

# Análisis de la prohibición de la justicia consensuada en el proceso penal de infancia y adolescencia

Analysis of the prohibition of consensus justice in the criminal process of children and adolescence  
Análise da proibição da justiça consensual no processo penal de crianças e adolescentes

DOI: <https://doi.org/10.21803/penamer.17.35.762>

**Dana Vanesa Archila Miranda**

<https://orcid.org/0009-0001-6186-0026>

Abogada, Universidad Libre de Colombia,  
Bogotá D.C., danavanesa\_96@hotmail.com

**Juan Roberto Martínez Gómez**

<https://orcid.org/0009-0006-0917-6928>

Abogado, Especialista en Derecho Penal,  
Universidad Libre de Colombia, Bogotá D.C.,  
E-mail: [juan.martinezg@fiscalia.gov.co](mailto:juan.martinezg@fiscalia.gov.co)

## Resumen

**Introducción:** La presente investigación hace un estudio acerca de la injerencia que tiene la prohibición dada por la Ley 1098 de 2006 para celebrar preacuerdos respecto de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes, no solo desde el reconocimiento constitucional, sino también de los derechos consagrados en los instrumentos internacionales que reconocen derechos humanos. **Objetivo:** identificar en qué medida la configuración jurídica dada por la Ley 1098 de 2006 en su artículo 157 configura una violación a los derechos fundamentales y preceptos constitucionales de los procesados en temas de justicia consensuada en el sistema penal para menores. **Metodología:** Es descriptiva y explicativa, por lo que los principales resultados permiten exponer que, si bien lo dado por la Ley 1098 de 2006 permite un nivel de garantía en materia de menores, resulta necesario replantear como la prohibición en tanto que configura un límite a la justicia consensuada. **Conclusión:** dicha prohibición afecta derechos como el debido proceso, la igualdad, las garantías judiciales y la prevalencia del interés superior del menor, por ello, conforme a la Corte Constitucional, se visualiza la necesidad de que Colombia realice una adecuación normativa en la que se revise la viabilidad de adecuar la figura de los preacuerdos dentro del sistema de responsabilidad penal para menores.

**Palabras clave:** Derecho penal; Derechos del niño; Derechos humanos; Justicia social; Libertad.

## Abstract

**Introduction:** The present research makes a study about the interference that the prohibition given by Law 1098 of 2006 to enter into pre-agreements has on the human rights of children and adolescents, not only from the constitutional recognition, but also from the rights enshrined in international instruments that recognize human rights. **Objective:** to identify to what extent the legal configuration given by Law 1098 of 2006 in its article 157 configures a violation of the fundamental rights and constitutional precepts of the accused in matters of consensual justice in the criminal system for minors. **Methodology:** It is descriptive and explanatory, so that the main results allow to expose that, although Law 1098 of 2006 allows a level of guarantee in matters of minors, it is necessary to rethink how the prohibition as it configures a limit to consensual justice. **Conclusion:** such prohibition affects rights such as due process, equality, judicial guarantees and the prevalence of the best interest of the minor, therefore, according to the Constitutional Court, it is necessary for Colombia to make a normative adjustment to review the feasibility of adapting the figure of pre-agreements within the system of criminal responsibility for minors.

**Keywords:** Criminal law; Children's rights; Human rights; Social justice; Freedom.

## ¿Cómo citar este artículo?

Archila D. y Martínez J. (2024). Analysis of the prohibition of consensus justice in the criminal process of children and adolescence. *Pensamiento Americano*, e#:762 17(35), DOI: <https://doi.org/10.21803/penamer.17.35.762>



## Resumo

**Introdução:** A presente pesquisa faz um estudo sobre a interferência que a vedação dada pela Lei 1098 de 2006 à celebração de pré-acordos tem sobre os direitos humanos de crianças e adolescentes, não só a partir do reconhecimento constitucional, mas também dos direitos consagrados em instrumentos internacionais que reconhecem os direitos humanos. **Objetivo:** identificar em que medida a configuração jurídica dada pela Lei 1098 de 2006 no artigo 157 constitui uma violação aos direitos fundamentais e aos preceitos constitucionais do acusado em matéria de justiça consensual no sistema penal para menores. **Metodologia:** é descritiva e explicativa, de modo que os principais resultados nos permitem expor que, embora as disposições da Lei 1098 de 2006 permitam um nível de garantia em termos de menores, é necessário repensar a proibição na medida em que constitui um limite à justiça consensual. **Conclusão:** essa proibição afeta direitos como o devido processo legal, a igualdade, as garantias judiciais e a prevalência do interesse superior do menor. Portanto, de acordo com a Corte Constitucional, é necessário que a Colômbia realize uma adaptação normativa na qual seja revisada a viabilidade de adaptar a figura dos pré-acordos dentro do sistema de responsabilidade penal para menores.

**Palavras-chave:** Direito penal; Direitos da criança; Direitos humanos; Justiça social; Liberdade.



## Introducción

En el Estado colombiano, tanto la Constitución Política de 1991 (en adelante Const.) como la jurisprudencia de la Corte Constitucional [en adelante C.C], han significado una base fundamental para la garantía de los derechos de los menores, lo que incluye niños, niñas y adolescentes [en adelante NNA]. De conformidad con el artículo 44 superior, los derechos de los NNA tienen mayor prevalencia en el orden jurídico que el de todos los demás, lo que va de la mano con el deber que tiene la sociedad, la familia y el Estado de asistir sus necesidades y protegerlos ante todo riesgo al que se puedan enfrentar.

Ante este proscenio, se deduce la importancia que tiene para el ordenamiento jurídico interno -pero también internacional- la protección de los derechos humanos (en adelante DDHH) de los NNA, caso en el cual no podrá ignorarse su protección especial ante cualquier ámbito. Esta cláusula permea incluso el escenario en el que el menor actúe como acusado, es decir, no solo como víctima sino también cuando aquel pudo haber sido participe de la comisión de un delito, de ahí que debiera el Estado expedir una legislación especial que regule su responsabilidad.

Es así como nace el llamado Código de la Infancia y la Adolescencia (en adelante CIA), cuyo fin principal fue el de brindar una garantía para la protección de los DDHH de los NNA, en miras a crear un ambiente de amparo y materialización de los derechos mínimos que tienen ellos frente a la familia y la sociedad, lo que va de la mano con el reconocimiento del derecho a la dignidad humana y la igualdad (Ley 1098, 2006, art.1).

En búsqueda de establecer normas procesales y sustantivas para la protección integral de los derechos de este grupo (Ley 1098, 2006, art.2), especialmente en el ámbito sancionador, se crea el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes [en adelante SRPA], el cual buscó establecer un conjunto de disposiciones, principios, autoridades y procedimientos idóneos para investigar y juzgar los delitos que hubiesen sido cometidos por personas entre los catorce (14) y dieciocho (18) años de edad (Ley 1098, 2006, art.139). Dicha ley significó un gran punto de partida para la materialización del interés superior del menor, debiendo juzgarse a estos de manera diferenciada al sistema de adultos penal como consecuencia de su estatus de protección especial.

Dicho sistema, de la mano con la justicia penal ordinaria, traen un nuevo componente que significó un gran cambio para el derecho sancionador colombiano, esto es, la justicia restaurativa -en adelante JR-. Según la Ley 1098 de 2006, el proceso en el que se vean inmersos los derechos de los NNA, deberá de revestirse de asegurar la verdad, la reparación de los perjuicios ocasionados con el delito y la garantía de una JR (Ley 1098, 2006, art.140). Aquello implica la aplicación de un mecanismo capaz de hacer cumplir el fin del proceso penal relacionado con la solución de del conflicto social que se genera con el punible, en miras a servir a la comunidad y cumplir los fines que pretende la ley penal (Daza, 2012).

De conformidad con Daza et al. (2020) teniendo en cuenta los límites que impone el DIDH, el DIH y el DPI, el principio de oportunidad, los preacuerdos y las negociaciones, deben entenderse como una regla general a aplicar en los procesos penales, lo que incluye la Justicia de Infancia y Adolescencia. De ahí que la aplicación de rebajas punitivas por aceptación de cargos pueda ser fácilmente aplicables a la hora de ejercer el *ius puniendi*, sin que medien argumentos suficientes en los delitos nacionales, transnacionales o internacionales para impedir su aplicación.

