no encuentra obstáculos si se trata de una cantidad igual o ligeramente superior a una dosis mínima, lo que conforma un contrasentido en el sistema jurídico colombiano.

Como conclusión y como respuesta a la pregunta planteada, se observa que según el orden internacional, el orden constitucional y el orden normativo interno no es posible aplicar a los NNA la interpretación jurisprudencial de la dosis personal y dosis de aprovisionamiento de los adultos, puesto que esa normatividad, al contrario, protege de manera especial sus derechos a la salud, que se desconocería si se permite que esta población porte y consuma sustancias psicoactivas, lo que haría de la normatividad protectora del derecho a la salud de los NNA una serie de pronunciamientos huecos, en aplicación solo simbólica del Derecho.

Cuando se deja de judicializar a los adolescentes portadores de sustancias psicoactivas en una cantidad igual o ligeramente superior a la dosis personal, so pretexto de aplicar la jurisprudencia de adultos sobre la dosis personal y la dosis de aprovisionamiento, también se incumple el inciso 2 del artículo 140 de la ley 1098 (2006), donde se exige que en caso de conflictos hermenéuticos se debe privilegiar el interés superior de los NNA, y su interés superior exige la protección de su salud, integridad y adecuado desarrollo, interés superior que no pasaría de ser una simple abstracción, y un caso de aplicación meramente simbólica del Derecho.

Quizá lo más importante y lo que justifica la investigación es que cuando se traslada la jurisprudencia de los adultos sobre el porte y consumo de sustancias psicoactivas de adultos a los casos de los adolescentes sorprendidos con sustancias psicoactivas en cantidades iguales o ligeramente superiores a la dosis personal, se está desconociendo la naturaleza intrínseca de este sistema de responsabilidad penal para adolescentes de ser especializado y diferenciado del sistema de responsabilidad penal de los adultos según se consagra en el artículo 140 del Código de Infancia (Ley 1098, 2006).

En el capítulo anterior, tratamos de manera pormenorizada a sentar las bases históricas y jurídicas de lo que es el sistema de responsabilidad penal para adolescentes, para dejar claro que se trata de un sistema especializado y diferenciado del sistema penal para adultos, buscando intencionalmente que no se trasladen las instituciones jurídico penales de los adultos a los adolescentes sin pasar las decisiones por el crisol del interés superior del niño, las niñas y los adolescentes, porque de lo contrario, esta característica de ser una justicia especializada y diferenciada pasa a ser una simple aplicación simbólica del derecho.

Posibilidad jurídica de apartarse del precedente jurisprudencial

Dado que no es posible aplicar a los NNA la interpretación jurisprudencial de la dosis personal y la dosis de aprovisionamiento para adultos, podría aún argumentarse que para el funcionario judicial es imposible apartarse de esa interpretación, pues, en Colombia, el precedente jurisprudencial de las Altas Cortes es de obligatorio cumplimiento. Se podría pensar que una vez demostrado hasta la saciedad y por diferentes razones jurídicas que no es posible aplicar la jurisprudencia de adultos sobre la dosis personal y la dosis de aprovisionamiento a los adolescentes, sobraría tratar este tema.

Sin embargo, aun sabiendo que esa interpretación de copiar para los adolescente la jurisprudencia de adultos respecto a la dosis personal es inconveniente para los adolescentes, es posible que un funcionario la siga aplicando por inercia judicial, comodidad intelectual, por respeto o por no contrariar a sus superiores, pues es de recordar que el sistema de jurisprudencial colombiano es rígido en tanto se verticaliza de arriba hacia abajo, por lo que un funcionario de menor rango queda obligado a acatar la jurisprudencia de sus superiores, con fundamento en dos instituciones jurídicas: la doctrina probable y el precedente constitucional, correspondientes a las Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional, respectivamente.

La doctrina legal más probable

La Constitución de 1886 se acoge a la filosofía jurídica de la época en la cual la fuente preferente del derecho precisamente no es la Constitución sino la ley y de entre las leyes la reina

era el Código Civil que en nuestro país, según Morcillo (2001), se encarga de su redacción a don Andrés Bello, fundado en el Código Civil Francés de 1804 y este, a su vez, del contexto sociopolítico de aquella época, caracterizado por las ideas de la ilustración de los revolucionarios franceses cuando destronaron al rey para entronar a la ley en su lugar, propugnando que ante la cual todos los hombres se debían tratar de forma igual⁸⁷. Los revolucionarios franceses pretenden eternizar estos principios desconfiando de quienes puedan defraudar el espíritu de la ley como puede ser el Juez, a quien apenas si le asignan el papel de traducir el querer del legislador mediante la interpretación del exégeta. Luego, en 1887, Savigny (Savigny, 2004) aparte del elemento gramatical, pensaba que se debían considerar en la exégesis otros elementos de interpretación como la lógica, la historia y la sistematicidad de las normas. Es de suponer que la ley 153 (1887) y la ley 169 de (1889), beben de la misma fuente socio-política del Código Civil Colombiano de 1887 (Ley 57, 1887).

En ese contexto social, político y jurídico la fuente principal del derecho es la ley, y aun reconociendo algunas dificultades interpretativas, para la solución de estas dificultades, el Juez recurre a criterios auxiliares como la doctrina, la costumbre, la equidad, según los artículos 24 a 32 del C.C., y a la doctrina probable del artículo 10 de la ley 153 de 1887. Para entonces, resultaba pacífico aceptar que tres decisiones uniformes de la Corte Suprema de Justicia, como Tribunal de Casación sobre un mismo punto, constituyeran doctrina probable para los Jueces de menor instancia, resultando obligatorio seguir esa doctrina probable so pena de ilegalidad de la decisión, en tanto en el artículo 371 de la ley 105 (1890) establecía como causal de casación la violación de la doctrina legal más probable.

El precedente judicial

Ese era el estado de las cosas hasta la llegada de la Constitución Política de 1991, con novedosas instituciones como la Corte Constitucional y el control constitucional atribuido a esta Corporación, además de los efectos de las decisiones proferidas en ejercicio de ese control. Inicialmente se ha de afirmar que las condiciones sociales, políticas y jurídicas eran diferentes,

⁸⁷ Artículo 1º Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derecho. Las distinciones sociales no pueden ser fundadas más que sobre la utilidad común (Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789)

pues en 100 años muchos acontecimientos habían cambiado el mundo, por lo que la preocupación del constituyente primario era hacer una carta donde los derechos fundamentales se efectivicen realmente, labor en la que contribuye decisivamente la Corte Constitucional.

En principio, la Corte Constitucional no se preocupa de los efectos de sus decisiones y apenas en la sentencia C-113 (1993) se avoca el tema. En esta sentencia, según López Medina (López Medina, 2002):

... ni aún en la sentencia mediante la cual la Corte Constitucional declaró inexecutable parcialmente el artículo del Decreto 2067 de 1991 en el cual se decía que la doctrina constitucional anunciada en las sentencias de la Corte Constitucional era criterio auxiliar “obligatorio” (artículo 23), la Corte sostuvo que las sentencias carecían de fuerza vinculante para los jueces en casos futuros.

Esta posición se revisó en la sentencia C-194 (1995), en la que los Magistrados Aclarantes de Voto, doctores Eduardo Cifuentes Muñoz, Alejandro Martínez Caballero y Vladimiro Naranjo Mesa hacen un recuento destallado de la figura del *stare decisis* operante en el sistema jurisprudencia del *common law* inglés, sin atreverse a adoptarlo, lo cual hacen francamente en la sentencia SU-047 (1999), cuando expone:

43- El respeto a los precedentes cumple funciones esenciales en los ordenamientos jurídicos, incluso en los sistemas de derecho legislado como el colombiano. Por ello, tal y como esta Corte lo ha señalado, todo tribunal, y en especial el juez constitucional, debe ser consistente con sus decisiones previas, al menos por cuatro razones de gran importancia constitucional. En primer término, por elementales consideraciones de seguridad jurídica y de coherencia del sistema jurídico, pues las normas, si se quiere que gobiernen la conducta de los seres humanos, deben tener un significado estable, por lo cual las decisiones de los jueces deben ser razonablemente previsibles. En segundo término, y directamente ligado a lo anterior, esta seguridad jurídica es básica para proteger la libertad ciudadana y permitir el desarrollo económico, ya que una caprichosa variación de los criterios de interpretación pone en riesgo la libertad individual, así como la estabilidad de los contratos y de las transacciones económicas, pues las personas quedan sometidas a los cambiantes criterios de los jueces, con lo cual difícilmente pueden programar autónomamente sus actividades. En tercer término, en virtud del principio de igualdad, puesto que no es justo que casos iguales sean resueltos de

manera distinta por un mismo juez. Y, finalmente, como un mecanismo de control de la propia actividad judicial, pues el respeto al precedente impone a los jueces una mínima racionalidad y universalidad, ya que los obliga a decidir el problema que les es planteado de una manera que estarían dispuestos a aceptar en otro caso diferente pero que presente caracteres análogos. Por todo lo anterior, es natural que en un Estado de derecho, los ciudadanos esperen de sus jueces que sigan interpretando las normas de la misma manera, por lo cual resulta válido exigirle un respeto por sus decisiones previas.

Tal como ocurre en la doctrina probable, en caso de su desconocimiento sobreviene como sanción una causal de casación; respecto al precedente constitucional, su desconocimiento se constituye en una causal de vía de hecho judicial.

Para el caso del porte y consumo de sustancias psicoactivas en cantidades iguales o ligeramente superiores a la dosis personal y de aprovisionamiento hay una doctrina probable de la Corte Suprema de Justicia, pues, sobre el mismo punto se encuentran más de tres pronunciamientos similares, tal como lo miramos precedentemente, lo mismo que para el caso de la Corte Constitucional, hay un precedente constitucional, que ya anotamos, pero estima este investigador que los pronunciamientos de las Altas Cortes pecan de abstractos al no hacer distinción respecto a los NNA.

