

Universidad Externado de Colombia y Fundación Restrepo BarcoPalabras del Sr. Amerigo Incalcaterra

Director Adjunto Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos

En un documento de la Defensoría del Pueblo, presentado al Congreso en 1999, se describía con las siguientes palabras la situación general de la niñez en Colombia: "Las condiciones de pobreza, el desempleo, la marginalidad, el abandono del campo y en especial el conflicto armado interno, han agudizado a tal punto la situación que hoy podemos afirmar que los derechos de los niños y niñas en Colombia son más vulnerados que en cualquier otra época contemporánea de la sociedad"[1]. Esta descripción perturbadora no ha perdido actualidad. En abril de este año, al rendir ante la Comisión de Derechos Humanos su informe sobre Colombia, la entonces Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, señora Mary Robinson, citó impresionantes cifras sobre el impacto que en la población infantil del país tienen la pobreza, la guerra, el reclutamiento ilegítimo, el desplazamiento forzado, la discriminación, el trabajo en condiciones de alto riesgo, el maltrato, la explotación sexual y el desamparo[2].

Uno de los aspectos más preocupantes de la crisis de los derechos humanos que hoy afronta Colombia es el de la violencia contra los niños, fenómeno que en los últimos decenios ha experimentado una mundialización creciente. A este fenómeno de dimensión planetaria contribuyen, según los expertos, siete factores: la pobreza, el reajuste estructural, la importancia de los armamentos en los presupuestos nacionales, las diversas formas de discriminación, las lesiones físicas y mentales, las variaciones de los criterios definidores de la mayoría de edad y la desidia de los encargados de hacer respetar el orden jurídico[3]. Por ello no es exagerado afirmar que muchos niños colombianos son victimizados por adultos a cuyo cargo está el ejercicio de la potestad punitiva del Estado, pues ella se les aplica dentro de las pautas de un modelo regimental inspirado en la desueta doctrina de la situación irregular: una doctrina que considera al niño no como sujeto pleno de derechos, sino como objeto de tutela y represión.

La violencia contra el niño sujeto a la administración de justicia ha preocupado a las Naciones Unidas desde hace más de treinta años. El primer instrumento internacional en cuyas cláusulas se establecieron normas relativas a la justicia de menores fue el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado en Colombia por la Ley 74 de 1968. Este instrumento prohíbe condenar a muerte a los menores de 18 años (art. 6, párr. 5), ordena que los menores procesados estén separados de los adultos y sean llevados con la mayor celeridad posible ante los tribunales de justicia (art. 10, párr. 2, inciso b)), garantiza al acusado menor de edad los mismos derechos que a los demás acusados (art. 14, párr. 1),

y exige a los Estados Partes que al enjuiciar a los menores tengan en cuenta su edad y la importancia de estimular su rehabilitación social (art. 14, párr. 4).

Más tarde, hace ya trece años, después de una década de trabajos preparatorios, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas aprobó por unanimidad la Convención Internacional sobre Derechos del Niño, aprobada por el Congreso de Colombia mediante la Ley 12 de 1991. Esta Convención se inspira en el reconocimiento de que la infancia tiene derecho a cuidado y asistencia especiales, y en la convicción de que la familia —como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros— debe recibir la protección y la asistencia necesarias para la asunción de sus responsabilidades.

En su informe del año 2001 sobre Colombia, la Alta Comisionada reiteró al Estado colombiano “su recomendación de armonizar el Código del Menor con lo establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño, incluyendo lo relativo al tratamiento de los menores infractores”[4]. Colombia, como Estado Parte de la citada Convención, se ha obligado a respetar los derechos enunciados en ella y a asegurar, sin distinciones discriminatorias, la aplicación de sus normas a cada niño sujeto a su jurisdicción. Por consiguiente, el Estado colombiano tiene el compromiso internacional de reconocer la existencia de los bienes jurídicos enunciados en ese instrumento, de adoptar los mecanismos que los hagan efectivos, de identificar las situaciones y los elementos que obstaculicen su cabal vigencia, de prevenir su desconocimiento y su violación, y de establecer recursos para obtener la guarda judicial inmediata de los mismos cuando ellos sean vulnerados o amenazados. Si ello es así, pesa sobre el Estado colombiano la obligación de hacer compatible su legislación interna con las estipulaciones convencionales.

Un sistema de responsabilidad penal juvenil debe, necesariamente, estar inspirado en las normas de la Convención de 1989, en los postulados del garantismo penal y en las proposiciones del derecho penal mínimo. Sólo apoyándose en este triple fundamento podrá tal sistema responder a las exigencias de justicia y de libertad que plantea el modelo normativo propio del Estado de Derecho, entre cuyos principios a favor del niño figura, en primer término, el principio de la protección integral.

