

Mariela Vargas Prentt
Docente Investigadora
Especialista en Derecho Penal
y Criminología
Ex Conjuez Tribunal Superior
del Distrito Judicial de Barranquilla,
Sala Penal.

Breve estudio de la Nueva Ley de la Infancia y la Adolescencia

Recibido: 25/11/06

Aceptado: 14/12/06

PALABRAS CLAVE

Adolescentes, atención,
co-responsabilidad, cuidado,
interés superior, niñas, niños,
prevalencia, protección integral.

RESUMEN: La protección de la infancia y de la adolescencia es un compromiso de la comunidad mundial. En Colombia se destaca la nueva Ley 1098 del 8 de noviembre de 2006, mediante la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia, cuyo objeto es “establecer normas sustantivas y procesales para la protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes, garantizarles 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 se hará obligación de la familia, la sociedad y el Estado”. Es necesario su promulgación y divulgación en toda la comunidad académica, para que las personas que la integran sirvan de gestores de los nuevos avances formativos, lográndose su socialización, su conocimiento y lo más importante, su efectividad, pues todos somos co-responsables del cumplimiento de los derechos y garantías de sus destinatarios.

KEY WORDS

Adolescents, assistance,
joint responsibility, care,
upper interest, children,
prevailing, integrated assistance.

ABSTRACT: The Childhood and Adolescence protection are a compromise of world community. In Colombia the New Law 1098 of november 8/2006 is stood out, through this law the Childhood and Adolescence code is issued, and its objective is “establish substantive and procedural laws to the integrated assistance of children and adolescents, to guarantee them the exercise of their rights and liberties vested on the International Human Rights Tools, on the Political Constitution and the laws, as well as their reestablishment. Aforementioned guarantee and protection will be an obligation of family, society and the state”. This law promulgation and dissemination in all the academic community is necessary, to the people that integrated it, could serve as solicitors of new formatives advances, and then achieve its socializing, knowledge, and the most important, its effectiveness, because we are all responsible of application of beneficiaries' rights and guarantees.

Introducción

Surge en el firmamento jurídico colombiano la necesidad de poner a tono la obsoleta legislación del menor, consagrada en el Decreto Ley 2737 de 1989 con las nuevas tendencias jurídico-sociales de reconocimiento y protección integral de la infancia y la adolescencia a la luz de las leyes que ratifican los derechos de la niñez consagrados en la Ley 12 de 1991 por la cual se ratifica la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño; la Ley 173 de 1994, que ratificó el Convenio Internacional sobre aspectos civiles del secuestro de niños; la Ley 515 de 1999 que aprobó el Convenio 138 de la OIT sobre la edad mínima para la admisión en el empleo; la Ley 620 de 2000, que aprobó la Convención Interamericana sobre la Restitución Internacional de Menores; Ley 704 de 2000, por la cual se ratifica el Convenio 182 de la Organización Internacional del Trabajo; Ley 765 de 2002, por la cual se aprueba el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización

de niños en la pornografía, entre otras, concordante con los artículos 93 y 94 de la Constitución Política de Colombia.

Lo anunciado en absoluta armonía con lo dispuesto en los artículos 44, 45 y 50 de la Carta Política de 1991, que permitió la consolidación de un nuevo paradigma jurídico-social que reconoce a los niños, niñas y adolescentes como visibles sujetos de derechos, al cumplimiento y la garantía de los mismos, a la prevención de su amenaza y vulneración y a la seguridad de su restablecimiento inmediato en desarrollo del Principio del Interés Superior.

La orientación de la nueva Ley 1098 de 2006, gira alrededor de la protección integral: la prevalencia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, la co-responsabilidad, la exigibilidad de tales derechos, la perspectiva de género, la participación, las normas de orden público, la responsabilidad estatal, social y familiar.