Ahora bien, dado que los NNA gozan de una protección prevalente, donde se incluye su derecho a la salud, proveniente de los tratados internacionales, de la normatividad constitucional y de la normatividad interna, esas posiciones jurisprudenciales sobre dosis personal y dosis de aprovisionamiento no le son aplicables, pues estamos ante un sujeto de especial protección, es decir, ante un caso de no analógico, tal como la entiende López Medina (2002) cuando dice que “Si el caso futuro, por algún hecho clave o determinante, no es analogizable al caso anterior, el Juez puede inaplicar el precedente y aplicar otro, si respeta mejor la analogía” (pág. 123).

Por este motivo, no es posible aplicar la posición jurisprudencial sobre dosis personal de adultos a los adolescentes, por tratarse de una situación diferente y porque existe otro precedente constitucional aplicable por analogía como fueron los argumentos expuestos por la Corte Constitucional al examinar la exequibilidad del Parágrafo del Artículo 3 de la ley 1335 de 2009 sobre la venta de tabaco a los NNA, cuando en sentencia C-639 (2010) se admitió que en estos

casos, los derechos a la autonomía de la personalidad, al libre desarrollo de la personalidad, a la autodeterminación y a la dignidad humana ceden ante medidas protectoras del Estado a fin de preservar su salud.

Sin embargo, cuando se deja de judicializar a los adolescentes sorprendidos con sustancias psicoactivas en cantidades iguales o ligeramente superiores a la dosis personal, por acoger una doctrina probable o un precedente constitucional, no aplicable a ellos, aun existiendo otro precedente constitucional, se desconoce el inciso 2º del artículo 140 de la ley 1098, ya ampliamente citado, donde se exige que en casos de conflicto de la ley o hermenéuticos entre las disposiciones del Código de la Infancia y Adolescencia y otras disposiciones se preferirá siempre el interés superior del niño.

Cuando no se actúa conforme a ese mandato legal, igualmente se desconoce el inciso primero de la norma citada, donde se establece que este sistema es específico y diferenciado del sistema de adultos, lo que implica dejar de aplicar la norma, lo cual la convierte en un caso de eficacia meramente simbólica de derecho.

La naturaleza de la medida de rehabilitación

El derecho penal de adultos se funda en el poder punitivo del Estado en el cual, quien detenta el poder, mediante la norma penal, en últimas busca el desarrollo pacífico y armonioso de la sociedad, para lo cual identifica ciertos intereses que relieves sobre los demás por ser dignos de protección mediante normas de prohibición. Esos intereses son bienes jurídicamente relevantes teniéndose las conductas atentatorias en su contra como proscritas por la ley penal. Tal es el caso de las normas contra la salud pública del Título XIII del Código Penal, en su Capítulo II, sobre el Tráfico de Estupefacientes y otras infracciones y específicamente el artículo 376 sobre el Tráfico, Fabricación o porte de estupefacientes.

Las penas que se impongan a quien es sorprendido con estupefacientes deben ser aplicadas conforme a los principios de las sanciones del artículo 3º del Código Penal (Ley 599, 2000), esto es, de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad y bajo las perspectivas de la función de la

pena del artículo 4º de esa normatividad, o sea, de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al penado.

Por eso, a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, cuando encuentra que un adulto consumidor de sustancias psicoactivas ha sido condenado por posesión de estas sustancias en una cantidad igual o ligeramente superior a la dosis personal o dosis de aprovisionamiento, encuentra falta de lesividad penal o ausencia de antijuridicidad como lo dijera en la ya comentada sentencia CSJ-29183 de 2008).

No obstante esa ausencia de lesividad, queda en entredicho cuando se trata de la posesión y consumo de sustancia psicoactivas en NNA, puesto que este sistema, como dice el artículo 140 del código de infancia y adolescencia (Ley 1098, 2006) es específico y diferenciado del sistema de adultos. Es tan diferenciado que, a los adolescentes declarados penalmente responsables por cualquier delito se les impone medidas con diferentes funcionalidades, según se consagra en el artículo 179 del código, cuando establece la: “*Finalidad de las sanciones*. Las sanciones señaladas en el artículo anterior tienen una finalidad protectora, educativa y restaurativa, y se aplicarán con el apoyo de la familia y de especialistas...”.

Como se aprecia, la finalidad de estas medidas para adolescentes es opuesta a las funciones de la pena del sistema de responsabilidad penal para adultos, en tanto acá no se trata de sancionar una conducta buscando una retribución justa al quebrantamiento del bien jurídico tutelado donde incide directamente la su ausencia de lesividad penal; sino imponer una medida por las necesidades de protección, educación y restauración requeridos por el adolescente.

Estas finalidades de la pena en los adolescentes hacen parte de un continente mucho más general contemplado en el Código Penal y a renglón seguido de las funciones de la medida de seguridad del artículo 5º, enlistadas como relativas a la protección, la curación, la tutela y la rehabilitación.

En estricto sentido jurídico penal, los adolescentes infractores no pasan de ser sino personas inimputables pues, a pesar de la reforma emprendida por el Código de infancia y adolescencia,

en el artículo 139⁸⁸ no se hizo mayor claridad al respecto. Haciendo un poco de historia sobre el tratamiento dado por el derecho penal a los menores de edad, los Códigos Penales de 1936 y de 1980 los consideraban inimputables y el Código Penal actual no cambió ese tratamiento, al incluir a los jóvenes dentro de los inimputables, según se consagra en el Art. 33 de la ley 599 (2000) al tratar el tema de la *inimputabilidad*, en el inciso final afirma: “Los menores de dieciocho (18) años estarán sometidos al Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil”. Incluso, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia (CSJ – 32889, 2010) determina que estos jóvenes son inimputables.

Por lo tanto, las medidas impuestas a estos inimputables, conforme al artículo 5 del Código Penal, tendrán por fines los de protección, curación, tutela y rehabilitación, y conforme al artículo 178 del Código de Infancia y Adolescencias también se aumentarían el fin educativo y restaurativo.

Cabe decir que el Código de infancia y adolescencia tiene por fin la protección y tutela de los NNA, como se consagra en el artículo 2^o⁸⁹, puesto que se fundamenta en el principio de corresponsabilidad de la sociedad y el estado con la familia, y en su defecto o en su falta, es decir, que cuando falta el poder de protección y tutela de la familia, entra el Estado a suplir esas carencias mediante la intervención de aquella. Igualmente, el proceso sancionatorio seguido a los adolescentes trasgresores de la ley penal tiene un carácter pedagógico como se consagra en los citados artículos 140 y 178 de esa ley, especialmente por basarse en el afán de orientación que los padres tienen hacia sus hijos, como se observó históricamente en el capítulo anterior, y lo que busca es educar a los adolescentes para mostrarles los senderos de la corrección, la bondad, los

⁸⁸ *Artículo 139. Sistema de responsabilidad penal para adolescentes.* El sistema de responsabilidad penal para adolescentes es el conjunto de principios, normas, procedimientos, autoridades judiciales especializadas y entes administrativos que rigen o intervienen en la investigación y juzgamiento de delitos cometidos por personas que tengan entre catorce (14) y dieciocho (18) años al momento de cometer el hecho punible.

⁸⁹ *Artículo 2o. Objeto.* El presente código tiene por objeto establecer normas sustantivas y procesales para la protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes, garantizar el ejercicio de sus derechos y libertades consagrados en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, en la Constitución Política y en las leyes, así como su restablecimiento. Dicha garantía y protección será obligación de la familia, la sociedad y el Estado.

principios constitucionales, la justicia, los valores de la ética constitucional, el saber socialmente aceptado y la razón que históricamente se aplica en estos casos.

Respecto al propósito de curación, al adolescente como inimputable se lo ha considerado como mentalmente inmaduro. Se debe tener en cuenta la falta de desarrollo del organismo del NNA, principalmente de un desarrollo mental y psicológico idóneo que le permita tomar decisiones adecuadas, especialmente en materia penal, situación traducida en un típico trastorno mental transitorio con base patológica considerado en el Artículo 71 del Código Penal, con la condición especial de que esa base patológica se sana de manera natural generalmente, con el paso del tiempo, el joven adquiere las experiencias, los conocimientos y las habilidades para llegar a la adultez mental, con cada instante de su vida va madurando haciendo de la adolescencia una condición transitoria, de modo que su estado mental especial es pasajero.

Finalmente, la medida debe ser restaurativa de todos los derechos vulnerados a los adolescentes, según se consagra en los artículos 11 y 50⁹⁰ del código de infancia y adolescencia (Ley 1098, 2006), proceso que estará a cargo del Estado según el artículo 51, y el Estado restablece esos derechos a través de la medida. Ahora bien, si hay un joven consumidor de sustancias psicoactivas, esa medida tiene por fin especial rehabilitarlo y curarlo de esa condición de usador o abusador de estas sustancias, con lo cual se restablece su derecho a la salud.

Si el proceso penal de adolescentes tiene unos fines eminentemente pedagógicos, diferentes al sistema de responsabilidad de adultos, y si se tiene una medida que busca la protección, curación, tutela, restauración y rehabilitación de sus derechos, especialmente de su derecho a la salud por su condición de usador o abusador de las sustancias psicoactivas, cuando se deja de judicializar a un joven portador de sustancias psicoactivas, así sea en una cantidad igual o inferior a la dosis personal o dosis de aprovisionamiento por aplicar el criterio jurisprudencial del sistema penal de adultos respecto a dosis personal y dosis de aprovisionamiento, sencillamente se desconocen esas únicas características de la medida dentro este sistema consagradas en el

⁹⁰ Artículo 50. Restablecimiento de los derechos. Se entiende por restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, la restauración de su dignidad e integridad como sujetos y de la capacidad para hacer un ejercicio efectivo de los derechos que le han sido vulnerados.

artículo 178 del Código Infancia y Adolescencia. Por tanto, tampoco se aplica el carácter especialísimo del proceso del artículo 140 de esa Codificación, ni en su inciso 1º, ni en su inciso 2º, pasando esta normatividad un caso de eficacia simbólica del Derecho.

A manera de conclusión de este capítulo, se debe aclarar que este investigador no toma posición respecto a la jurisprudencia sobre posesión de sustancias psicoactivas en cantidades iguales o ligeramente superiores a la dosis personal o dosis de aprovisionamiento para el caso de los adultos. Se supone legalmente que ellos son personas que han alcanzado el pleno desarrollo y pueden decidir por sí mismas sobre su vida. En el ejercicio del libre desarrollo de la personalidad, pueden incluso intoxicarse hasta auto extinguirse con las drogas, atentando contra su propia salud y la de sus familias. El punto de discusión expuesto aquí se centra en si esa jurisprudencia sobre dosis personal es aplicable a los adolescentes.