Ahora bien, pese a que esta ley estableció una serie de prerrogativas importantes a tener en cuenta para



la garantía de los derechos de los NNA, la misma enfrenta diferentes vicisitudes en relación con la garantía de quienes son procesados, es decir, los menores de edad enfrentados a este régimen de responsabilidad. En relación con el acápite anterior, pese a existir un acuerdo común en la posibilidad de aplicar prerrogativas por la aceptación de cargos, esta ley en concreto impide que se celebren acuerdos con la fiscalía y el imputado o acusado, lo que dificulta la protección y materialización de las garantías y derechos procesales del acusado, que en este caso se trata de NNA que comprenden el margen de edad entre 14 y 18 años.

Es por lo anterior que surge como pregunta problema objeto del presente artículo ¿en qué medida la configuración jurídica dada por la Ley 1098 de 2006 en su artículo 157 configura una violación a los derechos fundamentales y preceptos constitucionales de los procesados al limitar la justicia consensuada en el sistema penal para menores?

Es así que para el desarrollo formal de este escrito se expondrán tres (3) momentos a saber: el primero en el que se hablará de la naturaleza jurídica de la ley en relación con los preacuerdos dentro del SRPA, el segundo en el que se hablará de la posición de la C.C frente a la norma objeto de estudio y, finalmente, se concluirá con un análisis de las disposiciones constitucionales que se vulneran a raíz de la limitación de la justicia consensuada en el SRPA.

### 1.1. Metodología

La presente investigación adopta un enfoque metodológico de tipo descriptivo y explicativo. En cuanto al enfoque descriptivo, se buscó caracterizar la realidad e identificar los diferentes elementos que componen la justicia consensual dentro del proceso penal, con especial atención a los aspectos relacionados con la infancia y adolescencia. Este enfoque explicativo permite, además, establecer las causas y efectos de la aplicación de la figura objeto de estudio, reconociendo las razones, motivaciones e incluso la realidad de cómo la prohibición de los preacuerdos en ciertos casos de justicia penal juvenil puede resultar gravosa para el proceso y para el cumplimiento de los fines de la pena.

La investigación tiene un diseño cualitativo, lo que implica que el análisis de los datos se somete a un tratamiento lógico de juicios de valor. Para ello, se emplean enfoques basados en la normativa, la jurisprudencia y la doctrina, contrastando los fundamentos teóricos de la justicia consensual con el marco legal que establece su prohibición en los procesos penales relacionados con menores de edad.

Para la elaboración del escrito, se recurrió a diversas bases de datos académicas y científicas, tales como Google Académico, ResearchGate, ORCID y Scopus. A través de palabras clave, se identificaron artículos indexados, libros y trabajos de grado relacionados con la temática. Se realizó una preselección de treinta (30) documentos, los cuales fueron analizados para identificar argumentos e ideas que contrastaran y fortalecieran la posición planteada en el problema de investigación.



## 2. RESULTADOS

### 1.1. Posición jurídica del CIA en materia de preacuerdos

En palabras de Medina (2023) los preacuerdos, reconocidos así por el derecho penal vigente, son un

instrumento que permite crear consensos entre las personas expuestas a la persecución penal del Estado -indiciado, imputado- y las autoridades encargadas de acusar a este primero -Fiscalía-. Dicha figura no solo busca un fin último de sanción del delito, sino que también pretende la participación de los sujetos pasivos de la acción penal en la determinación de su responsabilidad penal, lo que propicia un ambiente de colaboración y administración pronta de justicia.

El preacuerdo debe comprenderse como una garantía de la que gozan los procesados, que permite que, ante casos de aceptación de cargos o colaboración con la justicia, se le ofrezcan determinadas garantías procesales en relación con la determinación final de la pena. Es así que esta figura permite un gana-gana, en el que la Fiscalía se ve beneficiada con la verdad y el conocimiento de pruebas o elementos para la acusación en el proceso, y el sujeto pasivo puede verse beneficiado por prerrogativas que le permitan disminuir la pena a la que inicialmente pudo verse expuesto, de ahí la importancia de la colaboración armónica entre las partes.

Dicha prerrogativa implica: i) que el imputado o acusado reconozca su responsabilidad penal, ii) que exista una base real probatoria y fáctica sobre el cual se dé la negociación; iii) la renuncia al juicio oral, público y contradictorio por parte del imputado o acusado, siempre y cuando renuncie a aquel de manera voluntaria, consiente, libre y debidamente informado y; iv) que se realice la debida disminución punitiva de conformidad con lo que se hubiese pactado en el acuerdo (Quintero, 2012). Es así que se presentan dos puntos esenciales en relación con el acuerdo, por una parte, la aceptación de cargos por parte de quien actúa como imputado o acusado y, por el otro, que se disminuya la pena inicial de conformidad con los términos pactados en el acuerdo. Para así proceder a la última audiencia en el que se lleve a cabo el respectivo juzgamiento.

Ahora bien, so pena de su aceptación dentro de la justicia penal ordinaria, en el SRPA acontece una situación adversa. Al tenor del artículo 157 en el SRPA no es procedente la celebración de preacuerdos entre el procesado y la fiscalía (Ley 1098, 2006, art.157, inc.1), ello implica que la garantía judicial que permite a los acusados o imputados en el proceso penal aceptar los cargos para beneficiarse de una disminución en la graduación punitiva, no es aplicable para los NNA que son procesados bajo dicho sistema, lo que en últimas puede poner en tela de juicio la protección del debido proceso y las garantías procesales de los menores en el SRPA.

Dicha situación supone una disyuntiva a nivel doctrinal, ya que mientras que se piensa prima facie que su prohibición es acorde con la protección de los DDHH de los menores, otro sector considera que su limitación en este sistema de responsabilidad penal ocasiona graves afectaciones a los derechos procesales de los procesados. En palabras de Daza et al. (2020) es absurdo pensar que del 100% de los casos que entran al SRPA, 100% de los casos criminales son llevados a juicio. En su concepto, esto no solo afecta los fines del Estado Social de Derecho [en adelante ESD] para la edificación de una solución del conflicto social generada por la conducta típica, sino que también ocasiona una grave afectación al equilibrio que debe coexistir entre la eficiencia de las estructuras del derecho penal y el respeto por los DDHH de quienes son procesados.

Por ende, pese a que la ley y la jurisprudencia defienden la existencia de esta disposición normativa, la misma enfrenta un palpable juicio de inconstitucionalidad, ya que puede poner en peligro derechos de los procesados, tratándose en estos casos no de cualquier persona, sino de sujetos que gozan de una protección especial ante el Estado como lo son los menores de edad. Bajo esta óptica, pese a que la figura existe y es constantemente aplicada en el sistema penal ordinario, los menores de edad no pueden verse beneficiados por dicha figura, lo que les inhibe de gozar de una garantía para la rebaja punitiva, lo que no les da otra solución más que el allanamiento -además de los mecanismos de JR- lo que los pone en desigualdad frente al



sistema penal para adultos, quienes cuentan con más prerrogativas para obtener una rebaja en la pena.

Por todo esto, la naturaleza jurídica que ha cobrado esta figura dentro de la Ley 1098 de 2006 se enfrenta a grandes incoherencias, toda vez que la prohibición de los preacuerdos podría terminar vulnerando el derecho de los NNA frente a los adultos. So pena de que la Const., la jurisprudencia y la ley -nacional e internacional- reconocen el interés superior y prevalente del menor, así como el principio básico del que gozan todas las personas a tener las mismas libertades, derechos y oportunidades -sin que medie ningún tipo de discriminación-, las mismas se ven en absoluto riesgo ante el artículo objeto de estudio, ya que no solo vulnera el derecho de defensa, sino también el debido proceso, así como la posibilidad de los menores a gozar de una prerrogativa que le permita obtener una decisión menos gravosa acorde con la figura aplicable a la justicia penal ordinaria (Serrano y Alfonso, 2013).

### **1.2. El derecho a celebrar preacuerdos en el proceso penal**

Los preacuerdos en el proceso penal colombiano hacen referencia a aquel consenso que se logra entre la fiscalía y la defensa, los cuales una vez sean satisfactorios, permitirán reducir la graduación punitiva a cambio de la confesión del imputado y la colaboración con la justicia. Dichos preacuerdos suelen darse en el marco de la investigación penal, siempre y cuando no se hubiese llegado al juicio.

Esta figura se convirtió en un sustento fundamental para el nuevo sistema penal colombiano de carácter acusatorio traído a partir del Acto Legislativo 03 de 2022, que permitió la transformación paradigmática de la anterior concepción procesal penal -ortodoxa e inquisitiva- que imperaba en Colombia, para innovar en el Estado con el sistema procesal acusatorio (Villanueva & Montenegro, 2019).