Génesis

El año 2002 fue el punto de partida de lo que es hoy la Ley 1098 del 8 de

noviembre de 2006, pues comenzaron a formarse grupos de estudiosos, que a su vez integraban entidades gubernamentales y del Ministerio Público, que fueron respaldados por entes no gubernamentales, nacionales e internacionales. Todos unieron esfuerzos para de manera conjunta formular un proyecto de ley integral para la infancia y la adolescencia en Colombia.

Lo anterior buscaba poner a tono el obsoleto Código del Menor de 1989 con los Instrumentos Internacionales de los Derechos del Niño, Pactos Internacionales de Derechos Humanos y, principalmente con los mandatos de la parte dogmática de la Constitución de 1991, alusivos al respeto, a la dignidad de las personas, el Derecho a la Igualdad y el reconocimiento excelso de los derechos de la familia y los niños, niñas y adolescentes, como sujetos destacados en el ámbito socio-jurídico contemporáneo, conformándose la denominada “Alianza por la Niñez Colombiana”, que junto con un grupo de legisladores comenzaron su tarea, desde el año 2003 que buscaba unificar

todo lo relacionado con la reforma integral del aludido código.

Todo esto fructificó en el proyecto de Ley 032 de 2004, que giraba alrededor del reconocimiento de los Principio del Interés Superior de los Niños, Niñas y Adolescentes y de la Prevalencia de sus Derechos; unos y otros globalizados y plasmados en las legislaciones civiles, penales y administrativas del planeta.

No obstante que dicho proyecto tuvo una ponencia favorable en la Comisión Primera del Senado, en su primer debate fue retirado por sus ponentes, por estimarse que no contaban con el tiempo suficiente para tramitarlo como ley estatutaria, bajo el compromiso de presentarlo nuevamente en la próxima legislatura.

El compromiso se cumplió, de ahí que sus mentores y ponentes concertados con la “Alianza por la Niñez Colombiana” y los entes gubernamentales nacionales e internacionales citados conformaron e integraron varias mesas de estudio por áreas temáticas, presentándose a la Cámara de Representantes un nuevo proyecto de ley radicado con

el número 085 del 17 de agosto de 2005, debidamente respaldado por el Procurador General de la Nación, el Defensor del Pueblo, 40 Representantes a la Cámara y 5 Senadores.

Surtidos los trámites constitucionales del caso, el día 8 de noviembre del año 2006, fue sancionada la Ley 1098. El código entró a regir 6 meses después de su promulgación con excepción del sistema de responsabilidad penal para adolescentes, se implementará de manera gradual en el territorio nacional, empezando el 1° de enero de 2007 hasta el 31 de diciembre de 2009.

El cuadro socio-político que enmarca la novedosa ley son las escalofrantes estadísticas que por sí solas justifican el cambio, en palabras de Beatriz Linares Cantillo y Pedro Quijano, OIM, destacan el estado de postración, de desamparo e indiferencia en que se encontraban nuestros niños, niñas y adolescentes; de tal manera señalan:

No solo la obsolescencia del viejo Código del Menor sino la realidad socio-jurídica de Colombia lo justifica:

- 2,8 millones de niños y niñas fuera del sistema educativo.

- 20% de analfabetismo.
- 9 niños y niñas muertos en forma violenta en promedio diario.
- 14 mil niños y niñas víctimas de delitos sexuales.
- Más de 11 mil niños y niñas maltratados en su espacio familiar promedio por año.
- 2,7 millones explotados laboralmente.
- Más de 2,5 millones de niños y niñas que viven en situación de miseria e indigencia.
- Cerca de 100 mil que crecen en las instituciones de protección por abandono o peligro.
- Más de 10 mil niños y niñas utilizados y reclutados por grupos armados al margen de la ley.
- Más de 18 mil adolescentes infractores de la ley penal.
- Cerca de 15 millones de niños, niñas y adolescentes sin una legislación que garantice de manera efectiva y eficaz sus derechos fundamentales.¹

Comentarios a la Ley 1098 de 2006

En su libro Primero, dicha ley

pregona la Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes; ello se traduce en:

- El reconocimiento de estos como sujetos de derecho.
- La garantía del cumplimiento de tales derechos.
- La prevención de su amenaza o vulneración.
- La seguridad de su restablecimiento inmediato en desarrollo del PRINCIPIO DE INTERÉS SUPERIOR.