Por diferentes vías argumentativas, se ha concluido que, cuando el legislador ratifica para el orden interno una normatividad internacional, cuando el constituyente consagra una normatividad del rango constitucional y cuando el legislador adopta una normatividad del orden legal, para preservar la salud de los NNA, fija unos procedimientos y unas sanciones, e impone unos sujetos obligados a garantizar ese derecho a la salud como son la familia, la sociedad y el Estado. De modo que, en un cauce lógico de los acontecimientos, se espera que esa normatividad se acate y se cumpla, que los sujetos obligados asuman sus cargas o de lo contrario soporten las sanciones. Pero vemos que esta normatividad no se cumple, pues se permite que los NNA porten y consuman sustancias psicoactivas en cantidades iguales o ligeramente superiores a la dosis personal, con la aquiescencia de los funcionarios judiciales encargados de la acción penal, es decir, es el mismo Estado quien termina violando esa garantía del derecho a la salud. Allí se centra una contradicción del sistema que se traduce en un caso de eficacia simbólica del derecho.

Hay otra contradicción del sistema jurídico, pues, para las personas menores de edad, se prohíbe y controla mayormente las sustancias psicotrópicas consideradas más suaves o de mayor aceptación social, como son las bebidas embriagantes y el cigarrillo; pero se permite a los niños, niñas y adolescentes consumir sustancias más dañinas como la marihuana y la cocaína, en tanto sea en una cantidad de una dosis personal o ligeramente superior cuando a los jóvenes que son capturados con estas sustancias no se los judicializa so pretexto de aplicar la jurisprudencia de

los adultos sobre la dosis personal y la dosis de aprovisionamiento, aún a pesar de que la dosis personal se prohibió expresamente en la constitución nacional mediante el Acto legislativo 02 de 2009, reforma el artículo 49 de la Constitución Política, quedando entonces esa expresa prohibición en otro ejemplo de eficacia simbólica del Derecho.

También hay una contradicción cuando la Corte Constitucional (CC-221, 1994) con fundamento en criterios del libre desarrollo de la personalidad y autonomía de la voluntad, avala el consumo de sustancias psicotrópicas en cantidades como la dosis personal para adultos, pero no hace salvedad alguna respecto a los NNA. Y la posición tomada por la misma Corte (C-639, 2010) acepta como medida “paternalista” del Estado la restricción de los productos del tabaco para los menores de edad, admitiendo que ante el daño que causan a la salud, los derechos a la autonomía de la personalidad, al libre desarrollo de la personalidad, a la autodeterminación y a la dignidad humana de las personas menores de edad deben ceder, pero nuevamente omite pronunciarse sobre otras sustancias psicoactivas más dañinas, máxime que en la época de este segundo pronunciamiento ya estaba vigente la expresa prohibición de la dosis personal del Acto Legislativo 02 de 2009 reformativo del artículo 49 de la Constitución Política. Omisión que vuelve inoperante la prohibición constitucional de la dosis personal y la convierte en un simple evento de eficacia simbólica del derecho.

Frente a la expresa prohibición de la dosis personal del artículo 49 de la Carta Política vigente, y la posición de las dos Altas Cortes que se han referido al tema, especialmente cuando no hacen salvedad alguna para los NNA, hay una falta de coherencia en el sistema jurídico. Las dos Cortes se citan mutua y alternativamente, en un ciclo de autosuficiencia, de modo que la Sala de Casación Penal, en sentencia hito sobre el porte de dosis personal (CSJ-29183, 2008), cita a la Corte Constitucional en sentencia C-221 (1994). Luego la Corte Constitucional en sentencia C-491 (2012), cita a la Sala de Casación Penal y con fundamento en principios del derecho viviente deja de afrontar de fondo la prohibición del artículo 49, y así se cierra el ciclo de los posteriores pronunciamientos basados en la falta de lesividad y en el derecho penal mínimo, que convierten dicha prohibición, al menos para los adolescentes, en un caso de eficacia simbólica del derecho.

Es posible que en el sistema de responsabilidad penal para adultos, cuando un mayor de edad es sorprendido con una sustancia psicoactiva en una cantidad igual o ligeramente superior a la

dosis personal o a la dosis de aprovisionamiento, haya falta de lesividad penal o se invoquen principios del derecho penal mínimo. Pero el argumento de falta de lesividad penal no se podría esgrimir en el caso de los adolescentes sorprendidos con sustancias psicoactivas en cantidades iguales o ligeramente superiores a la dosis personal, puesto que en los NNA, por ser personas que aún no al alcanzado su pleno desarrollo, esas sustancias, así sea en mínimas cantidades, sí causan daño a la salud, la integridad, el desarrollo armónico del joven, de su familia y de la sociedad.

En un estado social de derecho que se precia de promover el interés superior del niño, no se puede permitir que sus NNA consuman drogas. Vemos hoy que este problema penetra todos los estratos sociales, aunque en menor medida en las clases altas, en las clases medias es el pan de cada día, pero lo más preocupante son las clases bajas, pues en los cinturones de miseria de las ciudades, adquiere infinidad de formas, una de las más peligrosas y extendidas últimamente son los llamados “esclavos de la droga” modalidad donde el distribuidor permite al NNA sumido en este problema consumir el producto de la venta en un bajo porcentaje con el compromiso de que expendan el resto, en ese sentido, tratándose de un niño, niña o adolescente que porta y consume este tipo de sustancias sí hay lesividad penal por lo cual no se puede aplicar la jurisprudencia de adultos en cuanto a dosis personal.

Tampoco se puede aplicar el argumento del derecho penal mínimo ni la inflación penal o que los despachos judiciales se inundarían de estos casos, pues entonces, por una práctica judicial cómoda, se desconocen los derechos prevalentes de los NNA, especialmente el derecho a la salud. Ahora bien, ante el grave problema de una juventud enferma por el consumo de sustancias psicoactivas, y ante los graves problemas del sistema de salud en el país en el que la tutela es el único recurso eficaz, sin contar los casos de desacato, los funcionarios judiciales no se pueden quedar con los brazos cruzados, y ampararse en una jurisprudencia de adultos, no aplicable al caso de adolescentes, por expresa disposición de los incisos 1º y 2º del art. 140 del Código de la Infancia y Adolescencia, para dejar de aportar con alguna solución como judicializar a los jóvenes a quienes se les encuentra en posesión de sustancias psicoactivas así sea en dosis mínimas, de lo contrario, ese mandato pasa a ser una mera práctica de eficacia simbólica del derecho.

Dado que el procedimiento en casos de adolescentes conforme al inciso 1° del artículo 140 del Código de infancia y adolescencia, tiene el carácter eminentemente pedagógico, específico y diferenciado del proceso de adultos, aún solo para efectos de carácter pedagógico y protector, sería conveniente judicializar a los jóvenes sorprendidos con sustancias psicoactivas, así sea en pequeñas cantidades a fin de educarlos y proteger sus derechos especialmente a la salud, y no permitirles que sigan auto-atentando contra su desarrollo armónico y contra la familia so pretexto de aplicar una jurisprudencia de adultos. Cuando así se actúa simplemente no se cumplen los fines pedagógicos, específicos y diferenciados del citado artículo 140, que pasa a ser un mero caso de eficacia simbólica del derecho.

3 CAPÍTULO III

A manera de recapitulación y de introducción a este capítulo diremos que en la primera parte del trabajo, a través de algunos hitos históricos, se delimitó la categoría conceptual autónoma de la justicia penal juvenil, que se definió como la institución jurídica originada en el poder sancionatorio de los padres con sus hijos menores de edad, que hoy se constituye en un sistema jurídico complejo, compuesto por normas de derecho penal sustancial y derecho procesal penal, del orden nacional e internacional, para investigar, juzgar, sancionar y hacer seguimiento a la medida de los adolescentes entre 14 y 18 años infractores de la ley penal, a quienes se les reconoce sus derechos y garantías especiales, mediante una red de instituciones especiales, entendidos como los centros de internamiento, pero además, de entidades públicas y privadas, atendidas por personal experto, bajo principios y filosofía propia, diferenciada del sistema penal de adultos.

En la segunda sección, se determinó con cifras que en ciertos asuntos, como los acontecidos a adolescentes de Manizales, entre el 21 de diciembre de 2009 y el 21 de diciembre de 2013, sorprendidos con sustancias psicoactivas en cantidades iguales o ligeramente superiores a la dosis personal o dosis de aprovisionamiento, no son juzgados, al aplicarse la doctrina jurisprudencial de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia sobre dosis personal para adultos, con lo cual se desconoce precisamente el carácter especializado y diferenciado del sistema de responsabilidad penal para adolescentes.

En este tercer aparte se plantea la relación entre los dos primeros capítulos. Es decir, entre la norma del artículo 140 del Código de la Infancia y Adolescencia que imprime a este Sistema de Responsabilidad Penal de Adolescente el carácter especializado y diferenciado y la situación fáctica denunciada, esto es, que en la Ciudad de Manizales, entre el 21 de diciembre de 2009 y el 21 de diciembre de 2013, se presentaron casos de jóvenes capturados con sustancias psicoactivas a los cuales no se judicializó, por aplicarles la jurisprudencia de adultos sobre dosis personal y dosis de aprovisionamiento.

El propósito de este aparte es confrontar una situación normativa o de derecho y una situación fáctica o de la realidad, a fin de determinar si entre las dos hay alguna relación y de obtenerse una respuesta positiva, pasar a determinar el tipo de relación. A partir de esa relación, se hacen algunas consideraciones en torno al problema de análisis.

No obstante, dado que la tensión entre hecho y derecho, como situación problemática, ha sido estudiada en diferentes épocas, por muchos autores y desde diferentes puntos de vista, lo que ha dado lugar a una amplitud temática imposible de avocar con seriedad en un trabajo tan corto, resulta imperante, antes de avanzar, proceder a delimitar tal relación.