Un sistema de responsabilidad juvenil diseñado y aplicado a la luz del principio de la protección integral debe establecer:

1. El reconocimiento del derecho a la igualdad ante la ley, traducido en la aceptación efectiva de que al niño le corresponden, en su plenitud, los mismos derechos, libertades y garantías fundamentales que la Constitución y las leyes reconocen a los miembros de la

población adulta.

2. El reconocimiento del derecho a la integridad personal, expresado por la prohibición absoluta de la tortura y de los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.
3. El reconocimiento del derecho a interponer un recurso efectivo para la protección judicial inmediata en caso de violación de los derechos y libertades del niño.
4. La exclusión del sistema de responsabilidad penal juvenil de toda persona menor de 12 años.
5. El señalamiento de que los niños cuyas edades oscilen entre los 12 y los 18 años sólo podrán ser sometidos a medidas de carácter socio-educativo que únicamente en casos excepcionales y extremos implicarán la privación de la libertad.
6. La consagración expresa de los principios de legalidad, del acto, de taxatividad, de lesividad, de prohibición de la retroactividad, de exclusión de la analogía, de igualdad ante la ley penal, de la cosa juzgada, del conocimiento de la ley, del juez natural y de la teleología de las sanciones penales.

Desdichadamente, al examinar los informes de los Estados Partes en la Convención de 1989 el Comité de Derechos del Niño ha observado muchas realidades inquietantes relacionadas con la observancia del principio de la protección integral. Entre ellas son de mencionar[5]:

1. El hecho de que en muchos países la legislación penal no es enteramente compatible con las disposiciones y principios de la Convención.
2. La inexistencia o el número insuficiente de tribunales de menores y de jueces, psicólogos, agentes de libertad vigilada y trabajadores sociales especializados en menores.
3. La persistencia de actitudes discriminatorias contra algunos grupos de niños sujetos a la administración de justicia, incluidos los miembros de grupos indígenas o minoritarios, los pobres y los que han abandonado el sistema educativo.
4. La inexistencia o la insuficiencia de mecanismos para recopilar datos desagregados (por ejemplo, por edad, sexo, origen, etc.) sobre los niños en conflicto con la justicia, como el referente al número de capturados, o puestos a disposición judicial, o en detención.
5. La temprana edad mínima de responsabilidad penal.

6. La temprana mayoría de edad para la responsabilidad penal, que hace viable la posibilidad de juzgar en tribunales ordinarios para adultos a personas menores de 18 años.
7. El hecho de que la aprehensión, la detención y el encarcelamiento de los niños no se consideren, sistemáticamente y de modo exclusivo, como último recurso, haciéndolos en todo caso lo más breve posible.
8. Las escasas medidas de protección de los niños en conflicto con la justicia contra la amenaza de tortura o de otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, y el hecho de que en muchos países se haya constatado la existencia de estas violaciones de los derechos del niño.
9. Las malas condiciones de detención, como el hacinamiento y las pésimas condiciones higiénicas.
10. El hecho de que en las cárceles de muchos países no se separe a los niños de los adultos.
11. El abuso de la detención preventiva, decretada a menudo para largos períodos, y las condiciones de la misma.
12. El tiempo que tardan los tribunales en dictar sus fallos y la incapacidad de dictar decisiones rápidas.
13. El escaso respeto del derecho a impugnar la legalidad de la privación de la libertad.
14. La insuficiencia de la protección jurídica y de los recursos humanos y económicos asignados a la recuperación física y psicológica y a la reinserción social de los niños que hayan infringido la legislación penal.

Las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil —o Directrices de Riad—, adoptadas y proclamadas por la Asamblea General de la ONU en su Resolución 45/112 de 14 de diciembre de 1990, han establecido cinco principios básicos sobre legislación y administración de la justicia de menores[6]:

1. Los gobiernos deberán promulgar y aprobar leyes y procedimientos especiales para fomentar y proteger los derechos y el bienestar de todos los jóvenes.
2. Deberán promulgarse y aplicarse leyes que prohíban la victimización, los malos tratos y la explotación de los niños y jóvenes, así como su utilización para actividades delictivas.

3. Debería considerarse la posibilidad de establecer un puesto de mediador o un órgano análogo independiente para los jóvenes, que garantice el respeto de su condición jurídica, sus derechos y sus intereses, así como la posibilidad de remitir los casos a los servicios disponibles. El mediador u otro órgano designado supervisaría, además, la aplicación de las Directrices de Riad, las Reglas de Beijing y las Reglas para la protección de los menores privados de la libertad. El mediador u otro órgano publicaría periódicamente un informe sobre los progresos alcanzados y las dificultades encontradas en el proceso de aplicación. Se deberían establecer también servicios de defensa jurídica del niño.

