

LA INIMPUTABILIDAD DEL MENOR EN EL SISTEMA PENAL COLOMBIANO*

CARLOS IGNACIO ARBOLEDA**
MARÍA CAROLINA BAQUERO***
MARÍA PAULINA DOMÍNGUEZ****

RESUMEN

Teniendo en cuenta la importancia del menor en la sociedad colombiana y el conflicto que lo consume a diario, es pertinente analizar la posición que éstos tienen frente al sistema penal y la responsabilidad que han venido asumiendo a través de la evolución del Código Penal y su comparación con el sistema americano, para así concluir que su regulación se da mediante un sistema de jurisdicción especial destinado a la rehabilitación y resocialización del menor en la sociedad.

Palabras clave: inimputabilidad, menores, Código de la Infancia y de la Adolescencia, Código Penal, Sistema de Responsabilidad Penal.

ABSTRACT

Taking into account the importance of minors in Colombian society, and the conflict that affects them daily, it is relevant to study their position regarding the criminal system and the level of responsibility they have had through the various Criminal Codes

Fecha de recepción: 15 de septiembre de 2010
Fecha de aceptación: 9 de noviembre de 2010

-
- * El presente artículo es fruto de la investigación realizada en la cátedra de Derecho Penal General II.
** Estudiante de derecho. Séptimo semestre. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá. Colombia. carlosiarboleda@hotmail.com.
*** Estudiante de derecho. Séptimo semestre. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá. Colombia. caritobaquero@hotmail.com
**** Estudiante de derecho. Séptimo semestre. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá. Colombia. mariapaulinadominguez@gmail.com

as well as the system's comparison with American law, concluding that they are regulated by a special responsibility system.

Key words: criminal responsibility, children, Code of Children and Adolescents, Criminal Code, Criminal Responsibility System.

1. INTRODUCCIÓN

El tratamiento del menor en el derecho penal ha sufrido cambios de gran importancia. El menor, en Colombia, ha sido tratado de varias maneras, evidenciando un tratamiento no constante. Desde el Código Penal de 1936 hasta la actualidad, el menor ha sido distinto para la ley. Si bien nunca ha sido tratado como un sujeto plenamente responsable en materia penal, su concepción ha variado yendo desde ser un inimputable hasta ser responsable en menor medida.

Resulta necesario entender cómo se concibe al menor en el derecho penal actual, ya que este tema suscita gran polémica debido a la situación social del país. Entender el tratamiento, tanto actual como anterior, del menor de edad nos puede dar claves importantes para afrontar una situación que genera múltiples interrogantes y que levanta álgidos debates. ¿Puede ser un menor responsable en el derecho penal? ¿Es capaz de comprender la ilicitud de un determinado acto? ¿Debe ser el menor juzgado como adulto en algún caso? ¿Es el sistema penal actual poco estricto con los menores?

Preguntas como estas invaden el día a día de este espinoso tema, y llegar a una respuesta no es tarea fácil. No es, ni mucho menos, objetivo de este artículo opinar respecto a estos interrogantes, sino presentar el papel del menor en el derecho penal colombiano para así abrir el camino para decisiones al respecto.

Así pues, resulta necesario entrar, así sea brevemente, en temas como el de la pena y su diferenciación con la medida de seguridad, el concepto y tratamiento de la inimputabilidad, así como su relación con el menor de edad, para, finalmente, mostrar el tratamiento actual del menor en lo que al derecho penal respecta. Asimismo, resulta útil hacer una breve comparación con el derecho anglosajón, ya que su diferencia radical con nuestro sistema de derecho puede aportarnos elementos importantes para el tema en cuestión.

2. LA PENA Y LA MEDIDA DE SEGURIDAD

La pena y la medida de seguridad son dos figuras que, si bien son objeto del derecho penal, responden a necesidades diferentes. A lo largo de los compendios penales, se ha mantenido la distinción entre la pena y la medida de seguridad, imponiéndose

ellas en situaciones diferentes dependiendo del sujeto que realiza la conducta punible así como las circunstancias en las que se encontraba al momento de llevarla a cabo.