Esa tensión entre derecho y hecho remite a la relación entre las proposiciones descriptivas y las proposiciones prescriptivas, predicándose del mundo descriptivo su condición de demostración y verificación de verdad o falsedad; en tanto del mundo prescriptivo se predicen las condiciones contrapuestas, pues no es posible su verificación sino la argumentación, que admite calificativos de válida e inválida, justa e injusta, eficaz e ineficaz (Serrano, 1999). Este autor dilucida la situación poniendo el ejemplo con la palabra “llueve” para ubicarla en el mundo de lo fáctico o del ser, y el término “debería llover”, que pertenece a la órbita de lo contrafáctico o del deber ser, para concluir:

En el primer ejemplo su interlocutor uso una proposición descriptiva (o de ser), en el segundo su interlocutor uso una proposición prescriptiva (o de deber). En el primer ejemplo usted uso una lógica binaria y demostrativa para responder (verdad/falsedad). En el segundo ejemplo, usted usó una lógica gradual y argumentativa para responder (grados de oportunidad, grados de eficacia) (Serrano, 1999, pág. 14)

Como de la norma o proposición prescriptiva, sea moral, social, jurídica se pueden predicar diferentes calificativos, esas cualidades predicadas de la norma son el vínculo que une la situación jurídica o el mundo del derecho con la situación fáctica o el mundo de la realidad. Ahora bien, siendo que en este caso nos ocupamos de una norma netamente jurídica como es el artículo 140 de la ley 1098 de 2006, conviene precisar que de la norma jurídica se pueden predicar las condiciones de validez, justicia, eficacia y vigencia. Sobre el punto, afirma Serrano (1999) que el iusnaturalismo reduce el problema del derecho y su aplicación a la justicia, mientras que las teorías positivistas, en esa relación entre norma y aplicación, privilegian la validez, y en su orden, la corriente del realismo jurídico se inclina por la eficacia y las teorías del positivismo legalista lo hacen con la vigencia. Sin embargo, la sola mención de estos tópicos abruma por su amplitud, mientras corren ríos de tinta para cada escuela filosófico-jurídica, lo que indica que ni siquiera para delimitar el tema se tratará de analizarlas, sino que se irá directamente al tema central, como es la eficacia de la norma.

Tal como lo dice Hierro (2003, pág. 13), cualquier norma jurídica, sin importar la concepción de norma que se utilice, implica por su propio sentido la vocación de ser cumplida por su destinatario. Sin embargo, es preciso reconocer que, según el deseo del legislador al expedir la norma hasta sus efectos prácticos hay mucho trecho. Se presentan así varias situaciones, algunas de las cuales pueden ser: la norma contraria a una arraigada costumbre, la norma solo legaliza una costumbre común, la norma entra en desuso por desconocimiento, la norma se obedece por temor a la sanción, por utilidad, por respeto, por adhesión, la norma se aplica por los estrados judiciales. Estos aspectos se pueden resumir en un solo término, la eficacia. Hierro (2003) define este fenómeno así: “Generalmente al suceso de que la norma en cuestión sea cumplida por su(s) destinatario(s) se le denomina eficacia. La norma es eficaz cuando es cumplida, esto es cuando su pretensión de cumplimiento es satisfecha”. Entonces, si la norma no se cumple, es ineficaz.

Se debe recordar que el centenario Código Civil en su artículo 4º establecía: “*Definición de ley.* Ley es una declaración de la voluntad soberana manifestada en la forma prevenida en la Constitución Nacional. El carácter general de la ley es mandar, prohibir, permitir o castigar”. Entonces, es posible que la prohibición se cumpla, lo que indica que es una norma eficaz, pero es posible que la prohibición no se cumpla, lo que hace que sea una prohibición ineficaz.

Al margen y solo para mostrar la importancia de que la norma se cumpla, el juzgado se pregunta sobre los efectos de la prohibición de la dosis personal por el Acto legislativo 02 de 2009, reformatorio del artículo 49 de la Constitución Política, especialmente el inicio del Inciso 6°, cuando afirma: “El porte y el consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas está prohibido, salvo prescripción médica” (subrayas fuera del texto original). Es claro que la norma constitucional contiene una franca prohibición, fortalecida con el contenido del artículo 376 de la ley 599 de 2000, antes transcrito.

Es preciso insistir en la salvedad de la situación de los adultos consumidores de sustancias psicoactivas, para quienes, según los criterios de las Altas Cortes, esa prohibición no rige, al menos en materia penal, pues la posesión de sustancias psicoactivas en cantidades iguales o ligeramente superiores a la dosis personal no es punible. En ese sentido, si existe una norma jurídica de prohibición que no produce ningún efecto coactivo, se trata de una norma que no se aplica. Lo grave de la inaplicación, es que se trata de una norma del orden constitucional. Esa inaplicación de la norma constitucional conduciría a que la norma máxima se incumpla y se regrese al orden anterior, es decir, a la Carta Política de 1886, de la cual se decía era apenas una Constitución Política de papel, como diría Lasalle (1862), meramente formal, sin aplicación material.

En el caso examinado, se trata de evaluar la forma como una aspiración del deber ser, en el artículo 140 de la ley 1098 de 2006, se plantea que los adolescentes trasgresores de la ley penal tengan un tratamiento diferenciado del sistema penal de los adultos. Sin embargo, como hecho fáctico, en el sistema de responsabilidad penal de adolescentes de Manizales, entre el 21 de diciembre de 2009 y el 21 de diciembre de 2013, 704 jóvenes sorprendidos con sustancias psicoactivas en una cantidad igual o mínimamente superior a la dosis personal, no fueron judicializados por aplicarse una jurisprudencia del derecho penal de adultos, es decir, no se les aplicó un tratamiento especializado y diferenciado sino que se les aplicó la jurisprudencia penal de adultos, lo que implica un claro incumplimiento de los objetivos de la norma o, en otras palabras, que la norma no se aplicó y, si la norma no se aplica, simplemente es ineficaz.

Respecto a la eficacia, Hierro (2003, pág. 21) considera un amplio rango de los efectos de la norma y trae algunas comprensiones sobre el tema, eficacia como cumplimiento, cuando el

destinatario obedece a *mutu proprio* la norma; como aplicación, cuando es una autoridad quien aplica esa norma; como vigencia cuando la aplicación se funda en los requisitos formales de tiempo y espacio; como correspondencia cuando las conductas prescritas por la norma se producen efectivamente; como aceptación, cuando la persona cumple la norma por alguna razón de internalización como en el acogimiento de la norma por temor o prudencia; como éxito, cuando la norma es utilizada como instrumento para promover un estado de cosas deseable; y como eficiencia, cuando el objetivo de la aplicación de la norma se relaciona con su costo.

De este abanico de efectos de la norma, se destaca la modalidad mencionada como éxito, en la que el legislador instrumenta el derecho para lograr un estado de cosas deseable. Pero si ese estado no se da, se puede originar una norma meramente formal. De otro lado, Hierro encuentra que, cuando la norma no tiene un único propósito, puede suceder que alguno prevalezca y se produzcan efectos colaterales, en algunos casos perversos y, aún sin cumplirse, la norma sea efectiva en lo que denomina normas simbólicas.

Mauricio García Villegas (1993) ha estudiado la eficacia simbólica de las normas jurídicas partiendo de la eficacia instrumental del derecho y de su eficacia simbólica, para demostrar que la norma jurídica, como todo discurso, puede ser mediatizado para lograr objetivos latentes. El autor clasifica los modelos teóricos de la eficacia simbólica a partir de los momentos de la norma: la promulgación, la ejecución y la eficacia y propone tres tipos de eficacia simbólica: La “eficacia enunciativa”, la “eficacia argumentativa” y la “eficacia sustancial”:

... el primero deriva de aquellas normas que luego de su promulgación no son ejecutadas y por lo tanto no consiguen ninguna eficacia instrumental. Este modelo recibe el nombre de “eficacia enunciativa” por el hecho de utilizar la sola expresión del texto como medio de eficacia. El segundo tipo de refiere a normas promulgadas y aplicadas pero que tampoco logran realizar los objetivos previstos. Esta clase de normas se conocerán como de “eficacia argumentativa” por el hecho de utilizar la retórica como medio de eficacia. Finalmente, el tercer tipo se refiere a normas en las cuales su proceso de aplicación da lugar tanto a la eficacia instrumental como a la eficacia simbólica, Se hablará entonces de “eficacia sustancial” debido a que lo simbólico es asumido y manifestado por el derecho como algo inherente (pág. 238).

Luego, el autor plantea algunos subtipos de cada uno de estos géneros: de la eficacia enunciativa presenta tres manifestaciones: performativa, convencional y de selección. Sobre la eficacia argumentativa encuentra dos expresiones: la originada y la sobreviniente. Y de la eficacia sustancial, distingue: eficacia de legitimación y de figuración.

De esta clasificación, la eficacia que interesa en este trabajo es la eficacia argumentativa definida por García (2003) como: "... aquellas normas que son aplicadas en un sentido que no se desprende de la lectura se hace del texto jurídico" (pág. 245). El autor encuentra que en este evento las normas se aplican, es decir, tienen efectividad, pero carecen de eficacia, pues al aplicarse son distorsionadas, con lo que se crea una brecha entre el objetivo propuesto por el texto y el objetivo logrado por el ejecutante.

A su vez, García Villegas (1993) establece varios mecanismos para que la norma jurídica termine cumpliendo objetivos distintos a los trazados por el legislador, de modo que la eficacia argumentativa se divide en: eficacia originada, cuando la desviación del propósito se causa en la misma instancia de creación; como acto deliberado, cuando el texto normativo lleva implícita la desviación; y la eficacia sobreviniente, cuando ocurre asintonía entre la instancia creadora del derecho y la ejecutora de la norma.

Según García Villegas (2003) la falta de relación entre la creación de la norma y su aplicación se da por diferentes procedimientos a los cuales el autor llama "Mecanismos de desviación de objetivos", como son: 1) La relación regla/excepción. Considerando que, si bien la regla asegura el derecho a la igualdad, la excepción protege las diferencias, dinámica que conduce a la aplicación válida y razonable de la norma. Sin embargo, cuando se abusa de la excepción, se desnaturaliza la regla; 2) La relación esencial/accidental. Cuando la instancia ejecutora privilegia lo accesorio sobre lo principal; y, 3) La utilización de falacias, cuando se aplica la norma con fundamento en un argumento incorrecto.

