

Fecha 19 de octubre 2018 10:30 A.M.

Guillermo Pardo Piñeros Procurador 7 Judicial II para la defensa de los derechos de la Infancia, la Adolescencia y al Familia.

Justicia Restaurativa desde la óptica de la Jurisprudencia Especializada para el
SRPA

Es importante destacar las prácticas de justicia restaurativa realizadas, pero más importante aún es lo que se está por hacer.

La presentación se divide en 4 temas que se pueden denominar así:

1. El desconocimiento de la justicia restaurativa a través de un caso de principio de oportunidad en la justicia para adolescentes y la solución dada por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal.

2. El cambio de paradigma de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal: De la aplicación irrestricta del principio de legalidad en la justicia para adolescentes al reconocimiento de la excepcionalidad de la privación de la libertad.

3. La prescripción diferenciada de la acción penal en la justicia penal para adolescentes respecto de los delitos en contra de la libertad, integridad y formación sexual cuyas víctimas son menores de edad.

4. La competencia de la Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos de la Infancia, la Adolescencia y la Familia frente a los operadores de los Centros de Atención Especializada, en especial de la Ciudad de Bogotá.

A continuación se desarrollan los temas escogidos, así:

1. El desconocimiento de la justicia restaurativa a través de un caso de principio de oportunidad en la justicia para adolescentes y la solución dada por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal.

Se debe señalar que el Código de Infancia y Adolescencia (en adelante C.I.A.), en el único artículo que hace referencia literal a la justicia restaurativa es el 140, en cuanto señala que el proceso debe garantizarla, así como a la verdad y la reparación.

El estatuto citado agrega que la sanción, entre otras debe tener una finalidad restaurativa, ello en los artículos 178 y 187.

Por su parte el artículo 174, ibídem, prevé una manifestación de la justicia restaurativa, cual es el principio de oportunidad, que está instituido como principio rector para el SRPA, busca la conciliación, la reparación del daño y lo más importante está orientado por “una visión pedagógica y formativa mediante la cual el niño, la niña o el adolescente pueda tomar conciencia de las consecuencias de su actuación delictiva y de las responsabilidades que de ella se derivan. Así mismo, el conciliador buscará la reconciliación con la víctima.”

Pues bien, en un caso ocurrido en la ciudad de Bogotá se adelantó un principio de oportunidad a solicitud de la Fiscalía General de la Nación, respecto de una conducta punible en contra de la libertad, integridad y formación sexual de una niña, el cual no cumplía el cometido previsto por el legislador, lo que se evidenció en los siguientes aspectos:

a) El beneficiado con la solicitud de principio de oportunidad, para el momento en que se lleva a cabo la solicitud era un joven mayor de 21 años y por ello el propósito perseguido por el legislador en cuanto a la toma de conciencia de la conducta delictiva y sus consecuencias no cumplía

b) El adolescente no fue intervenido mediante un proceso terapéutico como es lo usual en estos casos, es más no quiso asistir a ese proceso, tan solo

acudió a un taller en Profamilia sobre Salud Sexual y Reproductiva, en media jornada.

c) No hubo reconciliación con la víctima. Los representantes legales de la niña, teniendo en cuenta que el proceso tenía una antigüedad de algunos años, sin decisión judicial, afirmaron que no era su deseo continuar con la actuación ello porque sentían que su hija podía estar siendo revictimizada al tener que asistir al proceso judicial.

La víctima y su representante legal no estuvieron asistidos por un apoderado.

El ministerio público se opuso a la solicitud en atención a que no se reunían los requisitos previstos por la ley para esta clase de asuntos. Pese a esa oposición la juez penal municipal con función de control de garantías para adolescentes accedió a declarar la procedencia del principio de oportunidad y ordenó el archivo de la actuación.

Por no estar de acuerdo con lo decidido el procurador judicial ante el SRPA, interpuso recurso de apelación en contra de la decisión que aceptó los argumentos de la F.G.N. Llegado el conocimiento a la instancia superior, la juez penal del circuito para adolescentes, confirmó la decisión de primer grado, para ello hizo uso de la legislación interna y de las normas internacionales que estimó pertinente, descartando dos decisiones de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal sobre la aplicación de la justicia penal para adolescentes del artículo 199 del C.I.A., que consagra algunas prohibiciones en materia de beneficios para los procesados autores de las conductas en contra de la libertad, integridad y formación sexual de niños, niñas y adolescentes.

En consideración a que el ministerio público estimó que el asunto tenía trascendencia constitucional, la Procuraduría presentó una acción de tutela en contra de las decisiones judiciales, toda vez que de ellas se podía afirmar que presentaban defecto material y desconocían el precedente.