En esta regulación se hace palpable la influencia del sistema dualista, que surge como consecuencia de la confrontación entre los partidarios de la pena retributiva y los partidarios de la pena o medida de contenido preventivo-especial. El objeto principal de dicho sistema es la diferenciación entre la pena y la medida de seguridad, cuyo resultado se evidencia en los siguientes criterios:

- a) La pena, una vez establecida, se impone al culpable como consecuencia del delito cometido, mientras que las medidas de seguridad son impuestas en virtud de la peligrosidad del sujeto.
- b) *“...La pena se determina conforme a la importancia del bien lesionado, la gravedad de la lesión y la culpabilidad del autor y, dentro de los términos que la ley establece, el juez fija la duración de la misma. En cambio, las medidas de seguridad se determinan en la ley conforme a su fin y su duración puede ser indefinida, ya que ésta depende del resultado obtenido con respecto al fin perseguido: la medida cesa cuando se logra la resocialización, la enmienda o la inocuización del delincuente...”*¹.
- c) La finalidad de la imposición de penas es producir sufrimiento al culpable, mientras que la finalidad de las medidas de seguridad es plenamente asegurativa sin causar sufrimientos.

Resulta claro que la pena y la medida de seguridad tienen finalidades diferentes. Por eso se considera que:

*“...el sistema dualista no es más que el reflejo del compromiso entre la posición clásica –que veía en la pena como retribución de la culpabilidad del autor la única reacción posible frente al delito– y la pretensión del positivismo naturalista de una sanción penal orientada fundamentalmente a la prevención especial. Al sistema dualista de sanciones corresponde también un sistema dualista de los fundamentos de la reacción penal: la pena se fundamenta en la culpabilidad del autor, mientras que las medidas de seguridad lo hacen en la peligrosidad del mismo...”*².

En ese orden de ideas, la medida de seguridad es apropiada para quien es penalmente inimputable, ya que es su condición misma la que lo hace recibir un tratamiento diferenciado de parte de la legislación penal. La pena, por el contrario,

1 SOTOMAYOR ACOSTA, JUAN OBERTO, *Inimputabilidad y sistema penal*. Ed. Temis. 1996, pág. 97.

2 SOTOMAYOR ACOSTA, JUAN OBERTO, *Inimputabilidad y sistema penal*. Ed. Temis. 1996, pág. 98.

es aplicable a quien está en condiciones de entender la conducta punible que realizó y, por ello, recibe un castigo.

En lo que al menor de edad se refiere, es preciso, entonces, definir si es o no sujeto capaz de comprender una cierta ilicitud para así aclarar si merece una pena o una medida de seguridad.

3. EL TRATAMIENTO DEL MENOR EN LA LEGISLACIÓN PENAL COLOMBIANA

3.1. El Código Penal de 1936

El Código Penal de 1936 (Ley 95 de 1936) establece que “...*las infracciones cometidas por personas que no estén comprendidas en la disposición del artículo 29, son intencionales o culposas*”. El artículo 29 del mismo cuerpo normativo dispone que si

“al tiempo de cometer el hecho, se hallare el agente en estado de enajenación mental o de intoxicación crónica producida por el alcohol o por cualquiera otra sustancia, o padeciere de grave anomalía psíquica, se aplicarán las sanciones fijadas en el Capítulo II del Título II de este libro...”.

Es, entonces, claro que, para el código del 36, las actuaciones del menor de edad son, en efecto, o intencionales o culposas, pues sólo excluye de esta posibilidad a aquellos indicados en su mismo artículo 29. El menor no es un inimputable pues no está incluido dentro de las personas que, según la ley, actúan sin pleno entendimiento. Lo que hay en el código de 1936 no es una presunción de inimputabilidad sino una afirmación de que los menores de edad pueden llevar a cabo conductas punibles de manera intencional.

3.2. El Código Penal de 1980

El Código Penal de 1980 (decreto 100 de 1980) establece que es inimputable “*quien en el momento de ejecutar el hecho legalmente descrito, no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez psicológica o trastorno mental...*”. Si bien adiciona el elemento de la falta de capacidad de comprender la ilicitud cometida o la falta de poder determinarse de acuerdo a la misma, retira a los menores de dicha discusión, pues, inmediatamente después, adiciona “*...para todos los efectos, se considera penalmente inimputable al menor de dieciocho (18) años...*”.

De este modo, no es necesario entrar a analizar la capacidad del menor que comete un delito, sino que la misma ley determina que ellos están en una situación especial, como inimputables, y les da el trato respectivo. El tratamiento de los menores se reguló en el decreto 2737 de 1989, el Código del Menor, donde se partía de la inimputabilidad legal de los mismos. Para ellos se destina un acompañamiento especial de la Defensoría del Pueblo por medio del cual se busca la rehabilitación de las conductas ilícitas en que él haya incurrido. En este sentido, el menor sólo es responsable civilmente, y para ello el juez Civil debe conocer también de la infracción penal. Este decreto pretendió ser muy proteccionista y garantizar los derechos fundamentales del menor en aras de no causar ningún daño físico ni mental.