Con dicho sistema se logró implementar una justicia criminal de carácter humanizado, permitiendo con ello dejar de ver al indiciado como el objeto de la acción penal, para pasar a tomar el lugar de un elemento trascendental dentro del proceso -sujeto procesal-, y con ello priorizar sus derechos constitucionales y garantías procesales, en miras a convertir el proceso en un escenario de igualdad promotor de la justicia real y efectiva (Villanueva & Montenegro, 2019).

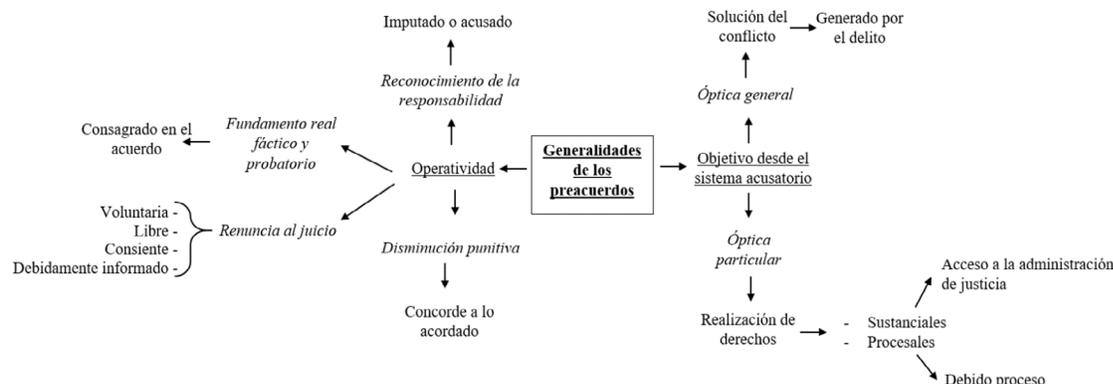
Es así como se da lugar a la Ley 906 de 2004 que dio lugar al Código de Procedimiento Penal [en adelante CPP]. Esta nueva normatividad trajo consigo importantes cambios en el derecho penal de Colombia, especialmente de cara a los fines del nuevo ESD nacido tras la Constituyente del 91. Ejemplo de ello fue que otorgó una dimensión bidimensional en cuanto a sus propósitos: i) una óptica general, en virtud del cual se busca solucionar el conflicto que genera el delito y ii) una óptica particular, con la cual se busca la materialización de los DDHH y garantías de las partes, como lo es la aproximación a la verdad, la realización de la justicia, el respeto de los derechos de las partes y, la flexibilización razonable y motivada de las normas -sustanciales o procesales- (Urbano, 2018).

Dichos fines tomaron principal relevancia con la entrada en vigor del CPP, que llegó a considerar como pilar fundamental del proceso penal el respeto hacia la dignidad humana, estableciendo en su artículo primero que todos los intervinientes dentro del proceso penal debían ser tratados con el debido respeto a la dignidad humana (Ley 906, 2004, art.1). A su vez, señaló que, de conformidad con el artículo 4, es deber de los operadores judiciales luchar por la efectividad de la igualdad de las partes en el proceso, otorgando una protección especial a aquellas personas que por diferentes condiciones se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, sin que ello implique un trato discriminatorio contra ninguno de los intervinientes (Ley 906, 2004, art.1).



Es en vista de este proceso humanizado que la nueva legislación penal buscó incluir diferentes figuras y herramientas necesarias para humanizar el proceso y garantizar los derechos de todos los intervinientes, destacándose principalmente los mecanismos de la JR. A su vez, los preacuerdos y negociaciones se erigieron como una forma de garantizar la verdad en el proceso, descongestionar los despachos y terminar anticipadamente los casos con ayuda del procesado, en miras a darle determinados beneficios cuando aquel colaborara voluntariamente en conseguir la verdad real.

**Figura 1.**  
Generalidades de los preacuerdos en la Ley 906 de 2004



Nota: realización propia

Los preacuerdos aparecieron entonces como una figura de justicia capaz de lograr la terminación pronta de los procesos penales -lo que implicó un gran avance para la descongestión judicial-. ya que desde el momento en que se logra la aceptación de cargos por parte del procesado a causa del acuerdo previo con la Fiscalía, el juez de conocimiento da legitimación al acuerdo y hace tránsito a cosa juzgada la situación fáctica del caso, dando como terminado anticipadamente el proceso, sin necesidad de llegar al juicio oral y de juzgamiento (Bohórquez & Magurno, 2020).

Es así como a raíz del CPP aparecen los llamados preacuerdos, que al tenor del artículo 350 puede darse con la formulación de imputación y antes de que se presente la acusación -bajo la salvedad de que podrán presentarse incluso después de presentada la acusación-, para efectos de que la defensa y la fiscalía lleguen a un acuerdo sobre los términos de la imputación a realizar, logrando con ello: i) que se elimine un cargo específico o alguna causal de agravación punitiva a la acusación y ii) que se tipifique la conducta de una manera específica de tal modo que se logre una disminución en la pena (Ley 906, 2006, art.350).

Es entonces que se impone dentro del proceso penal colombiano la posibilidad de celebrar preacuerdos con la fiscalía, buscando con ello: i) la humanización de los procesos penales y de la pena; ii) la obtención de la justicia de manera rápida y efectiva; iii) solucionar las pugnas sociales generadas por el delito; iv) la búsqueda por reparar integralmente los perjuicios causados por el delito; v) hacer que el procesado participe en la solución de su caso y; vi) dar mayor confianza a los ciudadanos sobre la administración de justicia (Ley 906, 2004, art.348).

No obstante, para que estos fines se cumplan y se pueda hablar de una verdadera cultura de los preacuerdos en el proceso penal, es menester que dichas finalidades se reflejen en el alcance, términos y aplicación

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons "Reconocimiento No Comercial Sin Obra Derivada".



de la figura, toda vez que la sola mención en el contenido del acuerdo no es suficiente para garantizar el cumplimiento de aquel deber.

Ahora bien, pese a que la celebración de preacuerdos se ha visto como un derecho primario del que gozan los imputados o acusados dentro de un proceso, el mismo se ha visto envuelto en una amplia polémica a causa de las limitaciones a las que se ha enfrentado en diferentes ocasiones, tratándose principalmente del SRPA. Por todo esto, resulta importante visibilizar el por qué la prohibición en la celebración de preacuerdos para el caso de la Ley 1098 de 2006 puede conllevar a un desconocimiento de los derechos de los intervinientes, así como de los mismos fines de la pena perseguidos por el nuevo sistema penal acusatorio de carácter humanizado.

### ***1.3. Fines de la pena en relación con la protección de los derechos de los procesados***

En un inicio, el derecho penal estuvo regido bajo un sistema estricto, vengativo y de castigo, cuya finalidad no era más que la de castigar a quien rompía la ley, sin importar el papel que allí jugaba la víctima. El enfoque del derecho penal no era el sujeto pasivo del delito, sino únicamente quien lo cometía, pues tenía el objetivo de condenar al desviado y con ello generar un ejemplo en la sociedad a partir del castigo que se imponía.

No obstante, el reconocimiento de los DDHH en el corpus iuris internacional e incluso nacional, los nuevos sistemas garantistas y de protección que tomaron un enfoque principalmente reparador, hicieron que en Colombia el nuevo sistema penal tomara un camino diferente, en el que las dinámicas procesales y la finalidad del proceso penal mutó hacia una vía de garantía y respeto por la verdad y la justicia.

De conformidad con la C.C el derecho penal actual propende por la realización de las normas de derecho sustancial, buscando no solo la sanción de los responsables y la absolución de quienes son inocentes, sino también la reparación de los perjuicios causados a causa del punible. En virtud de ello es que el sistema penal ha tomado un enfoque principalmente garantista, en el que propende por garantizar los DDHH de los intervinientes, ya sea de la víctima o del procesado (Sentencia T-556, 2002).

En palabras de Amado y Peña (2014) Colombia, al ser un ESD, tiene como principal objeto al individuo, lo que implica la realización de su dignidad humana como forma de materializar todos sus derechos dentro del ordenamiento jurídico, lo que implica que el Estado de Derechos, es decir, la legalidad, deba de pasar a un segundo plano. Con ello, se comprende que los fines del derecho giran en torno a la satisfacción de los intereses del individuo, puesto que la mera legalidad no es suficiente para brindar una protección debida de los derechos y libertades de los intervinientes. De ahí que se hable no solo de la sanción del responsable, sino también de la prevención del delito, la retribución justa y la resocialización del acusado.