Al aplicar estos conceptos al objeto de estudio de este trabajo, el artículo 140 de la ley 1098 (2006) plantea que los adolescentes trasgresores de la ley penal en el país deben tener un tratamiento especializado y diferenciado del sistema penal de los adultos, así lo dice de manera clara y reiterada el texto jurídico. Esa es la voluntad del legislador. Y no se trata de un capricho

del creador de la norma para favorecer a los jóvenes trasgresores de la ley penal; sino que, tal como se expuso en el primer capítulo de este trabajo, la decisión obedece a una evolución histórica-normativa de la jurisdicción penal de adolescentes, que se refleja en entidades, instituciones, personal, normas, derechos, garantías, principios, políticas, procedimientos y medidas diferentes al sistema penal de adultos, interpretación promovida por los instrumentos internacionales, como las “Reglas de Beijing”, la Convención Internacional de los Derechos del Niño, las Directrices de Riadh, las “Reglas de la Habana”, cuya aceptación y ratificación había creado un compromiso del estado colombiano. De modo que el valor normativo del texto jurídico es innegable.

Sin embargo, en los hechos, en el sistema de responsabilidad penal de adolescentes de Manizales, en el período estudiado, 704 jóvenes sorprendidos con sustancias psicoactivas en una cantidad igual o mínimamente superior a la dosis personal, no fueron judicializados. Como motivación para no vincularlos judicialmente, se invoca la aplicación de la jurisprudencia del derecho penal de adultos, por lo cual no se les aplicó un tratamiento especializado y diferenciado del derecho penal de adolescentes, sino que se les aplicó la jurisprudencia penal de los adultos, con lo que ocurre el incumplimiento de los objetivos de la norma.

En otras palabras, la norma no resultó efectiva, por desviación del querer de la instancia creadora del derecho y la instancia aplicadora del texto jurídico, lo cual se traduce en un típico caso de eficacia argumentativa en la subespecie de eficacia sobreviniente, con lo cual queda clara la disimilitud de la voluntad del legislador de dar un trato diferenciado y especializado a los adolescentes trasgresores de la ley penal y la interpretación final dada por el operador judicial quien termina brindando un tratamiento similar a los adultos.

Ese divorcio entre el querer del creador del texto jurídico y el resultado final de la aplicación de la norma, según el operador judicial, se presenta por imponer un criterio jurisprudencial propio del sistema de responsabilidad de los adultos, que no resulta aplicable en los casos de adolescentes como de manera extensa se expone en el capítulo segundo, donde se concluye que, bajo la normatividad internacional, aceptada por Colombia, bajo la norma constitucional y bajo la normatividad legal, se adopta un sistema protectorio de la salud de los NNA, bajo las cuales es

inconcebible permitir a estas personas, porten y consuman libremente sustancias psicoactivas, so pretexto de tratarse de cantidades mínimas.

Se observa entonces que el operador judicial invoca un criterio jurisprudencial equivocado, gracias al cual se genera la discordancia entre la instancia creadora del texto jurídico y el operador judicial. Se trata de un argumento de autoridad pues, por la vía del precedente de la Corte Constitucional y de la doctrina probable de la Corte Suprema de Justicia, se aplican posiciones jurisprudenciales que no se ajustan en lo fáctico al caso concreto. López Medina (2002, pág. 123) encuentra que “Los precedentes deben ser aplicados de manera general a aquellos casos futuros análogos por sus hechos que los jueces deban resolver”. Entonces, si el caso fáctico, es distinto, pues acá se trata de un sujeto de especial protección, por la prevalencia de sus derechos, como es un adolescente, amparado por tratamiento especializado y diferenciado, esa condición torna el caso diferente, lo que resulta imposible de aplicar a un adolescente la doctrina penal de los adultos en cuanto al porte y el consumo de sustancias psicoactivas, de modo que se incurre no en una analogía sino en una disanalogía.

Cuando el operador judicial hace una interpretación errada de una posición jurisprudencial para adultos, la aplica para los casos de adolescentes capturados con sustancias psicoactivas en las cantidades de excepción, invoca un argumento que desconoce la naturaleza especial y diferenciada de la justicia penal juvenil consagrada en el artículo 140 de la Ley de Infancia y Adolescencia. Con esa actitud defrauda la intención del legislador y despoja el texto jurídico de su esencia, lo que conduce a una situación de ineficacia simbólica del derecho.

En estas situaciones, gracias a la aplicación de la norma jurídica por el operador judicial, se despoja de contenido el texto jurídico y se escamotea la voluntad del legislador, lo que, en la literatura jurídica especializada se denomina ineficacia simbólica del derecho, y conduce a verdaderas contradicciones del sistema. En el caso que se viene tratando, la prohibición de porte y consumo de sustancias psicoactivas del artículo 49 de la Constitución Política, modificado por el Acto Legislativo 02 de 2009, donde los adultos, por autorización jurisprudencial, terminan teniendo patente de curso para portar y consumir sustancias psicoactivas hasta por tres y cuatro veces la dosis personal, según se observa en pronunciamientos de los Tribunales y de la Corte

Suprema de Justicia, con lo que ocurre una discordancia entre la voluntad del constituyente y la realidad, y la norma constitucional pasa a ser en un ejemplo de ineficacia simbólica del derecho.

Lo mismo sucede con la imposición del artículo 140 de la ley 1098 (2006), en el que la intención del legislador es brindar al adolescente trasgresor de la ley penal, un tratamiento especializado y diferenciado del sistema de adultos, pero el operador judicial, invocando erráticamente un postura jurisprudencial del sistema penal de adultos, desvirtúa la voluntad del legislador, lo que deriva en un caso de ineficacia simbólica del derecho.

El desconocimiento del sentido del artículo 140 de la Ley de la Infancia y Adolescencia no es cuestión de poca monta, pues se trata de derechos preponderantes conforme a la ley 1098 de 2006 en su artículo 5⁹¹, son derechos fundamentales de una población que constitucionalmente goza de una protección especial, según se consagra en los artículos 44 y 45 de la Carta Política de 1991, y son derechos reconocidos por tratados internacionales (“Reglas de Beijing” Regla 14.2⁹², la Convención Internacional de los Derechos del Niño Numeral 3 del artículo 40⁹³, las “Directrices de Riadh” Numeral 52⁹⁴ y las “Reglas de la Habana”). De modo que no se trata de una norma jurídica cualquiera, sino de una norma con un plus valorativo, o como lo llamaría Dworkin, un verdadero principio.

Recuérdese que Ronald Dworkin (1977) define la composición del sistema jurídico no a partir de reglas del tipo “A es a B”, sino también de otros estándares o pautas normativas como los principios y las directrices políticas. Las primeras, como mandatos definitivos se aplican en un modelo de todo o nada, en tanto los principios son mandatos de optimización que orientan la

⁹¹ “Naturaleza de las normas contenidas en este código. Las normas sobre los niños, las niñas y los adolescentes, contenidas en este código, son de orden público, de carácter irrenunciable y los principios y reglas en ellas consagrados se aplicarán de preferencia a las disposiciones contenidas en otras leyes”.

⁹² Reglas de Beijing, Regla “14.2 El procedimiento favorecerá los intereses del menor y se sustanciará en un ambiente de comprensión, que permita que el menor participe en él y se exprese libremente”.

⁹³ “Artículo 40 Numeral. 3. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular.”.

⁹⁴ “52. Los gobiernos deberán promulgar y aplicar leyes y procedimientos especiales para fomentar y proteger los derechos y el bienestar de todos los jóvenes.”.

decisión judicial, principalmente por su peso específico y vinculan el sistema jurídico a la moral y a la política. Así los define el autor:

Mi estrategia se organizará en torno del hecho de que cuando los juristas razonan o discuten sobre derechos y obligaciones jurídicas, especialmente en aquellos casos difíciles en que nuestros problemas con tales conceptos parecen agudizarse más, echan mano de estándares que no funcionan como normas, sino que operan de manera diferente, como principios, directrices políticas y otros tipos de pautas. Argumentaré que el positivismo es un modelo de y para un sistema de normas, y sostendré que su idea central de una única fuente de derecho legislativa nos obliga a pasar por alto los importantes papeles de aquellos estándares que no son normas.

Acabo de hablar de «principios, directrices políticas y otros tipos de pautas». En la mayoría de los casos usaré el término «principio» en sentido genérico, para referirme a todo el conjunto de los estándares que no son normas; en ocasiones, sin embargo, seré más exacto y distinguiré entre principios y directrices políticas. Aunque ningún punto de mi presente argumentación dependerá de tal distinción, quiero enunciar cómo la establezco. Llamo «directriz» o «directriz política» al tipo de estándar que propone un objetivo que ha de ser alcanzado; generalmente, una mejora en algún rasgo económico, político o social de la comunidad (aunque algunos objetivos son negativos, en cuanto estipulan que algún rasgo actual ha de ser protegido de cambios adversos) (pág. 72).

No hay duda entonces que el artículo 140 de la ley 1098 (2006), es un verdadero principio, por tres argumentos: La primera razón. Se trata de una norma jurídica que ilumina la interpretación de todo el sistema de responsabilidad penal para adolescentes, erradicando la discrecionalidad judicial; aun tratándose de un “caso difícil”, donde supuestamente están en conflicto el libre desarrollo de la personalidad y la autonomía de la voluntad para considerar el consumo de sustancias psicoactivas como un mero acto de autolesión, con derechos también importantes como el de la salud de los NNA, la integralidad de la familia y la sociedad. El balance del peso de este principio y los derechos en conflicto arroja como única respuesta la de proteger a los NNA contra el porte y consumo de sustancias psicoactivas, debiendo ser judicializados aún por cantidades iguales o inferiores a la dosis personal.