Afirmó la vista fiscal: en lo que hace a la justicia restaurativa y la visión pedagógica y formativa del infractor, la juez no analizó que ello no era posible, atendiendo a que el infractor para la época en que se llevó a cabo la audiencia del principio de oportunidad contaba con 21 años de edad, amén que voluntariamente no accedió a realizar el proceso pedagógico en la Asociación Creemos en TI como lo Indicó el defensor de familia al dar lectura al informe biopsicosocial

Por lo tanto solicitó:

EMITIR una nueva decisión en la que aplique adecuadamente la prohibición contenida en el artículo 199 Num. 8 de la Ley 1098 de 2006, se analice apropiadamente el principio de justicia restaurativa y se observe con estrictez el precedente judicial contenido en los autos emitidos por la Sala de Casación Penal el 30 de julio de 2014, radicado No. 44102 y el 25 de enero de 2017, radicación 47826 y en la sentencia del 9 de marzo de 2011 (CSJ SP, rad. 32718)

El Tribunal Superior de Bogotá a través de una Sala Mixta de Decisión de asuntos para Adolescentes, en Sentencia dividida (una magistrada salvó el voto), negó la tutela propuesta al compartir los argumentos del juzgado accionado. El salvamento de voto por su parte acogía la argumentación del accionante.

Ante este panorama el ministerio público impugnó la sentencia emitida por el Tribunal.

La Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal en una de sus Salas de Tutela¹, razonó, así:

De acuerdo a lo anterior, no hay duda para esta Corporación que, tratándose de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales,

¹ Sentencia 27 de febrero 2018. STP2959-2018 Radicación No.: 96791. M.P. Dra. Patricia Salazar Cuéllar.

cometidos contra niños, niñas y adolescentes, el principio de oportunidad no procede, y, en consecuencia, el Estado debe llevar la investigación hasta sus últimas consecuencias.

Más adelante la Corte, indica:

Así, los menores de edad víctimas de delitos sexuales, necesitan que el Estado les garantice los derechos a la *verdad, justicia y reparación* del daño causado. Para ello, entonces, los funcionarios judiciales que administran justicia, deben privilegiar el principio del *interés superior* del niño, la *prevalencia de sus derechos*, la *protección integral* y los demás derechos consagrados en los Convenios Internacionales ratificados por Colombia, en la Constitución Política y en la ley, de conformidad con el artículo 192 del Código de Infancia y Adolescencia.

Por ende, teniendo en cuenta la *naturaleza grave* de esos delitos y los compromisos de protección adquiridos por Colombia en el plano internacional, resulta razonable y justificado entender que el Estado está obligado a investigar, juzgar y sancionar a quienes incurran en conductas que atenten contra la libertad sexual y la dignidad de los niños, niñas y adolescentes.

Ahora, no desconoce la Sala que en el sistema de responsabilidad penal para adolescentes se debe “*evitar la revictimización de los menores agredidos*”. Sin embargo, la consecución de ese fin no es óbice para desconocer prohibiciones (sic) legales en punto de la obligatoriedad de la persecución de los delitos sexuales de que son víctima los menores de edad pues, para ese propósito el Código de la Infancia y la Adolescencia establece medidas idóneas como la no exposición del menor de edad en las audiencias penales frente a su agresor, el acompañamiento de autoridad especializada o psicólogo en los casos en que deba rendir testimonio y, en lo posible, que solo sea entrevistado una sola vez sobre los mismos hechos.

Resta señalar que esta acción de tutela fue seleccionada por la Corte Constitucional para revisión y en el momento en que se hace esta presentación la Corporación no ha emitido pronunciamiento.

Debe dejarse en claro que la Procuraduría en el escrito de tutela solicitó expresamente que el sentenciador emitiera una orden al juzgado que conoce del principio de oportunidad para que analizara adecuadamente el principio de justicia restaurativa.

Entonces, resulta afortunado que la Corte Constitucional haya seleccionado la acción de tutela comentada, toda vez que dentro de poco se conocerá una decisión que, entre otros temas aborde la justicia restaurativa.

Frente a la posibilidad real de limitar el principio de oportunidad en la práctica judicial, con ocasión a la sentencia tutela por la Corte Suprema de Justicia, se precisó que la Fiscalía no debía utilizar esta figura como una herramienta de descongestión, ya que en casos precisos y en los cuales no había mayor connotación penal (adolescentes que incurren en conductas punibles en respuesta a su despertar sexual) para tales casos se podía acudir a otras figuras jurídicas como la preclusión de la investigación y se recomendó consultar la adición de voto emitida por el magistrado Yesid Ramírez Bastidas respecto del auto de 29 de mayo de 2007 de la C.S. de J., Sala de Casación Penal, , M.P. Javier Zapata Ortiz, documento en el que se hacía una diferenciación doctrinal y didáctica de los conceptos jurídicos de archivo de diligencias y preclusión de la investigación.

En el curso de la intervención del expositor se recibió el comentario de dos asistentes al seminario, a quienes en su parecer la presentación no estaba acorde con el propósito del diplomado, ello porque en otras ponencias se había dado a conocer algunas prácticas restaurativas, entre ellas el principio de oportunidad.

La respuesta emitida se dirigió a señalar de un lado que la justicia restaurativa debe tener en cuenta como un actor principal a la víctima y de otra parte que a

través de experiencias negativas, también se puede construir un concepto de justicia restaurativa, eliminando lo que no debe entenderse por ella.