No obstante, el derecho penal aún tiene una gran primacía hacia la legalidad desde la práctica, puesto que, pese a existir diferentes mecanismos especialistas en la garantía y realización de los derechos y libertades de los individuos, los mismos no han llegado a ser usados en debida forma por los funcionarios judiciales, llegando a ser mecanismos existentes en un papel, pero ausentes en su realización.

Por todo esto, es preciso recordar que el proceso penal busca tres (3) finalidades en concreto: i) obtener una decisión acerca de la sancionabilidad del imputado o procesado, que implica el deber estatal de averiguar si el imputado es responsable de haber cometido las conductas típicas que se le imputan y con ello



establecer las consecuencias jurídicas procedentes; ii) proteger los derechos fundamentales del procesado, como una forma de limitar el poder estatal de castigo y garantizar los DDHH de todos los intervinientes y iii) garantizar los derechos de quien ha sido dañado con el ilícito, que tiene que ver con el reconocimiento de los derechos de quien ha sido dañado por la conducta típica, procurando con ello garantizarse la verdad de lo acontecido y otorgar las respectivas reparaciones (Daza et al., 2020).

#### ***1.4. Criterios jurisprudenciales: acerca de la posición de la corte constitucional en materia del artículo 157.***

La C.C mediante sentencia C-281 de 2023, estudió la acción pública de inconstitucionalidad interpuesta en contra del artículo 157 de la CIA, por considerar el actor que la misma era incompatible con las disposiciones constitucionales previstas en los artículos 29 y 44 de la Const.

Según la demanda incoada, la prohibición de celebrar preacuerdos y negociaciones entre la defensa y la fiscalía en el marco del SRPA, es contraria al criterio que propende por la preservación y protección del interés prevaleciente y superior del menor, toda vez que pone en desigualdad a los NNA en materia de justicia premial, ya que les impide acceder a los beneficios que dicha figura trae como si lo permite para el sistema penal de adultos (Sentencia C-281, 2023).

Por ende, según se considera en la demanda, dicha disposición contraría el interés superior del menor, ya que les impide desarrollar debidamente su derecho de defensa y, por ende, del debido proceso. Así mismo, impide que los menores que actúan como imputados en un proceso de responsabilidad penal puedan definir su caso sin necesidad de agotar todas las etapas procesales y así evitar el desgaste judicial. Por último, dicha prohibición se considera que desconoce la JR que se ha convertido en un elemento integrante y parte importante del derecho penal, siendo un medio alternativo y complementario de la justicia ordinaria (Sentencia C-281, 2023).

Ahora bien, pese a lo anterior, al hacer la C.C un análisis de inconstitucionalidad de la norma, la misma termina decidiendo que dicho artículo debe ser considerado como exequible, toda vez que no vulnera las disposiciones constitucionales ni los derechos de los NNA. Por ende, la determinación de la Corte es que el artículo 157 mantenga su vigencia.

De conformidad con el análisis que realiza la C.C, a primera vista podría decirse que el permitir que los menores infractores se allanen a los cargos imputados, ya que cuentan con la capacidad necesaria y suficiente para hacerlo, y no permitirlo en relación con la aceptación de cargos -preacuerdos-, representa una discordancia evidente. No obstante, señala la C.C que esto tiene su razón de ser, ya que debe tenerse en cuenta dos situaciones en concreto: i) Que en seguimiento con el artículo 178 que regula el SRPA, el operador jurisdiccional tiene la facultad de modificar las medidas a imponer al menor de edad atendiendo a circunstancias individuales y las necesidades especiales del imputado. situación que, para la corte, resulta adversa a la naturaleza de los preacuerdos, ya que considera que dicha flexibilidad es incompatible con la excesiva rigidez que comprende a dicha figura de la justicia premial. rigidez que afecta el interés superior y prevalente del menor y ii) sin importar la modalidad del preacuerdo, quienes pactarían la sanción a imponer sería el menor y la fiscalía, caso en el cual, una vez aprobado por el juez, este no podrá apartarse de lo acordado en dicha figura, como si puede hacerlo cuando el menor simplemente acepta su responsabilidad (Sentencia C-281, 2023).

Bajo este entendido, para la C.C resulta incompatible el reconocimiento de la disposición que faculta al

juez a aplicar cierto nivel de flexibilidad en determinados casos para garantizar al menor una pena pedagógica, específica y diferenciada, con aquella que permite la realización de preacuerdos para lograr una rebaja de la pena. Según se deduce, al tener el preacuerdo la característica de que lo pactado obliga al juez a cumplirlo -salvo en casos donde visualice una vulneración injusta de los derechos de alguna de las partes-, ello implicaría que el juez no puede apartarse de lo que aquel contenga, lo que implica que, ante una eventual consideración de flexibilizar la pena, ya no podría hacerlo el juez por estar obligado a la rigidez del preacuerdo.

Por tal motivo, termina por decir el tribunal constitucional, que la naturaleza del preacuerdo que permite llegar a un consenso sobre la pena o la acusación es incompatible con las facultades discrecionales que tienen los jueces en relación con SRPA, toda vez que dichas facultades buscan convertirse en una carga flexible que permitiría al juez garantizar efectivamente el interés superior del menor y, con ello, la necesidad de su educación, resocialización y eventual reintegración social (Sentencia C-281, 2023).

### ***1.5. Aplicabilidad del control difuso de constitucionalidad***

En términos sencillos, el control difuso de constitucionalidad es aquel desarrollado por los jueces y autoridades públicas de un Estado, quienes al momento de aplicar una ley pueden elegir excluir su aplicación si consideran que en el caso en específico se presentan violaciones a los preceptos constitucionales. Ello no implica una arbitrariedad del funcionario judicial o administrativo en la interpretación de las leyes, ya que es de aclarar que para poder apartarse de su cumplimiento es deber de los jueces y autoridades motivar y expresar razonadamente las razones por las que se aparta de la aplicación de determinada ley, atendiendo a la interpretación constitucional.

Según el avance jurisprudencial de esta figura, no corresponde únicamente a los jueces la aplicación de este tipo de control, sino que el mismo puede ser aplicado por cualquier autoridad pública e incluso cualquier particular que tenga entre sus funciones la aplicación e interpretación de normas jurídicas. El mismo puede ser realizado ex officio o a petición de parte, siempre y cuando se evidencie que una disposición del orden interno contraría el contenido de la Const. (Sentencia C-122, 2011).

Ahora bien, abstenerse de aplicar una ley en ejercicio de este control no implica que la misma desaparezca del orden interno -pues esto corresponde al control concentrado de constitucionalidad-, sino que la misma continua su validez, ya que su inaplicación solo se hace cuando en un caso concreto se considera que su aplicación puede afectar los derechos constitucionales de los individuos (C-122, 2011). Este control nace entonces como un modo de garantizar la supremacía de la Const., que en virtud del artículo 4 superior debe ser reconocida como norma de normas, lo que intuye que, ante una antinomia entre esta con una ley, acto administrativo, decreto o cualquier otra disposición jurídica, debe ante todo prevalecer la Constitución.

Por tal motivo, frente al caso concreto, dada la falta de éxito en el control de constitucionalidad, es menester ver la viabilidad de que sea aplicable un control difuso de constitucionalidad frente a dicha norma, en tal sentido que pueda el juez penal e incluso el fiscal antes de decidir sobre la acusación del procesado, dar la posibilidad de que se le permita al NNA celebrar preacuerdos en virtud de sus derechos fundamentales constitucionales.

Así como lo considera Caballero et al. (2023) podría el operador judicial apartarse del cumplimiento de dicha disposición alegando que se vulnera: i) el artículo 1 constitucional que dispone como uno de los pilares del Estado el respeto por la dignidad humana; ii) el precepto 2 que señala como un fin estatal la garantía en



la efectividad de los DDHH, deberes y principios reconocidos por la Carta; iii) el artículo 4 que dispone la supremacía de la Const. y, como consecuencia, la posibilidad de inaplicar una norma por considerarse incompatible con la Const.; iv) el artículo 13 que establece que todas las personas tienen derecho a la igualdad -que con la disposición en mención se vulnera dado el desequilibrio de prerrogativas entre el sistema penal para adultos y el SRPA- y; v) el artículo 29 constitucional, en virtud del cual se plasman los derechos y principios de los que gozan los intervinientes en los procesos judiciales, como lo son el derecho al debido proceso, la presunción de inocencia y el principio de favorabilidad.

Ahora bien, para que el operador judicial pueda inaplicar la norma que prohíbe la celebración de preacuerdos en el SRPA, es necesario reiterar que el ejercicio de este control exige cierta rigurosidad por parte del operador, ya que no basta únicamente con inaplicar una norma por considerar someramente que esta es contraria a la Const., sino que se requiere que este haga una exposición seria, razonada y motivada acerca del por qué considera que aquella es contraria a las disposiciones constitucionales.