Nuevamente recuérdese a Dworkin (1977) frente a los “casos difíciles” estima que el Juez no los soluciona discrecionalmente sino que debe buscar una decisión judicialmente correcta basada en principios, con la metáfora del juez Hércules, que es capaz de encontrar la respuesta correcta:

Este libro no respeta tan modestos sentimientos. En los capítulos 2 y 3, por ejemplo, me opongo a la popular teoría según la cual los jueces tienen discreción para decidir los casos difíciles. Concedo que, en ocasiones, los principios del derecho están tan bien equilibrados que los que respaldan una decisión en favor del querellante pueden parecer, en conjunto, más débiles a unos juristas y más fuertes a otros. Sostengo que aun así, tiene sentido que cada una de las partes pretenda que tiene derecho a ganar y, por consiguiente, que cada una niegue que el juez tenga discreción para decidir en favor de la otra. En el capítulo 4 describo un proceso de decisión que ejemplifica esa pretensión; pero no sostengo (y de hecho, niego) que tal proceso de decisión haya de conducir siempre al mismo resultado en manos de diferentes jueces. Sin embargo, insisto en que, incluso en los casos difíciles, se puede decir sin riesgo de error que el proceso apunta más bien a descubrir que a inventar los derechos de las partes en litigio, y que la justificación política del proceso depende de lo sólidamente fundada que esté tal caracterización (pág. 397).

La segunda razón para considerar el artículo 140 de la ley 1098 (2006) como un verdadero principio es el sustrato moral que contiene. Efectivamente, tal como se explica de manera extensa en los dos capítulos anteriores, la justicia penal juvenil y su carácter especializado y diferenciado se funda en el poder-deber de reprender, corregir y sancionar que los padres de familia ostentan ante sus hijos, como parte de la orientación y la educación, que provienen del compromiso de atención, cuidado y protección y, estos surgen de los sentimientos de amor, cariño afecto de los padres con sus hijos.

Tal como se vio en el capítulo primero, cuando el legislador consagra el texto jurídico del artículo 140 de la ley de Infancia y Adolescencia, prácticamente está positivizando una realidad social y cultural presente en la familia y la comunidad, por eso el origen de la norma constituye un metavalor que orienta al operador jurídico al resolver los casos relativos a la norma, lo que conforma un criterio más allá del ordenamiento jurídico o lo que en la teoría de Dworkin (1977) es un principio sobre el cual afirma:

Llamo «principio» a un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad. De tal modo, la proposición de que es menester disminuir los accidentes de automóvil es una directriz, y la de que ningún hombre puede beneficiarse de su propia injusticia, un principio (pág. 72).

La tercera razón consiste en que el texto del artículo 140 del Código de Infancia y Adolescencia es consecuencia de un paulatino y sostenido avance histórico, como se vio en el primer capítulo de este trabajo, al examinar la tradición nacional, donde las autoridades administrativas, legislativas y judiciales consagran normas, garantías, derechos, instituciones, entidades, personal y unas políticas propias para el tratamiento de los adolescentes trasgresores de la ley penal.

Esa evolución histórica del sistema penal juvenil se ha originado por las autoridades a manera de una novela donde cada momento crucial marca el avance de la responsabilidad penal de adolescentes, y se ha elaborado de manera congruente para llegar a tener un sistema coherente, como Dworkin (1977) propone para un sistema de derecho construido gracias a un principio legislativo de integridad y gracias al principio judicial de integridad, y sobre todo en constante construcción pues no se trata de una realidad acabada, como lo afirma el autor (1988):

En este proyecto, un grupo de novelistas escribe una novela en serie; cada novelista de la cadena interpreta los capítulos que ha recibido para poder escribir uno nuevo, que luego se agrega a lo que recibe el siguiente novelista y así sucesivamente. Cada uno tiene la tarea de escribir su capítulo para construir la novela de la mejor manera posible, y la complejidad de esta tarea muestra la complejidad de decidir un caso difícil bajo el derecho como integridad (pág. 167).

Esta interpretación rescata la coherencia del sistema jurídico y erradica las contradicciones jurídicas como la presentada con el artículo 49 de la Carta Política de 1991, donde se prohíbe el consumo y la posesión de sustancias psicoactivas aun en proporciones como la dosis personal, sin embargo la jurisprudencia lo permite abiertamente o que el artículo 140 de la Ley de Infancia y Adolescencia exige en la justicia penal juvenil un tratamiento especializado y diferenciado del de los adultos, pero se invoca una posición jurisprudencial del sistema de adultos para dejar de

judicializar a los adolescentes a quienes se les sorprende consumiendo o portando sustancias psicoactivas en las cantidades mencionadas.

En sentido contrario, si no existiera la prohibición del artículo 49 de la Constitución Política o el artículo 140 de la ley de Infancia y adolescencia, ¿Significaría que los NNA puedan consumir sustancias psicoactivas libremente? Por supuesto que no. Bajo esta concepción moderna del iusnaturalismo, aun careciendo de esas normas, bajo el principio moral de la debida protección y cuidado de los padres con sus hijos, los padres deben impedir la autodestrucción de sus hijos, y el Estado, incluso con el aparato judicial, debe colaborar con esos padres. Por ello, se encuentra a diario padres que acuden a la justicia para que sus hijos consumidores de sustancias psicoactivas sean “sancionados”, y, para no defraudar la confianza o esperanza de esos padres angustiados, es preciso judicializar a estos jóvenes en busca de su rehabilitación, acudiendo como ya se dijo, al metavalor que el derecho representa.

En síntesis, el artículo 140 de la ley 1098 impone un tratamiento especializado y diferenciado para los jóvenes trasgresores de la ley penal, lo cual constituye un principio resaltado por la teoría iusnaturalista moderna, que permite la intervención del Estado a través de sus operadores judiciales ayudar a los padres y las madres de familia a proteger a sus hijos consumidores de sustancias psicoactivas, así sea en cantidades mínimas.

4 CONCLUSIONES

El estudio revela un caso de eficacia simbólica del derecho. Efectivamente, se tomó un conjunto de casos similares, referidos al porte de estupefacientes por adolescentes, ocurridos en Manizales desde el 21 de diciembre de 2009 al 21 de diciembre de 2003, en vigencia del Acto Legislativo 02 de 2009, modificadorio del Artículo 49 de la Constitución Política, en el que se prohíbe la dosis personal, encontrando que se dejaron de judicializar con fundamento en una postura jurisprudencial del derecho penal de adultos, posición interpretativa que “desconfigura” la naturaleza especializada y diferenciada reconocida en el artículo 140 del Código de infancia y adolescencia (Ley 1098, 2006), para convertir la norma en una mera manifestación simbólica del derecho. Dicha labor se abordó en tres aspectos el primero es el concepto de justicia penal juvenil, el segundo es el conjunto de casos y el tercero estudia el concepto de eficacia simbólica de la norma.

Para el abordaje del concepto de justicia penal juvenil, en el primer capítulo se recurre a hacer un barrido de los tópicos históricos más importantes sobre el tema, hasta la expedición de la ley 1098 de 2006 y su artículo 140 como momento cumbre, lo que no permitió deducir:

Primero, la formulación del artículo 140 de la ley 1098 de 2006 donde se establece la naturaleza especializada y diferenciada del derecho sancionatorio juvenil del derecho penal de adultos no es una dádiva del legislador hacia los adolescentes trasgresores de la ley penal sino que es una inflexible imposición de los organismos internacionales aceptada por Colombia al ratificar

Tratados Internacionales sobre este tema, especialmente la Convención de los Derechos del Niño.

Segundo, en el ámbito normativo internacional, tampoco surge de forma casual, sino que es producto del avance de diferentes normas, codificaciones y pronunciamientos donde a cada paso los NNA obtienen un tratamiento acorde a su especial situación por lo cual la norma se convierte en un verdadero acervo jurídico para su beneficio. Esos avances penetran en la conciencia jurídica de la humanidad y se alcanzan de manera coherente a manera de la escritura de la novela de Dworkin, donde cada autoridad retoma lo hecho por sus predecesores para interpretar la situación buscando darle integralidad y racionalidad al sistema jurídico de los NNA y a la vez buscando su proyección al futuro.

Tercero, en ese camino histórico de avance paulatino hasta llegar al artículo 140 de la ley 1098 de 2006, este precepto normativo no debe entenderse como una norma aislada, sino haciendo parte de un maderamen mucho más rico, pues el progreso cronológico se expresa en materia de derechos en instituciones jurídicas, entidades, y personal que las atiende, que se fueron especializando para atender a los NNA trasgresores de la ley penal, también de garantías procesales y sustanciales, de normas jurídicas que respaldan esos derechos y garantías y de principios, fines y finalidades. Estos hechos conforman un tinglado definido como sistema, que en su totalidad se engloba en el Libro II de la Ley 1098 de 2006.

Junto a la evolución de este sistema, la justicia penal de adolescentes desde el principio también ha tenido características que han permanecido inmutables y que hoy aparecen claramente definidas: la primera es la progresividad o irregresividad, a manera del derecho laboral, pues las conquistas de los NNA ya ingresan a su acervo de derechos y en adelante es preciso avanzar para incrementar sus beneficios. La segunda es ser dinámica, especialmente en la ejecución de la medida, que depende de las necesidades del joven que son muy cambiantes. La de ser altamente especializada, por lo cual la atención de los adolescentes trasgresores requiere un personal altamente especializado desde el primero al último momento de su atención, pues deben ser atendidos en programas con lineamientos precisos y en Institutos específicos, de modo que es un sistema atendido por entidades públicas y privadas específicas. Es un sistema diferenciado del sistema penal de adultos, por tener como sujeto principal a los adolescentes con

especial protección en todas las legislaciones, y que no ha llegado a la madurez mental, física y psicológica. Finalmente, es subsidiaria porque el poder punitivo del Estado y su esencia retaliativa del delito debe ceder ante la institución familiar y su patria potestad. Efectivamente, si la medida y el proceso tienen una finalidad pedagógica, diferenciada, protectora, educativa, restaurativa y rehabilitadora, con primacía del interés superior del niño y su protección integral, quien primero está llamada a la protección, cuidado y dirección del adolescente es su familia, convirtiendo al Estado en subsidiario de la institución familiar y permitiendo su intervención sólo ante su carencia o su imposibilidad.