2. El cambio de paradigma de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal: De la aplicación irrestricta del principio de legalidad en la justicia para adolescentes al reconocimiento de la excepcionalidad de la privación de la libertad.

Dos de las sala mixtas de decisión para asuntos de adolescentes del Tribunal Superior de Bogotá desde el año 2015, en interpretación del artículo 187 del C.I.A., señalaron que si un adolescente infractor que hubiese cometido una conducta sancionada con pena privativa de la libertad en Centro de Atención Especializada y para el momento de emitirse la sentencia era mayor de edad, no podía aplicarse la privación, si en la actuación procesal no fue cobijado con medida de internamiento preventivo.

La Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal en sentencia de 17 de octubre de 2017, cuyo radicado es 49943², a solicitud del ministerio público casó la decisión de segunda instancia y confirmó el fallo de primer grado, en cuanto había sancionado al infractor con pena privativa de la libertad de 26 meses en CAE. En esa oportunidad el alto Tribunal razonó, así:

4. La equivocación del juzgador colegiado se originó, como lo expuso el demandante, en la errada interpretación del inciso primero del párrafo del artículo 187 del Código de Infancia y Adolescencia, a partir de la cual coligió que *«el joven al momento de anunciarse el sentido del fallo había cumplido la mayoría de edad y estaba en libertad, en otras palabras, no estaba vigente la sanción de privación de la libertad, teniendo en cuenta lo dispuesto en el párrafo y en armonía con el principio de legalidad de la sanción, que tiene plena aplicación en esta clase de justicia»*.

El párrafo citado señala que *«si estando en vigencia la sanción de privación de la libertad el adolescente cumpliera los dieciocho años de edad,*

² M.P. Dr. Luis Antonio Hernández Barbosa, SP19262-2017

continuará cumpliéndola hasta su terminación en el Centro de Atención Especializada de acuerdo con la finalidad protectora, educativa y restaurativa establecidas en la presente ley para la sanciones». No regula, es claro, el tipo de sanción imponible en cada caso sino la forma de cumplimiento de la privación de la libertad en los eventos donde ya se impuso como sanción y el adolescente llega a la mayoría de edad, hipótesis en la cual debe continuar en el centro de atención especializada, sin ser remitido a los centros de reclusión establecidos para los que cometen delitos siendo mayores de 18 años.

Razón asiste al recurrente, en consecuencia, en su demanda de casar el fallo de segundo grado para dejar en firme el de primera instancia que seleccionó correctamente la sanción establecida para el delito por el que fue declarado penalmente responsable D.S.R.G..

Hasta ese momento, la jurisprudencia de la Corte estaba orientada a la aplicación del principio de estricta legalidad en asuntos penales para adolescentes.

Atendiendo una situación de hecho similar y una demanda concebida bajo la misma argumentación, la Corte varió su jurisprudencia en el sentido de señalar que más allá del principio de estricta legalidad se debía analizar la condición personal del infractor, indicando que era factor determinante la edad de este para el momento de la imposición de la sanción; la solicitud de medida de internamiento por parte de la Fiscalía, al tiempo de la comisión del ilícito y la reintegración social del otrora adolescente, amén que no era pertinente imponer la privación de la libertad y enviar al infractor a un CAE, lugar en el que seguramente se iba a mezclar con otros infractores más avezados, advirtiendo que los centros de atención especializada representan un riesgo alto incluso para funcionarios judiciales³

³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal Sentencia del 13 de junio de 2018, M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa, radicación 30.313

La modificación del precedente obedece a la aplicación del ordenamiento internacional y la prevalencia de la justicia restaurativa, como se desprende de la lectura del fallo:

A su vez, el artículo 141 del mismo ordenamiento establece que en el Sistema de Responsabilidad para Adolescentes se aplicarán los principios y definiciones consagrados en la Constitución, en los instrumentos internacionales de derechos humanos y en dicha ley, texto similar a la parte final del inciso 1 del artículo 44 de la Carta Política.

No en vano la Defensoría del Pueblo ha concluido⁴:

“Aunque formalmente se ha señalado que el núcleo de la intervención del SRPA es la justicia restaurativa, en la práctica se evidencia la aplicación de un modelo de justicia retributiva, característico de la aplicación de la justicia penal: i) No se aplican medidas pedagógicas, sino castigos frente a la responsabilidad del adolescente; (ii) Se pretende que la amenaza de este castigo sea utilizada como mecanismo para disuadir del crimen a otros adolescentes o para evitar reincidencias (...); y (vi) Se aísla al adolescente de la comunidad de la que hace parte y en la que se produjo el daño que está llamado a reparar”.

4.2. El artículo 6 de la Ley 1098 de 2006 señala que además de las normas contenidas en la Constitución Política y en los tratados o convenios internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia, las que integran *“en especial la Convención sobre los Derechos del Niño, harán parte integral de este Código, y servirán de guía para su interpretación y aplicación. En todo caso, se aplicará siempre la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente”.*

La Corporación, concluye:

⁴ DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Informe sobre violaciones de los derechos humanos de adolescentes privados de la libertad. Bogotá, marzo de 2015.