3.3. El Código Penal de 2000

A partir de la Ley 599 de 2000, la situación del menor frente al derecho penal sufrió un cambio drástico. La presunción del menor como inimputable fue retirada del ordenamiento jurídico para dar paso a un tratamiento especial. El código de 2000, regulando la inimputabilidad en su artículo 33 dispone:

“... es inimputable quien en el momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez psicológica, trastorno mental, diversidad sociocultural o estados similares. No será inimputable el agente que hubiere preordenado su trastorno mental. Los menores de dieciocho (18) años estarán sometidos al Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil...”.

Si bien la figura de la inimputabilidad penal sufre un cambio respecto a lo que se ve en el código anterior, sobre todo en lo que respecta a las causales, lo más interesante es el cambio que se hace en lo referente al menor de edad. Ellos son remitidos a una jurisdicción penal especial. Ya no son inimputables por definición legal ni se debe entrar a probar su incapacidad para cometer ilicitudes con el fin de ser tratados como inimputables, sino que son extraídos del sistema penal ordinario. Este cambio es importantísimo puesto que el menor es un imputable a la luz de la ley penal actual, sólo que, debido a su situación, es remitido a una jurisdicción penal basada en pilares distintos con objetivos diferentes a la justicia penal ordinaria.

Es importante anotar que el proyecto de código penal de 2000, en cuanto a la inimputabilidad, sí contenía la presunción del menor de edad como inimputable. En los debates llevados a cabo en el Congreso de la República esta presunción fue eliminada y se optó por la alternativa de recurrir al Sistema de Responsabilidad

Penal Juvenil regulado hoy a través del Código de la Infancia y Adolescencia (Ley 1098 de 2006)³. Esta precisión será de utilidad posteriormente.

4. EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL JUVENIL

Es importante hacer una precisión previa al análisis del sistema de responsabilidad juvenil. Esta disposición, el inciso 3º del artículo 33 del Código Penal, fue objeto de una acción pública de inconstitucionalidad. Según el actor, este sistema penal especial violenta los derechos de los niños puesto que los pone

“...en pie de igualdad con los adultos, en cuanto se refiere a la responsabilidad penal de sus actos, cuando es visto que en otros campos como en el civil, comercial o administrativo, en donde no está en juego la vida afectiva, física y moral de los niños, a éstos se los exime de cualquier responsabilidad...”⁴.

La Corte decidió sobre esta acción en sentencia C-839 de 2001 donde se pronunció a favor de la constitucionalidad de la norma acusada. Para la Corte, un sistema de responsabilidad penal especial para los menores no vulnera sus derechos pues un sistema basado en la educación del menor y lo que hace es protegerlo. La Corte establece que:

“...la institucionalización de una justicia de menores no constituye, per se, un atentado contra los derechos de los menores, ni va en detrimento del deber de protección que recae en la sociedad y el Estado (...) por el contrario, ésta debe ser avalada como el mecanismo propicio para armonizar los derechos de los menores infractores y la conservación de la seguridad pública...”.

Así, la Corte avaló la creación del sistema de responsabilidad penal juvenil y consideró adecuados los fundamentos pedagógicos y resocializadores en los que está cimentado.

Antes de entrar a analizar los aspectos fundamentales del nuevo sistema es conveniente estudiar las disposiciones anteriores sobre menores. El Código del Menor (Decreto-Ley 2737 de 1989) regulaba la situación del menor respecto a posibles infracciones penales que cometiere. En el artículo 165 se dispuso, siguiendo lo preceptuado por el Código Penal de 1980, que *“... [P]ara todos los efectos, se considera penalmente inimputable al menor de dieciocho (18) años...”* (Subrayado fuera del texto). Así, lo que el Decreto-Ley 2737 contenía no era un

3 GUTIÉRREZ RAMÍREZ, JOSÉ ANTONIO, La inimputabilidad penal derechos fundamentales y dogmática penal: La inimputabilidad como causal de ausencia de responsabilidad – conforme con el nuevo Código Penal. Ed. Leyes. 2001, pág. 71.

4 Sentencia C-839 de 2001, MP. MARCO GERARDO MONROY CABRA.

sistema de responsabilidad penal juvenil, ya que el menor recibía el tratamiento de un inimputable a través de medidas y no de sanciones.