4. Deberá capacitarse personal de ambos sexos encargado de hacer cumplir la ley y de otras funciones pertinentes para que pueda atender a las necesidades especiales de los jóvenes. Ese personal deberá estar al corriente de los programas y posibilidades de remisión a otros servicios, y recurrir a ellos en la medida de lo posible, con el fin de sustraer a los jóvenes del sistema de justicia penal.

5. 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 drogas.

Las Naciones Unidas observan con preocupación el que los niños privados de la libertad:

- Sean tratados en forma inhumana o irrespetuosa, o sin tener en cuenta las necesidades de las personas de su edad.
- Sean sometidos a detenciones cuya imposición viola la regla según la cual el encarcelamiento de los menores se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda.
- No tengan pronto acceso a la asistencia jurídica o a otra asistencia adecuada.
- Carezcan del derecho a impugnar la legalidad de su detención ante una autoridad judicial distinta de aquella que ordenó su reclusión.

Las Naciones Unidas miran también con preocupación el hecho de que en ciertos documentos oficiales se haga hoy referencia a la figura del "menor delincuente de alta peligrosidad", pues el empleo de tal categoría quebranta los principios establecidos en las Directrices de Riad. En sus comunicaciones a las autoridades colombianas la Oficina ha puesto de presente que en el Estado de Derecho ni las funciones policivas ni las funciones judiciales pueden desarrollarse con fundamento ni en la peligrosidad ni en la sospecha. Si hoy resulta inadmisibles que el Estado asuma con respecto a los niños una actitud tutelar y

paternalista, poniéndolos en un plano de inferioridad jurídica frente a los demás miembros de la sociedad, mucho menos aceptable es que la autoridad pública pretenda aplicar a los menores un sistema de control social autoritario, inspirado en las ideas de aquellos que juzgan al hombre por el diámetro de su cráneo o por la morfología de sus cromosomas.

La Oficina comparte la opinión de la Defensoría del Pueblo en el sentido de que “un sistema penal juvenil (...) debe atender a una política social cuyo énfasis sea la prevención y en mínima medida sea necesaria la intervención del sistema de justicia”[7]. Sólo así podremos afirmar que se ha dado la plena y sustancial adecuación del orden jurídico interno colombiano al instrumento internacional aprobado por la Ley 12 de 1991.

Sin duda en los umbrales del siglo XXI todas las personas comprometidas con la causa de los derechos humanos saben muy bien que hoy el mundo necesita no a los que el profesor Guillermo Enrique Friele ha llamado, con cierto humor negro, “los salvadores del niño” —los inventores de la nefasta doctrina de la situación irregular—, sino a los “defensores del niño”: a hombres y mujeres que desde el Estado y desde la sociedad civil luchan, a la vez, contra la hipocresía del retribucionismo y contra la santa simplicidad del paternalismo. Como lo ha escrito un experto en el tema, la construcción democrática de un sistema de responsabilidad penal juvenil “conlleva el desafío de superar el binomio arbitrariedad-impunidad, que caracteriza los viejos sistemas de la justicia de menores, sustituyéndolo por el binomio severidad con justicia, que debería caracterizar una visión garantista de la administración de un nuevo tipo de justicia para la infancia y la adolescencia”[8].

Bogotá, D.C., 15 de Noviembre de 2002

---

[1] CASTRO CAYCEDO, José Fernando, Cuatro años por los derechos humanos, y la paz. VII Informe anual del Ciudadano Defensor del Pueblo al Congreso de la República 1999-2000, p. 225.

[2] Ver NACIONES UNIDAS, CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, Doc. E/CN.4/2001/15 de 20 de marzo de 2001, párrs. 130-134 y 168-172.

[3] Ver NACIONES UNIDAS, CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, Reunión de un grupo de expertos sobre niños y menores detenidos: aplicación de las normas de derechos humanos, Informe presentado por el Secretario General en aplicación de la Resolución 1993/80 de la Comisión de Derechos humanos. Doc. E/CN.4/1995/100, de 16 de noviembre de 1994, párr. 15.

[4] NACIONES UNIDAS, CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, Doc. E/CN.4/2001/15 de 20 de marzo de 2001, párr. 287.

[5] NACIONES UNIDAS, CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, Los derechos humanos en la administración de justicia, en particular la de los niños y menores detenidos. Informe del Secretario General, Doc. E/CN.4/2002/63. párr. 20.

[6] Ver NACIONES UNIDAS, CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil, párrs. 52-59.

[7] DEFENSORÍA DEL PUEBLO, La niñez y sus derechos, Boletín No. 6, junio de 2000, p. 6.

[8] GARCÍA MÉNDEZ, Emilio, "Bases para la construcción de un sistema de responsabilidad penal juvenil" en Revista Judicial, Buenos Aires, 2002.