¿Cómo se materializa dicha protección integral?

Con el conjunto de políticas, planes, programas, acciones que se ejecutan en el ámbito nacional, departamental, distrital y municipal, con la correspondiente asignación de recursos financieros y humanos.

Principios que rigen la Ley de la Infancia y la Adolescencia

La Ley 1098 de 2006 se estructura bajo el concepto de PROTECCIÓN INTEGRAL, entendido como el reconocimiento como sujetos de derecho de niñas, niños y adolescentes, el cumplimiento y garantías de los

mismos, la prevención de su amenaza o vulneración y la seguridad de su restablecimiento inmediato en desarrollo del PRINCIPIO DE INTERÉS SUPERIOR.

Principios básicos que lo orientan:

- PRINCIPIO DE INTERÉS SUPERIOR. Es el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes.
- PRINCIPIO DE PREVALENCIA DE DERECHOS. En todo acto, decisión o medida administrativa o judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, las niñas y los adolescentes, prevalecerán los derechos de estos, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona.
- EL PRINCIPIO DE CO-RESPONSABILIDAD. Establece la participación activa de los tres estamentos, Estado, sociedad y familia, sin interferencias ni exenciones de responsabilidades.

¿Qué contiene la Nueva Ley de la Infancia y la Adolescencia?

Contiene la definición de principios, el alcance y contenido de los derechos y libertades, el procedimiento aplicable administrativo y judicial, las autoridades competentes, la responsabilidad penal para adolescentes y los principios relativos a la atención de niños y niñas víctimas de delitos.

Además contiene un libro relativo a las políticas públicas que deben diseñarse y ejecutarse para prevenir, garantizar y restablecer los derechos de los niños y las niñas en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal, como las reglas que rigen el Sistema Nacional de Bienestar

Familiar y las normas sobre inspección, vigilancia y control.

La ley contiene tres libros así:

- Libro primero: la protección integral de niños, niñas y adolescentes,
- Libro segundo: sistema de responsabilidad penal para adolescentes y procedimientos especiales para cuando los niños, las niñas o los adolescentes son víctimas de delitos, y
- Libro tercero: Sistema Nacional de Bienestar Familiar, políticas públicas e inspección vigilancia y control.

La Ley 1098 de 2006, derogó al Código del Menor (Ley Decreto 2737 del 27 de noviembre de 1989), y trajo consigo un cambio paradigmático que comprende lo siguiente:

La situación irregular	La protección integral
Surge al mundo jurídico con las primeras legislaciones sobre menores en 1920 para regular los problemas de menores pobres, abandonados o con conductas desviadas, a quienes se debe internar en instituciones.	Surge al mundo jurídico en 1989 como resultado de un consenso universal que reconoce a los niños y niñas como personas autónomas con derechos y responsabilidades.
Esta teoría reconoce <i>la existencia de problemáticas sociales</i> y no de derechos, es decir que se sustenta en el reconocimiento de situaciones llamadas irregulares o de problemas en los que los menores se ven involucrados. Esta perspectiva protege al menor con problemas.	Reconoce la <i>titularidad de los derechos humanos de niños y niñas</i> y no los problemas. Se soporta en el reconocimiento de derechos que deben ser protegidos y garantizados de manera integral. Protege a todos los niños y niñas y en especial a quienes les han sido vulnerados sus derechos.