En tales circunstancias, se fracturaría la coherencia propia del sistema si 6 años después de la comisión de los hechos, cuando el procesado tiene más de 21 años se dispone la privación de su libertad, que como se advirtió en la normativa nacional e internacional debe tener el carácter de “*último recurso*”, quedando reducido su alcance al simple y llano componente retributivo, ajeno a las funciones de las sanciones en el Código de Infancia y Adolescencia.

Definido lo anterior se considera que en este caso la imposición de reglas de conducta tales como observar buena conducta familiar y social, no involucrarse en la comisión de nuevos actos delictivos, abstenerse de consumir sustancias psicoactivas y dedicarse a actividades educativas o laborales regulares ordenadas por el Tribunal, orientadas de conformidad con el artículo 183 del Código de Infancia y Adolescencia a “*regular su modo de vida, así como promover y asegurar su formación*”, resultan consonantes con las normas nacionales e internacionales sobre el particular y prevalecen sobre la privación de la libertad dispuesta por el juez de primer grado, pues además de que el estrecho contacto por cerca de 4 años con otros infractores podría exponer al acusado a más posibilidades de daño que asegurar su “*reintegración adecuada*” a la sociedad, es necesario que asuma su rol como padre de la niña nacida como consecuencia de las conductas investigadas.

También debe tenerse en cuenta que si el acusado nació el 13 de noviembre de 1995, para el 6 de diciembre de 2016, fecha en la cual se profirió el fallo condenatorio de primera instancia tenía 21 años y en la actualidad tiene más de 22, además de que en el informe psicosocial elaborado por la Defensoría de Familia se indicó que desde el año 2012 se radicó en Duitama, convive con una adolescente de 17 años, tiene buena relación de pareja basada en el respeto y la solidaridad y la dinámica familiar gira en torno a la búsqueda de oportunidades laborales, sin que se tenga noticia de la comisión de nuevos delitos.

En suma, las circunstancias personales, familiares y sociales del procesado permiten deducir que en su caso no es aconsejable la privación de libertad en centro de atención especializada, sino la imposición de reglas de conducta a fin de brindarle la oportunidad de que ahora, años después de

cuando ocurrieron los hechos, pueda recomponer su vida y no recluirse, medida esta última que como ya dije, únicamente tendría un carácter retributivo o vindicativo.

Resulta claro que el giro jurisprudencial obedece en últimas a reivindicar que en esta especialidad jurisdiccional debe primar la justicia restaurativa y no una finalidad retributiva o vindicativa, ajena al SRPA.

La Corte mediante auto AP3240-2018 (50311) del 25 de julio de 2018, M.P. Luis Guillermo Salazar Otero, ratifica el cambio jurisprudencial, así:

3.1. En efecto, según se reseñó en los antecedentes procesales, la Fiscalía ni siquiera invocó en curso del procedimiento medida de internación preventiva en contra de alguno de los dos infractores acorde con lo establecido en el artículo 181 del Código de Infancia y la Adolescencia, lo cual denota que no hubo un interés desde ese momento en procurar una respuesta inmediata ante la gravedad de los hechos - circunstancia que se adujo en la decisión del a quo- sino sólo hasta la emisión del fallo de instancia cuando cada uno de aquéllos contaba con 20 años de edad⁵ -ahora 21 y 22 años-, lo cual le resta coherencia. Asimismo, que esta situación sugiere que su internamiento ya no correspondería con los fines de protección, educación y restauración instituidos en el artículo 178 ejusdem, pues ante el proceso de formación personal positivo alcanzado por cada uno de ellos, lo que se haría es interferir en aquél con un fin evidentemente retributivo de la pena.

En reciente sentencia la alta corporación, emitió una nueva decisión⁶ en el mismo sentido de las dos anteriores y es evidente que ese es el precedente que rige respecto del proceso de selección de la sanción, abandonando definitivamente el principio de estricta legalidad que se mantuvo desde el año 2010.

⁵ C.D.C.C., nació el 8 de marzo de 1996 y J.S.L.R, el 4 de septiembre de 1996.

⁶ Sentencia SP3139-2018 (50717) de 1 de agosto de 2018, M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa

3. La prescripción diferenciada de la acción penal en la justicia penal para adolescentes respecto de los delitos en contra de la libertad, integridad y formación sexual cuyas víctimas son menores de edad.

Ante la solicitud de la Fiscalía General de la Nación de preclusión de la investigación por prescripción de la acción penal en beneficio de un adolescente infractor de la ley penal, respecto de una conducta en contra de la libertad, integridad y formación judicial de una niña, un juzgado penal del circuito para adolescentes de Bogotá, negó esa solicitud, toda vez que en su criterio en la justicia penal para adolescentes también tiene aplicación el artículo 1 de la Ley 1154 de 2007, que para tales casos condiciona la aplicación de esa prescripción a que la víctima cumpla la mayoría de edad y a partir de allí el término es de 20 años.