Dicha situación resulta en extremo importante, ya que podría el operador caer en una interpretación grosera y arbitraria y, con ello, incurrir en prevaricato. Por tal motivo, en estos casos el deber de motivación se convierte en una herramienta fundamental con la que cuenta el operador judicial, pues no puede hacerse el control sin las razones suficientes para faltar al principio de legalidad que prima aun en estos días.

### ***1.6. Vicisitudes del artículo 157 frente a los derechos humanos***

De conformidad con el CIA, el objeto de dicha ley es el de establecer normas procesales y sustantivas idóneas para garantizar la protección integral de los NNA en el ejercicio de sus DDHH y libertades, reconocidos y amparados así por la Const., las leyes y por los instrumentos internacionales de DDHH (Ley 1098, 2006, art.2). Por tal motivo, es de comprender que en materia del SRPA, así como sucede con el proceso penal para adultos, el reconocimiento de las disposiciones internacionales en materia de DDHH cumplen un rol elemental en la aplicación e interpretación de normas aplicables en aquellos casos donde se vean inmersos los derechos de los NNA, especialmente tratándose de temas de responsabilidad penal.

Dada la prohibición expresa que hace la ley objeto de estudio en su precepto 157 en relación con la celebración de preacuerdos con la fiscalía en los casos donde el imputado sea un menor de edad, se pone en tela de juicio la compatibilidad de esta, no solo con las disposiciones constitucionales, sino también con las normas, convenios y tratados en materia de DDHH. De ahí que pueda pensarse que existe una dicotomía entre esta disposición y las normas convencionales, bajo el entendido de que dicha prohibición no solo afecta derechos y libertades constitucionales, sino también del DIDH.

De conformidad con la Convención Americana de Derechos Humanos [en adelante CADH], los menores de edad tienen el derecho a que el Estado, la familia y la sociedad tomen todas las medidas pertinentes y requeridas de protección que su condición como menor requiere (CADH, 1969, art.19). Ello implica proveer de mecanismos y prerrogativas a los menores en todas las esferas sociales y jurídicas, en virtud de la supremacía del interés superior, especialmente tratándose del ámbito penal cuyos DDHH están expuestos a la posibilidad de sufrir alguna afectación. De ahí la importancia de que se tengan en cuenta todas las estrategias pertinentes en aras de garantizar sus derechos en el proceso penal, lo que incluye los beneficios procesales que les permiten reducir su pena y terminar anticipadamente un proceso sin tener que llevarlo hasta el final.

De igual forma, la CADH menciona en su artículo 8 relacionado con las garantías judiciales, que todas las



personas tienen derecho a ser oídos dentro de un proceso, pudiendo gozar estos de las mismas garantías en términos de igualdad frente a todas las personas -a su vez, el artículo 24 de la Convención señala que todas las personas tienen igualdad frente a la ley y, por ende, tienen derecho a igual protección sin discriminación-. Esto implica que los niños deben ser tratados de manera igualitaria que los adultos, por ello, permitir que el sistema penal de adultos conserve y haga aplicación de la justicia premial como los preacuerdos y, en su lugar, prohibírsele al SRPA, es una evidente muestra, no solo de desconocimiento a la igualdad dentro de los procesos judiciales, sino también de discriminación entre los diferentes sistemas penales.

Así mismo, la Convención sobre los Derechos del Niño [en adelante CDN] reconoce que los niños tienen derecho a que, si han infringido la ley penal o son acusados de ello, reciban un trato de respeto conforme a su valor y dignidad. Ello implica que es deber de los Estados fortalecer el respeto por los DDHH de los niños, por ello, se deberá tener en cuenta en estos escenarios la importancia de la reintegración del menor y de que este pueda participar constructivamente en la sociedad (CDN, 1989, art. 40).

Es menester que a los menores se les permitan todas las herramientas necesarias para garantizar sus DDHH dentro de los procesos penales, lo que incluye la necesidad de que se elimine la prohibición de hacer uso de mecanismos de la justicia premial capaces de permitir la participación del menor en el proceso y, al mismo tiempo, que se le otorguen beneficios penales en miras a proteger sus DDHH y garantizar de manera más rápida la integración de aquel a la sociedad.

A su vez, el menor tiene derecho a que su caso sea dirimido sin demora por un funcionario judicial competente, independiente e imparcial por medio de una audiencia equitativa de acuerdo a las disposiciones legales (CDN, 1989, art. 40, núm.2, lit. iii). Esto implica dotar al SRPA de todos los medios idóneos que permitan resolver los casos de una manera más celera, no solo frente a la actuación procesal ordinaria del proceso penal, sino también, por existir herramientas que permiten terminar anticipadamente los procesos, en términos de igualdad no solo frente al sistema penal para adultos, sino también equitativa conforme a las necesidades y circunstancias del menor.

Finalmente, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [en adelante PIDCP] consagra que, tratándose de la justicia penal en el que el imputado sea un menor de edad, debe de garantizarse la plena igualdad en el acceso a las garantías mínimas. Así mismo, de acuerdo a las circunstancias y particularidades del caso, deberá siempre tenerse en cuenta la estimulación en su readaptación social (PIDCP, 1966, art. 14, núm.4).

En este orden de ideas, el artículo 157 no solo presenta vicisitudes frente a preceptos constitucionales, sino que su vigencia puede conllevar afectaciones desde la interpretación a normas de tipo internacional. Por ende, podrían incluso los jueces, en ejercicio de un control difuso de convencionalidad inaplicar una disposición del orden interno por considerar que es contrario a los preceptos de la Convención. No obstante, esta situación debería de estudiarse más a fondo y de conformidad con los demás instrumentos interamericanos sobre los que es posible hacer el control -lo que incluye la jurisprudencia de la Corte IDH-.

### ***1.7. Vulneración de los preceptos constitucionales***

En palabras de Martínez & Ruíz (2020) resultaría más lógico y procedente la aplicación de preacuerdos como forma de lograr los fines de la justicia que persigue la Ley 1098 de 2006, en lugar de un allanamiento que no podría otorgar al proceso el mismo nivel de garantías y facilidad en la solución de un caso. Por ende,



señala que la prohibición de hacer uso de los preacuerdos en el SRPA es inadmisibles, ya que la celebración de acuerdos entre la defensa y la fiscalía es una herramienta trascendental para cumplir con los fines establecidos en el CPP, puesto que, si existe el material probatorio y fáctico suficiente para aplicar un preacuerdo, entonces esta será la vía más sana y garantista de resolver el proceso.

Por tal motivo, el intentar aplicar un trato diferencial al interior de un proceso, en el que se limitan determinados beneficios para la aplicación de las normas en el caso del SRPA, ocasiona una afectación al deber -nacional e internacional- que tienen los Estados de preservar y proteger el interés superior y prevalente de los NNA, así como los derechos a la igualdad y el debido proceso (García & González, 2023).

Si bien la C.C ha considerado que permitir este beneficio en el sistema penal para menores configura una vulneración al interés superior de estos, toda vez que se trata de una figura rigurosa que impide aplicar por el juez su facultad de flexibilizar la pena, ello no implica que en la práctica se dé de tal forma. A causa de esta facultad del juez, es posible que el mismo pueda apartarse de los acuerdos cuando considere que los mismos vulneran los derechos del imputado o que podría existir una solución más flexible y garantista para el menor.

La naturaleza común del preacuerdo en el sistema penal implica que, una vez aprobado este por el juez, su contenido deberá aplicarse obligatoriamente a la hora de imponer la sanción. Es decir, que si la defensa y fiscalía acordaron como debería de darse la acusación y sanción, no puede el juez excederse de los términos allí descritos. Empero, en función de la facultad que se les otorga a los jueces por el CIA frente a la posibilidad de modificar la sanción de acuerdo a las circunstancias y necesidades del menor, podría deducirse que, de aplicarse el preacuerdo, si el juez considera que habría una sanción menor para el NNA, entonces de manera motivada podría apartarse de aquel o dar lugar a que se modifique lo acordado.

En este orden de ideas, impedir la celebración de preacuerdos y negociaciones en el SRPA rompería gravemente la flexibilidad del sistema para tener en cuenta las circunstancias específicas de cada caso y tomar decisiones que sean realmente benéficas para los menores, afectando con ello el interés superior de los niños.