Una vez expedido el nuevo Código Penal, la regulación del menor en lo relativo a materias penales cambió drásticamente. En primer lugar, y como ya fue señalado, el menor ya no se presume un inimputable, sino que se traslada a un sistema penal especial que busca juzgar al menor de forma diferente pero aceptando su responsabilidad penal. Es más, el propio Código de Procedimiento Penal establece en varios de sus artículos disposiciones especiales cuando se trate de “...*menores, inimputables o (...)*”⁵. Si los menores de edad fueran, en efecto, inimputables, la distinción sobraría pues bastaría con decir “inimputables” ya que incluiría a los menores de edad.

Para la Corte Suprema de Justicia, a partir del Código Penal de 2000,

*“...se cambió el concepto de inimputabilidad, por el de la titularidad de derechos y en contraprestación una responsabilidad penal, aunque disminuida en comparación con la de los adultos; de suerte que en tal comprensión los jóvenes con edades entre 14 y 18 años, son capaces de culpabilidad y son imputables, y por tanto responsables penalmente aunque dentro de una dimensión eminentemente pedagógica, específica y diferenciada...”*⁶. (Subrayado fuera del texto).

La Ley 1098 define, en su artículo 139, el sistema de responsabilidad penal para adolescentes como:

“... el conjunto de principios, normas, procedimientos, autoridades judiciales especializadas y entes administrativos que rigen o intervienen en la investigación y juzgamiento de delitos cometidos por personas que tengan entre catorce (14) y dieciocho (18) años al momento de cometer el hecho punible...”

Es la misma ley, además, la que soporta la concepción del menor como responsable penalmente y ya no inimputable cuando determina que

*“...[T]ampoco serán juzgadas, declaradas penalmente responsables ni sometidas a sanciones penales las personas mayores de catorce (14) años y menores de dieciocho (18) años con discapacidad psíquico o mental, pero se les aplicará la respectiva medida de seguridad. Estas situaciones deben probarse debidamente en el proceso, siempre y cuando la conducta punible guarde relación con la discapacidad...”*⁷ (Subrayado fuera del texto).

5 Ley 906 de 2004. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Agosto 31. *Diario Oficial* No. 45.658 de 1 de septiembre de 2004. Artículos 37 y 74.

6 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de febrero 24 de 2010, MP. JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ.

7 Ley 1098 de 2006. Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia. Noviembre 8. *Diario Oficial* No. 46.446 de 8 de noviembre de 2006. Artículo 142 Inciso 2°.

Esta disposición crea una suerte de “inimputables” dentro de la jurisdicción penal para adolescentes siendo que impone medida de seguridad, aplicable al inimputable, a personas que serían penalmente responsables pero que debido a cierta condición mental no pueden ser sancionados. La Ley 1098 de 2006 no los categoriza como inimputables explícitamente, pero puede verse una suerte de relación con los inimputables del Código Penal. Así, a los menores entre 14 y 18 años de edad no se les impone medida de seguridad sino cuando ciertas circunstancias lo hagan posible, de lo contrario se les aplicará una sanción. A tenor del artículo 169 de la misma ley, “...[L]as conductas punibles realizadas por personas mayores de catorce (14) años y que no hayan cumplido los dieciocho (18) años de edad, dan lugar a responsabilidad penal ...”.

Es más, el mismo Código de la Infancia y la Adolescencia establece sanciones para los menores entre 14 y 18 años “...a quienes se les haya declarado su responsabilidad penal...”⁸ y no medidas de rehabilitación como lo establecía el Código del Menor de 1989.

4.1. Sanciones

4.1.1. Amonestación

En cuanto a la amonestación, el Código del Menor incluía la posibilidad de ser dirigida contra los representantes del menor y buscaban simplemente dar aviso para que las normas violadas por su conducta fueran observadas de allí en adelante. En el Código de la Infancia y la Adolescencia, la amonestación la hace la autoridad judicial al menor que ha ejecutado la conducta directamente y lleva consigo la exigencia de reparación del daño así como la obligación de asistir a un curso sobre respeto de los derechos humanos y convivencia ciudadana⁹. Es mucho más exigente la Ley 1098 que el código anterior respecto a las consecuencias de la amonestación.

4.1.2. Imposición de reglas de conducta

Acerca de la imposición de reglas de conducta, en el Código del Menor, esta medida de rehabilitación tenía varias modalidades: la obligación de asistir a centros educativos

8 Ley 1098 de 2006. Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia. Noviembre 8. *Diario Oficial* No. 46.446 de 8 de noviembre de 2006. Artículo 177.