De la anterior decisión conoció por vía de apelación una de las salas de decisión mixta de asuntos para adolescentes del Tribunal Superior de Bogotá, que analizó el punto bajo la óptica de la normatividad internacional, entre ella la Convención Sobre los derechos del Niño, artículo 40, b), en cuanto indica que el juzgamiento de adolescentes debe realizarse en el menor tiempo posible.

Aspecto que guarda correspondencia con la Convención Interamericana de Derechos Humanos, en cuanto prevé que la decisión judicial debe proferirse en un plazo razonable.

El Tribunal agrega que una decisión tardía se ve reflejada en que la finalidades del sistema, entre ella la restaurativa, no tenga un efectivo cumplimiento, por ello descarta la aplicación de la Ley 1154 de 2007, art. 1, en el SRPA, ya que esa norma no se aviene a la especialidad.

La Corte Suprema de Justicia⁷ en una Sala de Decisión de Tutelas, indicó que la posición asumida por el Tribunal correspondía a los principios de autonomía e independencia judicial y por ello esa es una interpretación válida.

⁷ Sentencia de 10 de julio de 2018 STP9073-2018 (99349), M.P. Patricia Salazar Cuéllar.

En nuestro medio la Ley 1098 de 2006, no estableció el término de prescripción para conductas penales cometidas por adolescentes, a diferencia de lo que ocurre en otras legislaciones, tales como la Peruana⁸, Chilena⁹, Uruguay¹⁰, Ecuatoriana¹¹, Paraguaya¹², Española¹³, por citar algunas.

⁸ El Código de los Niños y Adolescentes del Perú –Ley 27337 del 21 de julio de 2000- en el artículo 222, regula la “Prescripción. La acción judicial prescribe a los dos años de cometido el acto infractor. Tratándose de una falta señalada en el Código Penal prescribe a los seis meses. El plazo de prescripción de la medida socio-educativa es de dos años, contados desde el día en que la sentencia quedó firme. El adolescente contumaz o ausente estará sujeto a las normas contenidas en el ordenamiento procesal penal” (Tomado de https://www.mimp.gob.pe/files/direcciones/dgna/Codigo_Ninos_Adolescentes.pdf).

⁹ Ley 20.084 de 28 de noviembre de 2005, señala: “Artículo 5º.- Prescripción. La prescripción de la acción penal y de la pena será de dos años, con excepción de las conductas constitutivas de crímenes, respecto de las cuales será de cinco años, y de las faltas, en que será de seis meses” (Publicado en https://www.leychile.cl/Navegar/index_html?idNorma=244803).

¹⁰ CODIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA. LEY N° 17.823 del 7 de septiembre de 2004, modificado por la Ley 19.551 del 25 de octubre de 2017. “ARTICULO 103º. En cualquier estado del proceso procederá la clausura del mismo, en los siguientes casos:

A) Cuando se comprobare que el adolescente no es partícipe autor, coautor o cómplice de los hechos imputados.

B) Cuando se comprobare que concurre alguna circunstancia eximente de pena.

C) Cuando prescribió la acción por el hecho imputado. El plazo de prescripción será de dos años para los delitos gravísimos y un año para los graves.” (Tomado de <https://www.impo.com.uy/bases/codigo-ninez-adolescencia/17823-2004>)

¹¹ Código de Niñez y la Adolescencia Ley 100 de 23 de diciembre de 2002, Art. 374.- “Prescripciones.- Tratándose de delitos, la acción prescribe en dos años. En las contravenciones, prescribe en treinta días. Las medidas socio-educativas prescriben una vez transcurrido el tiempo señalado por el Juez para su duración.” (Publicado en http://www.sipi.siteal.iipe.unesco.org/sites/default/files/-sipi_normativa/ecuador_codigo_de_la_ninez_y_adolescencia_2002.pdf)

¹² Código de la Niñez y la Adolescencia Ley 1.680 de 30 de mayo de 2001, art. 221 “DE LA PRESCRIPCION DE LA ACCION. La prescripción de la acción se regirá por las reglas establecidas al efecto en el Código Penal, salvo en lo relativo a los plazos. En todos los casos, la acción prescribirá en un tiempo igual al máximo de duración de la medida privativa de libertad.” (Tomado de http://www.sipi.siteal.iipe.unesco.org/sites/default/files/sipi_normativa/paraguay_ley_nro_1680_2001.pdf).

¹³ Ley Orgánica 5 del 12 de enero de 2000. Artículo 15. De la prescripción.

1. Los hechos delictivos cometidos por los menores prescriben:

1.º Con arreglo a las normas contenidas en el Código Penal, cuando se trate de los hechos delictivos tipificados en los artículos 138, 139, 179, 180 y 571 a 580 del Código Penal o cualquier otro sancionado en el Código Penal o en las leyes penales especiales con pena de prisión igual o superior a quince años.

2.º A los cinco años, cuando se trate de un delito grave sancionado en el Código Penal con pena superior a diez años.

3.º A los tres años, cuando se trate de cualquier otro delito grave.