De conformidad con el CIA, el interés prevalente de los NNA, debe entenderse como la obligación que tienen todos de ayudar en la garantía de la realización y satisfacción de los DDHH de estos, entendiendo que los mismos tienen carácter de prevalencia, además de ser universales e interdependientes (Ley 1098, 2006, art.8). Por ende, es deber de todas las esferas sociales -familia, sociedad y Estado- procurar por otorgar instrumentos idóneos que permitan la realización y protección de los DDHH de este grupo, de ahí que negar el beneficio a figuras como el preacuerdo en los procesos penales, no solo vulnera el interés superior que debe prevalecer, sino también sus derechos de igualdad y debido proceso.

La finalidad del preacuerdo reconocido por la Const. y el Acto Legislativo 03 de 2002, no ha sido más que la de permitir una multiplicidad de opciones cuya aplicación pueda darse según el caso en concreto y en favorabilidad del reo (Martínez & Ruiz, 2020), por ello, no debe ignorarse que el NNA procesado, además de ser sujeto de la acción penal, sigue siendo un menor de edad, por ende, todas las medidas que se tomen a nivel procedimental, legislativo o judicial deberán hacerse teniendo en cuenta sus DDHH y la prevalencia que le otorga la ley nacional e internacional.

Por tal motivo, es necesario que Colombia adecue su normativa procedimental, en el sentido de que se permita la celebración de preacuerdos entre la defensa y fiscalía para el caso del SRPA. Pese a existir una



norma especial dirigida hacia los menores de edad, ello no conlleva a que deba de aplicarse, de manera irrestricta, aun cuando su contenido genera decisiones arbitrarias y desfavorables para las garantías procesales de los menores. Toda vez que la aplicación de preacuerdos y negociaciones, al tener como característica principal la humanización de los procesos penales, son un aliado elemental para permitir la participación de los menores en la solución de sus casos, de acuerdo con las disposiciones nacionales e internacionales que lo consagran (García & González, 2023).

### ***1.8. Vulneración al interés superior del menor***

En atención a la CDN, las medidas que adopten las instituciones de bienestar familiar, las autoridades administrativas y legislativas, así como los operadores judiciales en la que se vean inmersos derechos de los NNA, deben tener como primera prioridad el interés superior del niño (CDN, 1989, art.3). Así mismo, según aclara la Corte IDH, acerca de la prevalencia del interés superior del menor, dicha Convención menciona que cuando se trate de NNA es necesario tomar ciertos cuidados especiales conforme a sus necesidades y particularidades, que según el artículo 19 se traduce en medidas especiales de protección. Ante esto, es de comprenderse que corresponde a los Estados tener en cuenta las medidas o cuidados pertinentes para garantizar la integridad de los niños, atendiendo a su inmadurez, debilidad o inexperiencia (Corte IDH, 2002).

En otras palabras, reconoce la Corte IDH que el interés superior se debe comprender como la búsqueda por asegurar la satisfacción de los DDHH de los NNA, que además de obligar a los Estados a adoptar medidas pertinentes para su protección, también irradia efectos hermenéuticos frente a la interpretación de todos los derechos de la CADH cuando se trata de su aplicación en torno a los NNA. Por ende, es menester que los Estados Parte de la Convención, presten una atención especial a las necesidades y derechos que ellos tienen, partiendo principalmente de su condición vulnerable (Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, 2010).

Siendo así, en los casos donde se vean involucrados los intereses y libertades de menores de edad, es menester que los Estados adopten y garanticen los siguientes principios rectores: i) la no discriminación; ii) la prevalencia del interés superior; iii) el derecho a participar y ser oído y; iv) el derecho al desarrollo, la supervivencia y la vida. Para garantizar dichos principios, no pueden las decisiones estatales, sociales o familiares restringir o limitar el ejercicio de ningún derecho de los NNA y, en su lugar, deberá tener en cuenta siempre el interés superior del menor ajustándose de manera rigurosa a las disposiciones que regulen dicha materia.

En este orden de ideas, corresponde a las instituciones básicas que tienen en su deber el cuidado y promoción de los DDHH de los NNA, tomar las medidas adecuadas para garantizar sus derechos, además, también se les impide emitir limitaciones arbitrarias que les impida el ejercicio pleno de estos. Por ende, ocurre un conflicto antinómico entre el artículo 157 de la CIA con las normas nacionales e internacionales que buscan garantizar el interés superior de los NNA, debido a que les priva de beneficios que podrían ser idóneos y necesarios para garantizar sus derechos en un proceso penal a la hora de imponérsele una sanción.

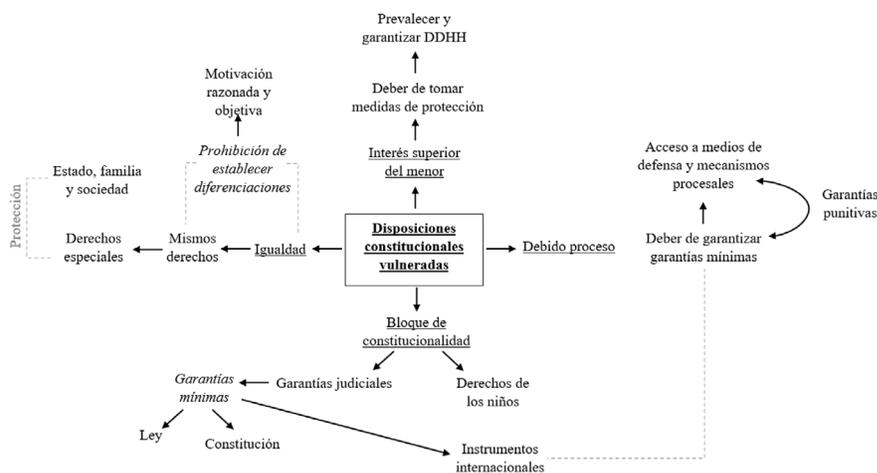
Según la C.C el interés superior del menor conlleva a que las autoridades judiciales que deciden casos donde se ven inmersos los DDHH de los menores, tomen las medidas de cuidado y protección necesarias que permitan adecuar el material probatorio obtenido para efectos de decidir lo más conveniente para el



menor, así como tener una especial diligencia y cuidado en el proceso, adoptando decisiones y actuaciones que se inhiban de afectar o poner en peligro sus derechos. En este orden de ideas, deberán los jueces adoptar decisiones que se puedan ajustar a los parámetros de proporcionalidad y razonabilidad, en atención a las particularidades del caso (Sentencia T-051, 2022).

Por tal motivo, para garantizar este principio es necesario que las autoridades judiciales tengan en cuenta los siguientes parámetros: i) contrastar las circunstancias únicas, irrepetibles e individuales con los criterios generales que promueven el bienestar infantil; ii) que los operadores judiciales tienen cierto margen de discrecionalidad para decidir sobre cuales medidas son pertinentes para satisfacer el interés superior y prevalente del NNA; iii) que las decisiones se deben ajustar al material probatorio recolectado en el proceso para efectos de decidir lo más conveniente para el menor; iv) que la conveniencia sea analizada desde los criterios jurídicos relevantes que ha reconocido la jurisprudencia de la C.C; v) que los funcionarios judiciales deben actuar con la debida diligencia y cuidado y; vi) que las decisiones que se tomen se ajusten a parámetros de razonabilidad y proporcionalidad (Sentencia T-033, 2020).

**Figura 2.**  
*Principios y derechos vulnerados por la configuración normativa del artículo 157*



Nota: realización propia

Bajo este entendido, la prohibición de celebrar preacuerdos en el SRPA es incompatible con el interés superior del menor, no solo porque así se considera conforme a los postulados de la Const., sino porque también se contraponen a los criterios jurisprudenciales y normativos contenidos en los instrumentos internacionales. De tal forma, es menester que se haga una adecuación normativa que permita aplicar los preacuerdos cuando se considere que son la vía más viable para garantizar los DDHH de los menores procesados en un proceso penal y, con ello, interpretar en qué casos este resulta aplicable o en cuales su rigidez podría poner en estado de peligrosidad los derechos y libertades de estos.

### 1.9. Derecho a la igualdad y al debido proceso

La prohibición realizada por el CIA en relación con la celebración de preacuerdos con la fiscalía en el SRPA, ha conllevado a que se ponga en tela de juicio la protección del ordenamiento jurídico hacia el interés

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons "Reconocimiento No Comercial Sin Obra Derivada".



superior del niño. Negar prerrogativas jurídicas a los menores de edad que podría significar un gran beneficio en la reducción de su condena, conlleva a pensar que existe una desprotección por parte del legislador y el Estado a los intereses de los NNA, ya que los priva de mecanismos de la justicia premial que en el actual sistema acusatorio configuran un elemento trascendental para las garantías de los procesados.