En tal sentido, el Estado, como siempre lo ha hecho, debe seguir respetando la institución anterior a él, primigenia y básica, como es la familia, con fundamento en la patria potestad, donde los padres reprenden, corrigen y sancionan a los adolescentes basados en el poder-deber de los padres a orientar, guiar y educar a los niños y como parte del compromiso de atención, cuidado y protección que se prodigan por el amor de los padres hacia sus hijos. Entonces, cuando el Estado legisla sobre los adolescentes trasgresores, lo único que hace es “positivizar” un hecho connatural que siempre ha permanecido en el seno de la familia, como es la necesidad de educación, orientación y reprehensión.

El entendimiento del artículo 140 de la ley 1098 de 2006, como un sistema, esas características del sistema de Responsabilidad Penal Juvenil, y esa “positivización” de un hecho tradicional, hace convocar a Ronald Dworkin (1977) para declarar esa norma como un verdadero principio, pues cumple con los presupuestos de la definición del autor.

Entre el 21 de diciembre de 2009 y el 21 de diciembre de 2013, incluso cuando ya había entrado a regir la prohibición de la dosis personal del Acto Legislativo 02 de 2009, en Manizales hubo 704 casos de adolescentes sorprendidos con sustancias psicoactivas en cantidades iguales o ligeramente superiores a la dosis personal o a la dosis de aprovisionamiento, pero no judicializados por aplicar con ellos la doctrina jurisprudencial de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia sobre dosis personal para adultos, con lo cual se desconoce precisamente el carácter especializado y diferenciado del sistema de responsabilidad penal para adolescentes.

Observamos entonces que hay una contradicción en el sistema jurídico entre la realidad jurídica vivida por esos 709 adolescentes no judicializados y el contenido de la prohibición de la dosis personal de la reforma del artículo 49 de la Constitución Política mediante el Acto legislativo 02 de 2009, que concuerda con el artículo 140 de la ley 1098 de 2006 cuando exige dar a los adolescentes trasgresores de la ley penal un tratamiento especializado y diferenciado del sistema penal de adultos.

La única manera de explicar esa contradicción del sistema jurídico es recurriendo a la teoría de la ineficacia simbólica del derecho. Efectivamente, la intención del legislador al expedir la norma es que se cumpla, pero en esos 709 casos encontramos que la norma no se cumplió, por un desacuerdo sobreviniente entre la intención del legislador y la del operador jurídico quien acude a la visión adulto-punitivista.

Se encuentra que los padres y las madres de familia, en ejercicio normal del amor filial, por un sentimiento de cuidado y protección hacia sus hijos, se preocupan por el porte de sus hijos adolescentes de sustancias psicoactivas en cantidades iguales o ligeramente superiores a la dosis personal, de modo que se espera del Estado, a través de sus operadores judiciales, una respuesta correcta para su caso, pues choca al orden natural de las cosas que a los adolescentes les esté permitido drogarse. Y esta respuesta no puede ser otra que acudir a la teoría de Dworkin para tener el artículo 140 de la ley 1098 como un principio que impone un tratamiento diferenciado y especializado para los jóvenes trasgresores de la ley penal, quienes deben ser judicializados en función de una medida rehabilitadora y restaurativa de su derecho a la salud como lo propone el artículo 49 de la Constitución Política.

5 TRABAJOS CITADOS

MP Hender Augusto Andrade Becerra, 2008-02503 (Tribunal Superior de Medellín 12 de febrero de 2010).

Juzgado 1°, 2011-00002-00 Sentencia del Juzgado Primero Penal del Circuito para Adolescentes con Función de Conocimiento de Manizales (Juez Olmedo Ojeda Burbano 31 de octubre de 2011).

Auto 01321-01, 01321-01 2012 (Juzgado Primero Penal del Circuito para Adolescentes, Juez Olmedo Ojeda Burbano 6 de marzo de 2014).

Acto Legislativo 02. (2009). *Por el cual se reforma el artículo 49 de la Constitución Política y prohíbe el porte y el consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas*. Bogotá: Diario Oficial 47570 de diciembre 21 de 2009.

Arias, J. (2010). *Bloque de Constitucionalidad en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes*. Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.

Bejarano, J. (1929). *La Delincuencia Infantil en Colombia y la Profilaxis del Crimen*. Bogotá: Editorial Minerva.

Berger, P., & Luckman, T. (1968). *La Construcción Social de la realidad*. Buenos Aires: Amorrortu.

- Blanco, C. (2006). Estudio histórico comparado de la legislación de menores infractores. En N. (. González Martín, *Sistemas jurídicos contemporáneos de Derecho comparado, T. II* (pág. 103). México: UNAM.
- Botero Bernal, A. (2003). Nuevos paradigmas científicos y su incidencia en la investigación jurídica. En *Diálogos de Saberes* (págs. 143-174). Bogotá: Universidad Libre - Centro de Investigaciones Socio-jurídicas.
- C-113. (1993). *Sentencia C-113/93. Corte Constitucional - Competencia para determinar los efectos de sus propias decisiones. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Arango Mejía.* Bogotá: Gaceta de la Corte Constitucional.
- C-194. (1995). *Sentencia C-194/1995 Corte Constitucional - Magistrado Ponente: Jose Gregorio Hernandez Galindo.* Bogotá: Gaceta de la Corte Constitucional.
- C-221. (1994). *Sentencia No. C-221/94. Despenalización del consumo de la dosis personal. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.* Bogotá: Gaceta de la Corte Constitucional.
- C-370. (2014). *Sentencia de constitucionalidad Número C-370 del 11 de junio, Magistrado Ponente doctor Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.* Bogotá: Gaceta Corte Constitucional .
- C-639. (2010). *Sentencia C-639 del 17 de agosto, M.P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.* Bogotá: Corte Constitucional.
- C-840. (2000). *sentencia de Constitucionalidad C-840 Magistrado Ponente doctor Carlos Gaviria Díaz.* Bogotá: Gaceta de la Corte Constitucional .
- Carrara, R. (1995). *Derecho penal mexicano, parte general.* México: Porrúa.
- Castoriadis, C. (1989). *La institución imaginaria de la sociedad.* Barcelona: Tusquets.
- CC - 681. (2003). *Sentencia de constitucionalidad Número C-681 del 6 de agosto, Conjuez Ponente doctora Ligia Galvis Ortiz.* Bogotá: Corte Constitucional.
- CC T-572. (2010). *sentencia T-572 del 15 de julio de 2010. M.P. Dr. Juan Carlos Henao Pérez.* Bogotá: Corte Constitucional.

- CC-101. (2004). *Sentencia de Constitucionalidad C-101 del 10 de febrero de 2004, siendo MP: doctor Jaime Córdoba Triviño*. Bogotá: Corte Constitucional.
- CC-221. (1994). *Sentencia C-221*. Bogotá: Corte Constitucional .
- CC-221. (1994). *Sentencia C-221 del 5 de mayo de 1994, M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz*. Bogotá: Corte Constitucional.
- CC-491. (2012). *Sentencia de Constitucionalidad C-491 del 28 de junio - MP Luis Ernesto Vargas Silva*. Bogotá: Corte Constitucional .
- CC-551. (2003). *Sentencia C-551*. Bogotá: Corte Constitucional.
- CC-574. (2011). *Sentencia de Constitucionalidad 574 fechada el 22 de julio de 2011 MP Juan Carlos Henao Pérez*. Bogotá: Corte Constitucional.
- CC-574. (2011). *Sentencia de constitucionalidad C-574 del 22 de julio, Magistrado Ponente doctor Juan Carlos Henao Pérez*. Bogotá: Corte Constitucional.
- CC-684 . (2009). *Sentencia C-684 del 30 de septiembre de 2009, M.P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto*. Bogotá: Corte Constitucional .
- CC-740. (2008). *Sentencia C-740 del 23 de julio de 2008, M.P. Dr. Jaime Araujo Rentería*. Bogotá: Corte Constitucional .
- CC-839. (2001). *Sentencia cc 839 del 9 de agosto de 2001, M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra*. Bogotá: Corte Constitucional .
- CP. (1991). *Constitución Política de Colombia*. Bogotá: Asamblea Nacional Constituyente.
- Cruz, E. (2010). *El concepto de menores infractores*. Recuperado el 29 de marzo de 2015, de <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/posder/cont/5/.../cnt17.pdf>
- CSJ – 32889. (2010). *Proceso n.º 32889 Corte suprema de justicia sala de casación penal - Magistrado Ponente José Leonidas Bustos Martínez. Aprobado acta N° 57*. Bogotá: Gaceta de la Corte Suprema de Justicia.
- CSJ - 35-431. (2013). *Sentencia del 22 de mayo de 2013, Proceso No. 35.431, M.P. Dr. Javier Zapata Ortiz*. Bogotá: Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Penal.

CSJ - proceso 30.645. (2009). *sentencia del 4 de marzo de 2009, proceso No. 30.645 - M.P. Dra. María del Rosario González de Lemus*. Bogotá: Corte Suprema de Justicia –Sala de Casación Penal.

CSJ 034/05. (2005). *Segunda instancia del proceso de José Jesús Castro Ahumada Magistrada Ponente: Marina Pulido de Barón*. Bogotá: Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal.

CSJ sentencia del 6 de mayo. (1980). Bogotá: Gaceta Judicial 2402.

CSJ-11177. (1996). *Proceso 11177 del 1º de marzo de 1996, MP Carlos A. Gálvez Argote*. Bogotá: Corte Constitucional.

CSJ-18609 . (2005). *Proceso 18609 8 de agosto - MP Hernán Galán Castellanos* . Bogotá: Corte Suprema de Justicia.

CSJ-19856. (2003). *Sentencia 19856 del 27 de mayo - MP Jorge Aníbal Gómez Gallego*. Bogotá: Corte Suprema de Justicia.

CSJ-24612. (2006). *Sentencia 24612 del 26 de abril - MP Jorge Luis Quintero Milanés*. Bogotá: Corte Suprema de Justicia.

CSJ-28195. (2008). *Sentencia del 8 de octubre del proceso 28195 – MP Julio Enrique Socha Salamanca*. Bogotá: Corte Suprema de Justicia.