4.º Al año, cuando se trate de un delito menos grave.

5.º A los tres meses, cuando se trate de una falta.

De otra parte la Comisión Interamericana de Derechos Humanos¹⁴ hace a los Estados partes la siguiente recomendación:

79. Otra cuestión relacionada con el principio de excepcionalidad es la regulación del plazo de prescripción de la acción ante la justicia juvenil. La Comisión observa que el plazo de prescripción del ejercicio de la acción varía en cada Estado. Por ejemplo, en Bolivia la acción prescribe en 4 años para los delitos que tengan señalada una pena privativa de libertad cuyo máximo sea de 6 o más de 6 años; en 2 años para los que tengan señaladas pena privativa de libertad cuyo máximo sea menor de 6 y mayor de 2 años; y en 6 meses para todos los demás delitos. En Guatemala, la prescripción de la acción es de 5 años en el caso de delitos contra la vida, delitos sexuales y delitos contra la integridad física, en 3 años cuando se trate de cualquier otro tipo de delito de acción pública, y de 6 meses en delitos de acción privada y contravenciones. En Uruguay, los delitos prescriben en 2 años cuando estos son gravísimos y en 1 año cuando son graves. La Comisión recomienda que los plazos de prescripción dentro del sistema de justicia juvenil sean más breves que aquéllos regulados en el sistema ordinario penal para las mismas conductas punibles, conforme al principio de excepcionalidad de la judicialización.

Para situaciones como el caso presentado, en nuestro país la prescripción de la acción penal se determina por interpretación sistemática de la ley y corresponde al siguiente ejercicio:

El artículo 83, inciso primero del Código Penal prevé que la acción penal prescribe en un término igual al máximo de la pena fijada en la ley, si fuere privativa de la libertad sin que sea inferior a 5 años ni superior a 20 años.

Por su parte el artículo 292 de la Ley 906 de 2004, señala que la acción penal se interrumpe con la formulación de la imputación y empezará a contar de nuevo por un período igual a la mitad del previsto en el artículo 83 del Código Penal, pero en ningún caso inferior a 3 años.

2. Las medidas que tengan una duración superior a los dos años prescribirán a los tres años. Las restantes medidas prescribirán a los dos años, excepto la amonestación, las prestaciones en beneficio de la comunidad y la permanencia de fin de semana, que prescribirán al año. (Publicado en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-641>)

¹⁴ Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 78 13 julio 2011 Original: Español, página web t: www.cidh.org

La ley 1098 de 2006, en su artículo 189, incisos 3 y 4, conforme fue modificado por el artículo 90 de la Ley 1453 de 2011, prevé:

“

...

La privación de libertad en Centro de Atención Especializada se aplicará a los adolescentes mayores de catorce (14) y menores de dieciocho (18) años, que sean hallados responsables de homicidio doloso, secuestro, extorsión en todas sus formas y delitos agravados contra la libertad, integridad y formación sexual.

En estos casos, la privación de libertad en centro de atención especializada tendrá una duración desde dos (2) hasta ocho años (8), con el cumplimiento total del tiempo de sanción impuesta por el juez, sin lugar a beneficios para redimir penas.

...”

Se extracta de lo anterior que el legislador para los delitos graves a los que se refiere el aparte transcrito y realizados por un adolescente de edad entre 14 a 18 años, puede ser sancionado con privación de la libertad en centro de atención especializa con duración de dos (2) a ocho (8) años.

Si la sanción máxima en la justicia penal para adolescentes es de ocho (8) años de privación de la libertad en CAE, con fundamento en el artículo 83 del Código Penal, es razonable colegir que ese tiempo sea el máximo de prescripción en la etapa de indagación, contado a partir de la comisión del delito.

Ahora bien, a partir de la formulación de imputación el término de prescripción se interrumpe y comienza a contar de nuevo, pero por la mitad del inicialmente señalado, sin que sea inferior a tres (3) años.

Para el caso en que se haya formulado imputación en aplicación del artículo 292 del C. de P.P., y para la etapa del juicio la prescripción de la acción penal se cumple en un término de 4 años.

4. La competencia de la Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos de la Infancia, la Adolescencia y la Familia frente a los operadores de los Centros de Atención Especializada, en especial de la Ciudad de Bogotá.

De acuerdo con un documento interno de trabajo, una de las procuradurías judiciales de familia adscrita al SRPA, señaló:

En cuanto a la función disciplinaria, estas procuradurías judiciales no tienen asignada dicha competencia, como se desprende del concepto C-24-2018, expedido por la Procuraduría Auxiliar de Asuntos Disciplinarios, en cuanto dijo:

Por consiguiente, la Auxiliar Disciplinaria carece de competencia para pronunciarse sobre el asunto, toda vez que el solicitante no ejerce la potestad disciplinaria, y la materia consultada recae sobre un caso particular y concreto, Tampoco sería competente para hacerlo ninguna dependencia de la Procuraduría General de la Nación facultadas para absolver consultas.