Como se indicó en un momento anterior, de conformidad con Caballero et al. (2023), esta disposición que prohíbe beneficios a los NNA como acontece con el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, podría generar grandes afectaciones al artículo 1 constitucional en relación con el respeto por la dignidad humana, la disposición 2 frente a la preservación de los derechos y libertades de los individuos, el precepto 4 que inculca la supremacía constitucional, el artículo 13 frente a la igualdad ante la ley y el 29 relacionado con el debido proceso.

Así mismo, es de agregar que la prohibición en la celebración de preacuerdos también ocasiona una grave afectación al artículo 93 constitucional, en virtud del cual se consagra el bloque de constitucional. Al tenor de esta norma, los tratados y convenios sobre DDHH ratificados y aprobados por el Estado tienen prevalencia en el corpus iuris interno, por ende, aquellas normas internacionales que hubiesen pasado a hacer parte del ordenamiento jurídico en virtud de dicha disposición deberán ser tenidas en cuenta a la hora de decidir casos donde se vean inmersos DDHH, especialmente tratándose de menores, en relación con las que buscan proteger derechos de igualdad y no discriminación, debido proceso y garantías judiciales.

Es necesario comprender que el trato diferencial que reciben los niños en contraste con los adultos no implica que este sea per se discriminatorio, por el contrario, el objetivo de este trato diferenciado es el de permitir el pleno ejercicio de los DDHH de los NNA. Es por esta razón que los Estados no pueden establecer diferenciaciones en las que no se cuente con la motivación razonable y objetiva sobre su relación con el amparo de los menores, denotando en su lugar una falta de intención en garantizar el ejercicio de los derechos en ella contenida (Corte IDH, Opinión Consultiva 17/02, 2002).

Es decir, no puede el legislador ni los jueces abstenerse o impedir derechos/mecanismos a los niños sin que se cuente con las razones suficientes y objetivas que den cuenta sobre el porqué de su decisión. En tal caso, no basta con que el legislador piense arbitrariamente que los preacuerdos generan una violación a los derechos de los NNA en el campo del sistema de responsabilidad penal, sino que es necesario que la razón de su prohibición se justifique no solo con las disposiciones constitucionales, sino también, con lo contenido en la normatividad internacional.

Lo anterior se fundamenta en lo plasmado en el artículo 151 de la CIA, que establece que los adolescentes tienen el derecho a que se amparen todas sus garantías mínimas procesales, como lo es la presunción de inocencia, el derecho de defensa y contradicción, el derecho a guardar silencio, el derecho al asesoramiento, etc., además de las demás garantías mínimas reconocidas y consagradas en la Const., la ley y los tratados internacionales (Ley 1098, 2006, art.151). Por ende, es necesario que no solo se tenga en cuenta la Const. a la hora de contrastar si dicha disposición vulnera los derechos de los menores, sino que resulta de gran relevancia que sean tenidos en cuenta todos aquellos convenios, normas, procedimientos, disposiciones, jurisprudencia y tratados internacionales que protejan DDHH.

Por tal motivo, además del derecho a la igualdad también debe garantizarse a los NNA el derecho al debido proceso y las garantías judiciales, ello implica que puede el Estado introducir y adoptar garantías y componentes diferenciados fundados en el reconocimiento de su participación dentro de los procesos, aunque



su tratamiento no se de en las mismas condiciones que de los adultos. Aclara la Corte IDH que, si bien el debido proceso y todas sus garantías son aplicables a los seres humanos en general, tratándose de NNA, es necesario que se tomen ciertas medidas específicas de acuerdo a las necesidades y condiciones especiales del menor, en miras a garantizar un acceso a la justicia que garantice cada uno de los derechos y libertades de los NNA en los procesos judiciales (Corte IDH, Caso V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua, 2018).

### 3. Discusión

De acuerdo a lo que se ha venido mencionando, se genera una amplia discusión en relación con las prohibiciones que ha hecho la Ley 1098 de 2006 conforme al acceso a ciertos beneficios en los procesos penales donde el procesado es un menor de edad. Verbigracia, el artículo 199 no solo elimina beneficios de sustitución de la pena por la comisión de delitos en concreto, sino que también impide que se acceda a una rebaja de la pena cuando se celebren preacuerdos y negociaciones con la fiscalía por esas mismas razones, impidiendo al imputado o acusado acceder a todos los mecanismos procesales idóneos para asegurar una pena más reducida y garantista.

Al respecto menciona Caballero et al. (2023) que el artículo 199 de esta ley es una regla jurídica impositiva, por ende, vulnera la prohibición de exceso por ser considerada como general e indiscriminada. Debido a que se trata de un mandato impositivo, conlleva a que los jueces en todos los casos deban de aplicarla obligatoriamente, lo que ocasiona que en casos específicos se puedan terminar afectando derechos fundamentales de los procesados, puesto que no siempre los hechos en todos estos son de tal urgencia y gravedad que ocasionen irrestrictamente la imposición de una medida que restrinja la libertad.

Situación similar ocurre con el artículo 157 de dicha ley, que menciona expresamente que en el SRPA no proceden los preacuerdos entre la fiscalía y el procesado. Según ha indicado el legislador, la idea de crear esta disposición es garantizar el interés superior del niño, toda vez que, debido a que las sanciones impuestas a ellos tienen una característica pedagógica y de reintegración, es más fácil que estos se allanen y el juez decida abiertamente sobre la sanción, a que estos lo acuerden previamente con la fiscalía.

Si bien esta situación, de conformidad con lo discutido por Hernández (2021) puede tener pleno sustento en la teoría, en la práctica y la realidad de orden jurídico, su aplicabilidad es inconveniente, toda vez que afecta palpablemente derechos de los procesados como el derecho a la igualdad y el debido proceso reconocidos no a nivel de normatividad interna, sino también por las normas de carácter internacional reconocidas por el bloque de constitucionalidad.

Por ende, considera el autor que esta imposición afecta de manera grave los derechos de los NNA, ya que no solo se le está prohibiendo acceder a estos beneficios de justicia consensuada, sino que también les está dejando una opción reducida como el allanamiento a cargos, lo que es contrario al fin que debe perseguirse para garantizar el interés superior del niño, que corresponde a permitir variedad de opciones que colaboren en la garantía y protección de los derechos de los menores (Hernández, 2021).

Según indica la C.C, permitir a los adolescentes llegar a un consenso sobre la pena o la sanción es incompatible con la prevalencia del interés superior, toda vez que impide al juez hacer uso de sus facultades discrecionales para garantizar los DDHH de los menores en el marco del SRPA, facultades que además de



preservar dicho principio, también buscan garantizar una decisión enfocada en la resocialización, educación y reintegración social (Sentencia C-281, 2023).

No obstante, la negativa de la Corte en la sentencia citada respecto a declarar inexequible la disposición estudiada, se dio principalmente porque se consideró que no se vulneraron los derechos alegados por la parte actora, pero ello no implicó que negara la posibilidad de que los preacuerdos procedieran en estos casos. Según mencionó este tribunal, pese a declarar la norma exequible, incitó al legislador a que estudiara la posibilidad de reglamentar la figura de los preacuerdos en atención a los principios propios del SRPA, con la finalidad de adecuar una figura posible a aplicar como el preacuerdo con finalidades y contornos diferentes a los contenidos en el sistema penal para adultos (Sentencia C-281, 2023).

No resulta irrisorio pensar en una garantía de la justicia consensuada para los menores de edad, pues ni la C.C lo ha visto como un hecho absurdo. La actual prohibición de celebrar preacuerdos en el SRPA configura una afectación a los derechos constitucionales y convencionales reconocidos a los NNA, por ende, es necesario que el legislador y los jueces piensen en una solución para dejar de privar a los menores de estas garantías.

#### 4. CONCLUSIONES

A manera de colofón y buscando dar respuesta a la pregunta problema, se concluye que la configuración jurídica establecida en el artículo 157 del CIA, genera una violación a los DDHH de los niños, niñas y adolescentes, no solo en relación con los preceptos constitucionales, sino también con el acervo convencional reconocido en el bloque de constitucionalidad.

Conforme a lo que se ha venido estudiando, la C.C ya ha decidido sobre la constitucionalidad de este artículo por medio de la Sentencia C-281 de 2023, y aunque consideró que el mismo era exequible toda vez que iba acorde con los preceptos constitucionales alegados, ello no implicó que negara plenamente la improcedencia de esta figura. Si bien mencionó que la prohibición de esta figura puede permitir mayores oportunidades para que los jueces tomen decisiones basadas en un enfoque de resocialización, reintegración y pedagogía, también adujo que replantear la naturaleza del preacuerdo en el SRPA podría permitir un mayor acceso a las garantías de justicia consensuada.