La situación irregular	La protección integral
<p>Denomina a la población por debajo de 18 años con el término <i>menores</i>, para significar que son apéndices dependientes de los padres o del Estado. Que se deben proteger cuando son objeto de violencia, de explotación, de abandono o de pobreza, y para significar su minusvalía, dependencia o incapacidad.</p>	<p>Proscribe el término menor para dar paso al concepto de <i>niño</i> como persona autónoma, independiente a quien se debe proteger de manera integral mediante la garantía de todos y cada uno de sus derechos, reconocidos en los instrumentos jurídicos internacionales de derechos humanos generales y específicos.</p>
<p>Cuando presentan conductas desviadas como la delincuencia y además son pobres o abandonados, deben ser institucionalizados para protegerlos, ya que son calificados como inimputables, aún cuando el proceso que los juzga por comisión de delitos no es penal sino tutorial por lo que está ausente el debido proceso y quedan al arbitrio y discrecionalidad de autoridades judiciales y administrativas. Confunde la delincuencia con la pobreza, es decir, se los priva de libertad, es decir, los interna para protegerlos porque son pobres o abandonados.</p>	<p>Cuando son responsables de cometer delitos consagrados en las leyes penales deben ser investigados y juzgados por autoridades judiciales competentes para garantizar el ejercicio de su derecho a un debido proceso, y deben ser reprochados de acuerdo con su grado de desarrollo. La privación de libertad, es una medida excepcional que solo se aplica de acuerdo con criterios objetivos para sancionar al niño o niña por la gravedad de un hecho cometido.</p>
<p>No contiene dispositivos de políticas sociales o de prevención, solo contiene medidas para atender los problemas que se dan.</p>	<p>Dispone la obligación de generar políticas sociales básicas para garantizar los derechos de los niños, prevenir su amenaza o vulneración y de políticas públicas nacionales, regionales y locales que garanticen la inversión social de los recursos del Estado.</p> <p>La responsabilidad de la protección de los niños y niñas es solidaria, conjunta y simultánea: “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”. Artículo 44 Constitución Política de Colombia.</p>
<p>Los derechos de los menores están integrados y diluidos en los de los padres o los de la familia, no son personas autónomas sino dependientes.</p>	<p>Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás. Son personas autónomas, titulares de derechos generales y específicos que prevalecen.*</p>

* Cuadro comparativo tomado de Nueva Ley para la Infancia y la Adolescencia en Colombia. Por Beatriz Linares Cantillo y Pedro Quijano (OIM –Organización Internacional para las Migraciones–), Alianza por la Niñez.

Conclusiones

- La ley contiene muchas innovaciones en cuanto a los derechos y garantías consagradas para la protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes, las que solamente se tenían en cuenta para todas las personas en general y no en particular, como se hallan previstas en los tratados internacionales de Derechos Humanos debidamente ratificados por Colombia.
- Reconoce la calidad de sujetos de derecho y garantías a los niños, niñas y adolescentes, cuya materialización corresponde al Estado, a la sociedad y a la familia en desarrollo de los Principios de Interés Superior, Co-responsabilidad y Prevalencia, hasta el punto que se implementó un capítulo de políticas públicas para la infancia y la adolescencia, las cuales tendrán como responsable al Presidente de la República, a los Gobernadores y a los Alcaldes sin posibilidad alguna de delegar su responsabilidad, pues el Estado y sus agentes tienen la responsabilidad inexcusable de actuar oportunamente para garantizar la realización, protección y el restablecimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Comprometió a la familia, a la sociedad y al Estado como corresponsables en su atención, cuidado y protección.
- Plasmó el reconocimiento de las diferencias sociales, biológicas y psicológicas en las relaciones entre las personas, según el sexo, la edad, la etnia y el rol que desempeñan en la familia y en el grupo social. En una palabra, entronizó la perspectiva de género.
- No solamente se garantizaron los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes sino se previno su vulneración o amenaza mediante medidas de protección y programas de atención especializada para restablecer los derechos en la eventualidad de que sean vulnerados.
- Creó el Sistema Nacional de Bienestar Familiar, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal. En una palabra, en la nueva ley los niños, las

niñas y los adolescentes no serán responsabilidad exclusiva del Instituto de Bienestar Familiar sino de todas las autoridades con prioridad oficial y en particular por la sociedad y la familia.

- Endureció las penas mediante circunstancias de agravación punitiva al tenor del artículo 200 de la Ley 1098 de 2006, que modificó el artículo 119 de la Ley 599 de 2000 (Código Penal vigente), cuando la víctima fuera un niño, una niña o un adolescente.