Respecto de algunas denuncias que llegan a la PGN y califican de negligente la conducta de los operadores de CAEs quienes ostentan la calidad de particulares, se debe analizar si son disciplinables por la PGN

Resulta importante hacer referencia al concepto C-117 del 11 de septiembre de 2017 de la Procuraduría Auxiliar de Asuntos Disciplinarios, en cuanto concluyó:

“De otra parte, al definirse en forma expresa por el artículo 53 del C.D.U., conforme la modificación introducida por el artículo 44 de la Ley 1474 de 2011, los eventos bajo los cuales se colige el ejercicio de funciones públicas, es claro que la actividad contractual de apoyo a la gestión del Estado y de sus entidades en todo orden no se encuentra en tal hipótesis y no sería objeto de revisión en sede disciplinaria las acciones u omisiones de tal tipo de contratistas¹⁵, sin perjuicio de que sean analizadas desde la óptica de las

¹⁵ Ver Sentencia C- 094 de 2003 de la Corte Constitucional en donde se analizó la tipología contractual prevista en la Ley 80 de 1993 de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, y se determinó los eventos en los cuales la suscripción de tal tipo de contratos, sin cumplir los requisitos legales, constituiría falta disciplinaria para el nominador o representante legal de la entidad pública suscriptora. Dentro de esta clase de contrato de apoyo a la gestión se encuentran los contratos de apoyo a la labor de supervisión contractual consagrados en la Ley

cláusulas de responsabilidad contractual específicas en caso de incumplimiento en el objeto de prestación, acciones a cargo de la parte contratante, respetando el debido proceso previsto en el acuerdo de voluntades y en la ley.”

De otra parte ese punto debe destacarse que el contrato de aporte es un contrato atípico y el Consejo de Estado¹⁶ precisó la naturaleza jurídica de tal contrato, así:

Como se aprecia, el contrato de aporte tiene las siguientes características esenciales: i) es un contrato estatal regido por la ley 80 de 1993; ii) se trata de un negocio jurídico atípico, principal y autónomo; iii) oneroso, solemne y formal al igual que todos los contratos estatales, por cuanto se requiere que medie una contraprestación a favor del contratista; constar por escrito y debe estar suscrito por las partes, en los términos consagrados en el artículo 41 de la ley 80 de 1993; iv) bilateral y sinalagmático, en la medida que se desprenden obligaciones y cargas para las dos partes del negocio, esto es, el aportante y el contratista; y vi) conmutativo, toda vez que las prestaciones contenidas en el negocio jurídico son equivalentes, puesto que el contratista asume la prestación de un servicio propio del sistema de bienestar familiar y social a cambio de una contraprestación, al margen de que el contratista pueda ser una institución sin ánimo de lucro.

En efecto, el negocio jurídico de aporte es un contrato estatal especial suscrito entre el ICBF y un contratista, en el que el primero se compromete, como su nombre lo indica, a efectuar aportes o contribuciones en dinero o especie a una persona natural o jurídica, nacional o extranjera, y especialmente a instituciones de utilidad pública o de beneficencia, o de reconocida capacidad técnica o social con el fin de que atienda bajo su exclusiva responsabilidad y con su propio personal humano y técnico, un área específica del sistema de bienestar social, es decir, aquellas dirigidas

1474 de 2011 en su artículo 83, en atención a que corresponde a labores auxiliares de índole administrativo y no decisorias; estas últimas les compete, en forma exclusiva, a los servidores públicos a cargo de la entidad contratante.

¹⁶ Consejo De Estado, Sección Tercera Radicación: 25000-23-26-000-2004-01381-01, Expediente 33130, Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourth.

a la atención a la integración y realización armónica de la familia, así como a la protección efectiva de la niñez y adolescencia.

En ese orden de ideas, al margen de las similitudes que pudieran evidenciarse entre el contrato de aporte y el de prestación de servicios, lo cierto es que aquél reviste una serie de particularidades que no permiten asemejarlo a este último, máxime si el negocio jurídico de aportes supone la intervención de la entidad pública quien se vincula al negocio en una participación de capital o de especie que se traslada de manera definitiva o temporal a favor del contratista para que éste asuma una actividad de bienestar social –integración de la familia o de la protección de la infancia– a cambio de una contraprestación.

Sobre las características esenciales y distintivas del contrato de prestación de servicios, la Sala ha discurrido:

“Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados. En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.

“(…) De otro lado, el contrato de prestación de servicios tiene un contenido más amplio, porque la ley 80 establece, en forma general, que su objeto consiste en el desarrollo de “...actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad”, contexto en el cual se pueden incluir actividades técnicas y no técnicas, profesionales o no, pues lo que determina esta clase de contratos es que las obligaciones se relacionen con la administración y/o el funcionamiento de la entidad.”¹⁷

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 30 de noviembre de 2006, exp. 30832, M.P. Alier E. Hernández Enríquez.

En consecuencia, el contrato de aporte en su condición de contrato atípico se caracteriza porque tiene un sujeto activo calificado y cualificado por la ley, ya que se trata de un negocio jurídico que sólo puede ser suscrito por el ICBF, en el que la entidad pública entrega unos bienes (tangibles o intangibles) al contratista para que este último asuma, a cambio de una contraprestación, la ejecución de un servicio propio del sistema de bienestar social bajo su exclusiva responsabilidad y con personal técnico y especializado a su cargo.”