En atención a lo anterior según indicó la C.C, la rigidez del preacuerdo impide que los jueces puedan hacer uso de sus facultades discrecionales para flexibilizar la pena o la sanción en los casos analizados ante el SRPA, lo que va en contra con la garantía de los DDHH de los menores. No obstante, ello no inhibe la posibilidad de que se adecue la naturaleza de esta figura, en miras a garantizar su práctica en el sistema de responsabilidad para menores, caso en el cual deberá estudiarse la viabilidad de que se flexibilice el uso de esta figura, en especial con la facultad que tienen los jueces de flexibilizar la sanción de acuerdo a las necesidades y particularidades especiales e individuales del menor imputado o acusado.

La prohibición de celebrar preacuerdos en el SRPA configura una trasgresión al principio de prevalencia e interés superior del menor reconocido en el orden jurídico interno e internacional. Este principio induce a los Estados a hacer adopción de las medidas adecuadas y especiales para garantizar los DDHH de los menores, por ende, impedirles tener acceso a beneficios procesales que podrían hacer de una pena algo más justo



y soportable, va en contravía con dicho principio.

Dicha configuración normativa también ocasiona una vulneración al derecho de igualdad y no discriminación, toda vez que al hacer un trato diferenciado en relación con la aplicación de preacuerdos que, si bien se hace en el deber de adoptar medidas especiales para garantizar los derechos de los NNA, al carecer del suficiente argumento razonado y objetivo, hace que se presente un escenario de desigualdad entre el sistema de responsabilidad penal para adultos y menores frente al acceso a garantías de justicia consensuada. A su vez, vulnera el debido proceso y las garantías procesales reconocidas por la ley, la Const. y los tratados internacionales, ya que inhibe a los NNA de acceder a mecanismos de protección y garantía frente a la pena a imponer y la terminación rápida de los procesos.

Por todo esto podría hablarse más allá de un control de constitucionalidad y, en su lugar, pasar a un control de convencionalidad en cualquiera de sus modalidades. Si bien el control difuso podría resultar complejo debido a la carga que impone al operador judicial por el deber de motivar so pena de incurrir en prevaricato, sería la vía más idónea actualmente de acceder a esa figura. No obstante, pese a ser un tema a tener en cuenta, la verdadera solución es que Colombia haga una adecuación normativa -conforme invita la C.C- y replantee la naturaleza del preacuerdo para que sea usado de manera especial y única en el SRPA.

### **Conflictos de interés**

Los autores no poseen conflicto de interés alguno en lo expuesto dentro del contenido formal del artículo.



## References

- Amado, M. & Peña, G. (2014). ¿Los fines de la pena, propios de un Estado social democrático de derecho, se materializan en el proceso penal en Colombia? [Tesis de maestría, Universidad Libre]. Archivo digital. <https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/7529/AmadoDuenasMarioAntonio2014.pdf?sequence=1>
- Bohórquez, A. & Magurno, T. (2020) La garantía del derecho de las víctimas en el preacuerdo. [Tesis de pregrado, Universidad Cooperativa de Colombia]. Archivo digital. <https://repository.ucc.edu.co/server/api/core/bitstreams/0421f666-9602-4a90-ae8a-fe64ff4f81b7/content>
- Caballero Palomino, S.A., Carvajal Nagi, E.E., Lozano Parra, J.S., Cruz Cadena, K.Y. & Jiménez Poveda, G.P. (2023). Derechos de los procesados en delitos cometidos contra menores de edad: tensión constitucional del artículo 199 de la Ley 1098 de 2006. Leyer Editores.
- Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay (24 de agosto de 2010). Corte IDH. [Fondo, Reparaciones y Costas]. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_214\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_esp.pdf)
- Caso V.R.P., V.P.C. y otros Vs. Nicaragua. (8 de marzo de 2018). Corte IDH [Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas]. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_350\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_350_esp.pdf)
- Congreso de la República. (2004, 1 de septiembre). Código de Procedimiento Penal [Ley 906 de 2004]. D.O.: No. 45.658.
- Congreso de la República. (2006, 8 de noviembre). Código de la Infancia y la Adolescencia [Ley 1098 de 2006]. D.O.: No. 46.446.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos. (22 de noviembre de 1969). Pacto de San José. Gaceta Oficial. No. 9460.
- Convención de los derechos de los niños. (1989). OHCHR.
- Daza González, A. (2012). La justicia restaurativa establecida en la Ley 906 de 2004 frente al fin del proceso penal. *Revista Novum Jus*, 6(1), 9-22.
- Daza González, A., Barreto Moreno, J., Rodríguez Jiménez, J., Amado Gutiérrez, K. & Vásquez Suárez, P. (2020). *Reflexiones sobre el artículo 199 del Código de la Infancia y la Adolescencia*. Edit. Universidad Libre.
- García Arias, J. C. & González Avendaño, D. L. (2023). Aplicación de los preacuerdos y negociaciones en los casos de responsabilidad penal para adolescentes. [Tesis de especialización, Universidad Libre de Colombia]. Archivo digital. <https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/24118/TRABAJO%20FINAL%20INVESTIGACION%20PARA%20ENTREGAR%20%28%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Hernández Carrillo, N.E. (2021). *Límites al preacuerdo en el sistema penal acusatorio colombiano: estudio del artículo 157 del Código de Infancia y Adolescencia*. [Tesis de pregrado, Universidad Libre de Colombia]. Archivo digital. <https://repository.unilibre.edu.co/handle/10901/21006>
- Martínez Gómez, J.R. & Ruíz Porras, M. (2020). El artículo 157 de la ley 1098 de 2006 frente al sistema acusatorio establecidas en el Acto Legislativo 03 de 2002: límites y prohibiciones. [Tesis de especialización, Universidad Libre de Colombia]. Archivo digital. <https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/19298/Tra-bajo%20de%20grado.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Medina García, D. (2023). Naturaleza, límites y alcance de los preacuerdos que cambian la calificación jurídica de la conducta. *Revista Derecho penal y criminología*. 43 (115). 11-72. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/8274>
- Opinión Consultiva OC-17/02. (28 de agosto de 2002). Corte IDH. Condición jurídica y derechos humanos del niño. [https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_17\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf)
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [PIDCP].



(16 de diciembre de 1966). [en línea]. Disponible en: <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>

Quintero Vivas, C.Y. (2012). Los preacuerdos y negociaciones dentro del sistema penal acusatorio y su incidencia en la ciudad de Pereira periodo 2010-2011. [Tesis de especialización, Universidad Libre]. Archivo digital. [bit.ly/4bCYaO3](https://bit.ly/4bCYaO3)

Sentencia C-122. (2011, 1 de marzo). Corte Constitucional de Colombia. [M.P. Juan Carlos Henao Pérez]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/c-122-11.htm>

Sentencia C-281. (27 de julio de 2023). Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena. [M.O. Jorge Enrique Ibáñez Najar]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2023/C-281-23.htm>

Sentencia T-033. (2020, 30 de enero). Corte Constitucional de Colombia. [M.P. José Fernando Reyes Cuartas]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2020/T-033-20.htm#:~:text=El%20derecho%20de%20los%20ni%C3%B1os,en%20un%20entorno%20familiar%20adecuado.>

Sentencia T-051. (2022, 18 de febrero). Corte Constitucional de Colombia. [M.P. José Fernando Reyes Cuartas]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2022/T-051-22.htm>

Sentencia T-556. (2002, 19 de julio). Corte Constitucional. [M.P. Jaime Córdoba Triviño]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/t-556-02.htm>.

Serrano Gelvez, Y. & Alfonso Beltrán, I.H. (2013). Prohibición taxativa de preacuerdos y negociaciones en el sistema de responsabilidad penal para adolescentes. [Tesis de especialización, Universidad Militar Nueva Granada]. Archivo digital. <https://repository.unimilitar.edu.co/handle/10654/9328>

Urbano Martínez, J.J. (2018). La nueva estructura probatoria del proceso penal. Ediciones Nueva Jurídica, 2da ed.

Villanueva Luis, M.V. & Montenegro Herrera, D.C. (2019). El sistema acusatorio colombiano y su implementación omisiva: las figuras ausentes en el sistema. [Tesis de maestría, Universidad Libre]. Archivo digital. [bit.ly/4bZAGTl](https://bit.ly/4bZAGTl)