CSJ-29183. (2008). *Sentencia del 18 de noviembre, proceso 29183 – MP José Leónidas Bustos Martínez*. Bogotá: Corte Suprema de Justicia.

CSJ-31531 . (2009). *Sentencia del 8 de julio, proceso 31531 - MP Yesid Ramírez Bastidas* . Bogotá: Corte Suprema de Justicia.

CSJ–333. (2008). *Sala de Casación Penal M. P. José Leonidas Bustos Martínez Proceso 29183*. Bogotá: Corte Suprema de Justicia.

CSJ-42417. (2013). *Sentencia del 20 de noviembre - proceso 42417, MP José Luis Barceló Camacho*. Bogotá: Corte Suprema de Justicia.

- CSJ-SP11726 (33.409). (2014). *Sentencia del 3 de septiembre, proceso SP11726-2014 (33.409), MP José Leónidas Bustos Martínez*. Bogotá: Corte Suprema de Justicia.
- Cumsille, F., Fagua, J., & Scopetta, O. (2011). *Estudio nacional de consumo de sustancias psicoactivas en población escolar*. Bogotá: Minjusticia (Observatorio de Drogas de Colombia) – MEN – Minsalud – UNODC – CICAD y Embajada USA en Col.
- Decreto 1136. (1970). *Por el cual se dictan algunas medidas sobre protección social*. Bogotá: Presidencia de la República.
- Decreto 1188. (1974). *Estatuto Nacional de Estupefacientes*. Bogotá: Presidencia de la República - Diario Oficial No. 34.116 de 8 de julio.
- Decreto 120. (2010). *Por el cual se adoptan medidas en relación con el consumo de alcohol*. El Presidente de la República de Colombia: Diario Oficial 47.599 de enero 21.
- Decreto 1669. (1964). *Por el cual se prohíbe el consumo de estupefacientes*. Bogotá: Presidencia de la República.
- Decreto 2737. (1989). *Por el cual se expide el Código del Menor*. Bogotá: Congreso de la República de Colombia.
- Decreto 522. (1971). *Sobre contravenciones especiales de policía, competencia y procedimiento*. Bogotá: Presidencia de la República.
- Delgado, L. (2008). *Fundamentos del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes*. Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.
- Descartes, R. (2012). *Obras completas*. México DF: Biblioteca Jurídica Virtual - Instituto de Investigaciones Jurídicas - UNAM.
- Dworkin, R. (1977). *Los derechos en serio*. Madrid: Ariel.
- Dworkin, R. (1988). *El imperio de la Justicia*. Barcelona: Gedisa.
- Engels, F. (1981). El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado. En *Marx y Engels - Obras escogidas* (págs. Tomo 3, págs. 203-352). Moscú: Progreso.
- Ferrajoli, L. (2001). *Derecho y razón - Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.

- Fichte, J. G. (1984). *Fundamentos de la doctrina de la ciencia*. Barcelona: Herder.
- Flood, G. (2003). *El hinduismo*. Madrid: Akal.
- Galvis, L. (2006). *Las niñas, los niños y los adolescentes- Titulares activos de derechos*. Bogotá: Ediciones Aurora.
- García Villegas, M. (1993). *La eficacia simbólica del derecho – Examen de situaciones colombianas*. Bogotá: Ediciones Uniandes.
- García Villegas, M. (2005). Apuntes sobre codificación y costumbre en la historia del Derecho colombiano. *Opinión Jurídica* 4(8), 53-71.
- Hierro, L. (2003). *La Eficacia de las Normas Jurídicas*. Barcelona: Ariel.
- Holguín-Galvis, G. (2010). *Construcción histórica del tratamiento jurídico del adolescente infractor de la ley penal colombiana (1837-2010)*. Recuperado el 29 de marzo de 2015, de http://www.policia.gov.co/imagenes_ponal/dijin/...1/08Construccion.pdf
- León, J. (1939). *Los Menores ante el Código Penal Colombiano*. Bogotá: Imprenta Nacional.
- Ley 105. (1890). *Sobre reformas a los procedimientos judiciales*. Congreso de Colombia: Diario Oficial No. 8.296, de 7 de enero de 1891.
- Ley 1098. (2006). *Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia*. Bogotá D.C.: Diario Oficial No. 46.446, 8 de noviembre.
- Ley 11. (1920). *Sobre importación y venta de drogas que formen hábito pernicioso*. Bogotá: El Congreso de Colombia.
- Ley 124. (1994). *Por la cual se prohíbe el expendio de bebidas embriagantes a menores de edad y se dictan otras disposiciones*. El Congreso de Colombia: Diario Oficial 41230 del 18 de febrero.
- Ley 1335. (2009). *Por medio de la cual se previenen daños a la salud de los menores de edad, la población no fumadora y se estipulan políticas públicas para la prevención del consumo del tabaco y el abandono de la dependencia del tabaco del fumador y sus derivados en la...* El Congreso de Colombia: Diario Oficial 47.417 de julio 21.

- Ley 1453. (2011). *Por medio de la cual se reforma el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de Infancia y Adolescencia, las reglas sobre extinción de dominio y se dictan otras disposiciones en materia de seguridad.* Bogotá: Congreso de Colombia - Diario Oficial 48110 de junio.
- Ley 153. (1887). *Por la cual se adiciona y reforma los códigos nacionales, la ley 61 de 1886 y la 57 de 1887.* Congreso de Colombia: Diario Oficial 7151 y 7152 de agosto 28 de 1998.
- Ley 16. (1972). *Por medio de la cual se aprueba la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”, firmado en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969.* Congreso De Colombia: Diario Oficial 33.780 de febrero 5.
- Ley 30. (1986). *Estatuto Nacional de Estupefacientes.* Bogotá: Congreso de Colombia - Diario oficial.
- Ley 57. (1887). *Código Civil. Con arreglo al artículo 52 de la Constitución de la República, declárase incorporado en el Código Civil el Título III (arts. 19-52) de la misma Constitución. Sancionado el 26 de mayo de 1873.* El Congreso de Colombia.
- Ley 599. (2000). *Código Penal.* Bogotá: Diario Oficial 44097 del 24 de julio de 2000.
- Ley 600. (2000). *Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal.* Bogotá: Congreso de Colombia - Diario Oficial 44097 del 24 de julio.
- Ley 74. (1968). *Por la cual se aprueban los “Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de Derechos Civiles y Políticos, así como el Protocolo Facultativo de este último, aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en votación...”* Congreso de Colombia: Diario Oficial N° 32682.
- Ley 745. (2002). *Por la cual se tipifica como contravención el consumo y porte de dosis personal de estupefacientes o sustancias que produzcan dependencia, con peligro para los menores de edad y la familia.* Bogotá: Congreso de Colombia - Diario Oficial 44872 de julio 19.
- Ley 76. (1926). Bogotá: Congreso.

- LEY 906. (2004). *Código de Procedimiento Penal*. Bogotá: Diario Oficial 45658 de septiembre 1 de 2004.
- López Medina, D. E. (2002). *Interpretación Constitucional*. Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla – Consejo Superior de la Judicatura.
- Mancera, A. (2012). Niños expósitos y menores en Bogotá 1791-1920. *Revista Nómadas - abril*.
- Marcó del Pont, L. (1984). *Derecho penitenciario*. México: Cárdenas Editor.
- Mesa, G. (2007). *Derechos ambientales en perspectiva de integralidad: concepto y fundamentación de nuevas demandas y resistencias actuales hacia el “estado ambiental de derecho*. Bogotá: Editorial Universidad Nacional de Colombia.
- Morales, A. (2003). *Protección Penal a la Familia*. Bogotá: Editorial Leyer.
- Morcillo, P. P. (2001). *Cambios y perspectivas en el derecho colombiano en la segunda mitad del siglo XX - Tomo II*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Napoleón. (2014). *Código Napoleón*. Recuperado el 29 de marzo de 2015, de <http://fama2.us.es/fde/codigoNapoleon.pdf>
- OMS. (2005). *Convenio marco de la OMS para el control del tabaco*. Ginebra, Suiza: Organización Mundial de la Salud.
- ONU. (1961). *Convención Única sobre Estupefacientes*. Washington: Organización de las Naciones Unidas.
- Platt, A. (1997). *Los “Salvadores del Niño” o la invención de la delincuencia*. México DF: Siglo XXI Editores.
- RAE. (2013). *Diccionario*. Recuperado el 21 de octubre de 2013, de Real Academia Española: <http://lema.rae.es/drae/?val=calidad>
- Restrepo, V. (1895). *Los chibchas antes de la conquista española*. Bogotá: Imprenta de La Luz.
- Sanabria, C. (2011). *Control Social, Orden y Delincuencia Urbana- Bogotá 1920-1946*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

- Savigny, F. C. (2004). *Sistema de Derecho Romano actual*. Madrid: Analecta.
- Serrano, J. L. (1999). *Validez y Vigencia- La aportación garantista a la teoría de la norma jurídica*. Madrid: Trotta.
- SU-049. (1999). *Sentencia SU047/99 - Impedimento o recusación en revisión de tutela - No designación de Conjuez por existencia de mayoría para adopción de decisión – M.P. Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero*. Bogotá: Gaceta de la Corte Constitucional.
- T-946, C. (2012). *Sentencia de tutela Número T-946 del 16 de noviembre - Magistrado Ponente doctor Gabriel Eduardo Mendoza Martelo*. Bogotá: Corte Constitucional.
- Tafaro, S. (2009). *Los derechos de los niños en la experiencia romana*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Uprimny, R. (2009). *Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y proceso penal*. Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.
- Varela, M., Salazar, I., Cáceres, D., & y Tovar, J. (2006). *El consumo de Alcohol y Tabaco en Jóvenes Colombianos: Factores Psicosociales de Riesgo y Protección*. Bogotá.
- Velásquez, F. (1987). El derecho penal colombiano y la ley importada. *Revista Nuevo Foro Penal* 38(9), 428 - 429.
- Viñas, R. (1983). *Delincuencia juvenil y derecho penal de menores*. Buenos Aires: Ediar.
- Zaffaroni, E., Alagia, A., & Slokar, A. (2005). *Manual de derecho penal. Parte general*. Buenos Aires: Ediar.