Existe preocupación por un sector de estudiosos de la novel ley, alusivo a que esta no contiene ninguna explícita exoneración de la responsabilidad penal juvenil de niños y niñas vinculados al conflicto armado, no obstante, que los Pactos Internacionales los vinculan como víctimas del reclutamiento forzado para la militancia en grupos al margen de la ley. De igual manera se ha dicho que:

“La única disposición que alude al tema de los niños y niñas vinculados al conflicto armado es el artículo

175, en el cual se señala que estos podrán ser objeto de aplicación del Principio de Oportunidad—actuación procesal de la Fiscalía donde esta decide cesar la persecución penal por la comisión de un delito—, el cual no es obligatorio para la Fiscalía, pues cada funcionario es discrecional para hacerlo...

Adicionalmente, el nuevo Código no toma en cuenta uno de los tratados internacionales de Derechos Humanos de la Infancia de mayor relevancia en contextos como el colombiano: el Convenio 182 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre las peores formas de trabajo infantil.

Según dicho Convenio, la participación de niños y niñas en cualquier momento de la fase productiva de drogas consideradas ilícitas es una de las peores formas de trabajo infantil. No obstante, según la norma aprobada, cuando un niño o niña sea procesado por delitos relativos al tráfico de drogas, deberá recibir una pena privativa de la libertad”.²

- Proscribió figuras consagradas en

la legislación ordinaria cuando la víctima de delitos sea un infante o un adolescente, implementando la detención preventiva para estos casos, aboliendo la aplicación del Principio de Oportunidad, condena de ejecución condicional, salvo que aparezca demostrado que fueron indemnizados, asimismo eliminó los beneficios de la detención y la prisión domiciliaria, libertad provisional, condena de ejecución condicional, cuando las víctimas fueren niños, niñas o adolescentes, etc. Todo bajo el influjo del Principio de Interés Superior y de Prevalencia de los Derechos Fundamentales ya mencionados.

- Finalmente se debe decir que cambió el paradigma de la situación irregular del menor por problemas de pobreza, abandono o conductas desviadas, a quien se debía internar en instituciones del Estado, por el nuevo consenso universal que reconoce a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos y de garantías, la satisfacción integral y simultánea de los mismos prevalentes e interdependientes (Protección Integral).

No obstante, lo anterior, sigue la transición de la aplicación e implementación efectiva de la nueva ley y solo nos queda mostrarnos optimistas, que no escépticos frente a la realidad socio-política colombiana.

Hasta el momento, si se han dado cambios, son muy imperceptibles, pues sigue siendo un lugar común en Colombia los niños en los semáforos, la explotación de los mismos por adultos que los someten a la mendicidad, a la prostitución y a la pornografía; el reclutamiento de estos de manera forzada en los grupos al margen de la ley; en los pueblos, inclusive en las ciudades sigue la deserción escolar, colegios y escuelas públicas sin implementación logística; los recortes presupuestales para la educación pública, son ejemplos ilustrativos de lo acotado. Ojalá la Ley 1098 de 2006, se convierta en una ley materializada en el contexto socio-político colombiano y no en una mera normatividad de papel. Solo nos queda esperar hasta el 31 de diciembre de 2009, y días sucesivos, para comprobar la auténtica realidad de los niños, niñas y adolescentes colombianos.

Bibliografía

Código del Menor, Decreto Ley 2737 de 1989.

<http://www.comunidadessegura.org/?q=es/node/31268>, 21 de marzo de 2007.

http://www.scp.com.co/BancoMedios/Documentos%20PDF/LIA_beatriz_linares.pdf, 28 de septiembre de 2007.

Ley 1098 de 2006, *Código de la Infancia y la Adolescencia*.

Notas

1. Cfr. http://www.scp.com.co/BancoMedios/Documentos%20PDF/LIA_beatriz_linares.pdf
2. <http://www.comunidadessegura.org/?q=es/node/31268>