De las transcripciones que anteceden, puede señalarse que el objeto del contrato de aporte es la prestación de labores de apoyo del sistema de bienestar familiar y social a cambio de una contraprestación, lo cual excluye que los particulares que prestan ese servicio sean disciplinables por la Procuraduría General de la Nación, quedando sometidos únicamente a la actuación administrativa sancionatoria contractual y por ello lo pertinente es que los procuradores judiciales den traslado de las irregularidades acaecidas a la autoridad administrativa facultada para investigar e imponer sanciones contractuales.

Ahora bien, los requerimientos que hacen algunos juzgados a los procuradores judiciales para que informen sobre estudios de caso de jóvenes y adolescentes privados de la libertad resultan impertinentes, ello porque el primero que debe pronunciarse sobre las situaciones que ocurren en los CAEs en el juez de ejecución de la sanción, en coordinación, claro está, con la defensoría de familia encargada de verificar los derechos de cada adolescente o joven.

Así lo expresó la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal en reciente decisión de Tutela:¹⁸

... si bien puede entenderse que no sea competencia del Juzgado que impuso la medida, realizar entrevistas o valoraciones psicotécnicas al joven condenado, o verificar *in situ* y acondicionar los ambientes de reclusión, sí le compete el control de la medida y en ésta se deben reunir ciertas características que no hagan de la misma una mera reclusión que conlleve la

¹⁸ Sentencia de 31 de julio de 2018 STP10101 (99412), M.P. José Francisco Acuña Vizcaya

privación de la libertad, sin que se alcancen los fines que se han establecido para ella.

Debe recordarse que las funciones de la medida que se impone a un adolescente tiene distintas connotaciones que para aquellos que han alcanzado la mayoría de edad y así lo ha manifestado la Corte Constitucional en sentencia C-684 de 2009 al señalar: *Como ha sostenido esta Corporación el ordenamiento jurídico colombiano admite la responsabilidad penal de las personas menores de edad. En efecto, aquellos “que han cometido conductas constitutivas de violaciones de la ley penal son responsables frente al Estado y frente a la sociedad por sus acciones, y dicha responsabilidad se ha de traducir en la adopción de medidas de tipo judicial y administrativo que sean apropiadas en su naturaleza, características y objetivos a la condición de los menores en tanto sujetos de especial protección, que se orienten a promover su interés superior y prevaleciente y el respeto pleno de sus derechos fundamentales, que no obedezcan a un enfoque punitivo sino a una aproximación protectora, educativa y resocializadora, y que sean compatibles con las múltiples garantías reforzadas de las que los menores de edad son titulares a todo nivel por motivo de su especial vulnerabilidad”*¹⁹.

De esta manera, como ya se ha señalado, puede advertirse que ciertas órdenes del Juez constitucional de primera instancia no recaigan de manera directa sobre el despacho que aquí impugna, pero lo cierto es que a éste sí le corresponde el control de la medida, al punto que si se pretendiera modificar o sustituir la misma, él sería el competente, por lo que no puede desentenderse de la ejecución de la medida, porque sean otras instituciones, incluso especializadas, las llamadas a materializar la misma, albergando al joven condenado.

Corolario de lo anterior, puede evidenciarse que en lo ordenado por el a quo no hay una orden directa para la Jueza impugnante, sino que se trata de una coordinación de instituciones las llamadas a ejecutar el mismo, incluso puede advertirse que, bajo la hipótesis de lo ordenado, si resultare una situación de riesgo para el joven XXX, sería ese mismo despacho, el competente para tomar decisiones de fondo sobre la medida impuesta, por lo

¹⁹ Sentencia, Corte Constitucional C-203 de 2005.

que no se encuentra razón para desvincular a la impugnante en el presente fallo.

De acuerdo con lo anterior sin ánimo de polemizar ni atribuir responsabilidades a los operadores judiciales se hace una invitación a la reflexión a los jueces de ejecución de la sanción para que adopten una visión favorable a la finalidad restaurativa de la medida de protección, dejando de lado la interpretación retributiva o vindicativa, posición censurada por la Corte Suprema de justicia Sala de Casación penal en los asuntos radicados bajo los números 50313 y 50717.

Se debe dejar en claro que la PGN no forma parte del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes como se desprende del artículo 163 del C.I.A., y su función es la de ejercer la función de vigilancia superior y control de gestión, mediante el acompañamiento permanente a las autoridades que sí pertenecen al SRPA.

Finalmente y ante la medida de vigilancia especial emitida por el señor Procurador General de la Nación, respecto de la situación de violación de derechos humanos que viene ocurriendo en el CAE El redentor, la que se ha visibilizado por los medios de comunicación, esta procuraduría judicial desde ya anuncia que prestará su concurso a la Delegada para la Defensa de los Derechos Humanos para lo que se considere pertinente.