9 Decreto 2737 de 1989 [Con fuerza de ley]. Por medio del cual se expide el Código del Menor. Noviembre 27. *Diario Oficial* No. 39.080 de 27 de noviembre de 1989; Ley 1098 de 2006. Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia. Noviembre 8. *Diario Oficial* No. 46.446 de 8 de noviembre de 2006. Artículo 182.

o de trabajo, de realizar tareas de interés comunitario, de participar en organizaciones creativas para el manejo del tiempo libre, asistir a ciertos programas definidos en el mismo código o la prohibición de acudir a ciertos lugares o tratar con ciertas personas¹⁰. La Ley 1098 de 2006 abrió en dos esta medida y la convirtió en la imposición de reglas de conducta como tal y en la prestación de servicios a la comunidad. La primera es, según el artículo 183 de dicha ley, la imposición de obligaciones, prohibiciones al adolescente “...*para regular su modo de vida, así como para promover y asegurar su formación...*”. La propia norma le pone un período máximo de 2 años de duración a esta sanción, lo que no pasaba en el Decreto-Ley 2737 de 1989. La segunda sanción, la de prestación de servicios a la comunidad, consiste en, según el artículo 184 de la Ley 1098 de 2006, “*la realización de tareas de interés general que el adolescente debe realizar*”. Esta disposición establece que el menor las realizará de modo gratuito, en un ambiente que no le sea nocivo, por máximo 6 meses y por máximo 8 horas semanales y de aplicación preferente en fines de semana o festivos o en días hábiles que no afecten su horario escolar. Las limitaciones incluidas en esta disposición no se encontraban en el Código del Menor.

4.1.3. Libertad asistida

La libertad asistida, regulada en ambos códigos, tenía un desarrollo más amplio en el código de 1989 pues contenía los requisitos que debían cumplirse por parte de la autoridad de vigilancia sobre el menor. A partir de la Ley 1098 de 2006, la libertad vigilada quedó simplemente en aceptar la obligación de seguir un programa de atención especializada no desarrollado con la profundidad con la que lo hacía el Código del Menor. En todo caso, la Ley 1098 sí fijó un plazo máximo de duración de la sanción de 2 años¹¹.

4.1.4. Ubicación institucional

El Código del Menor consagraba la ubicación institucional como medida de rehabilitación. Dicha norma consagraba, en su artículo 208, que la ubicación procedía “...*cuando no sea recomendable alguna de las otras medidas (...) por las características de la personalidad del menor y su medio familiar, la naturaleza de la infracción y las circunstancias en que se cometió...*”. Así mismo, el artículo 209, el inmediatamente siguiente, dispone que la ubicación del menor en medio

10 Decreto 2737 de 1989 [Con fuerza de ley]. Por medio del cual se expide el Código del Menor. Noviembre 27. *Diario Oficial* No. 39.080 de 27 de noviembre de 1989. Artículo 206.

11 Decreto 2737 de 1989 [Con fuerza de ley]. Por medio del cual se expide el Código del Menor. Noviembre 27. *Diario Oficial* No. 39.080 de 27 de noviembre de 1989. Artículo 207; Ley 1098 de 2006. Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia. Noviembre 8. *Diario Oficial* No. 46.446 de 8 de noviembre de 2006. Artículo 185.

cerrado es obligatoria “...1. Cuando se trate de una infracción a la ley penal, cometida mediante grave amenaza o violencia a las personas, 2. Por reiterada comisión de infracciones penales, 3. Por incumplimiento injustificado de la medida anteriormente impuesta...”. En todo caso, la ley establece ciertos requisitos que deben cumplir las instituciones.

Esta medida cambió con la nueva regulación. El Código de la Infancia y la Adolescencia tiene dos sanciones que corresponden a la ubicación institucional del Código del Menor. La primera es la internación en medio semicerrado, que es “...la vinculación del adolescente a un programa de atención especializado al cual deberán asistir obligatoriamente durante horario no escolar o en los fines de semana...”¹². Esta sanción, por mandato de la ley, no puede exceder de 3 años.

4.1.5. Privación de la libertad

En cuanto a la privación de la libertad ésta se encuentra regulada en el artículo 187 de la Ley 1098 de 2006, se aplica a los mayores de 16 años y menores de 18 años cuando cometan delitos que acarreen pena mínima de 6 años o más según el Código Penal. La privación podrá ser decretada de 1 a 5 años. Hay una excepción a esta regla general y se da cuando un adolescente mayor de 14 años y menor de 18 cometa extorsión, homicidio doloso o secuestro, donde la sanción se impondrá por un término de 2 a 8 años. En todo caso, parte de la sanción puede ser sustituida por servicios a la comunidad, compromisos o buen comportamiento, pero su incumplimiento hará perder estos beneficios. Cabe decir que si el menor cumple los 18 años bajo esta sanción, permanecerá hasta que cumpla los 21 años y no podrá trasladarse a la persona a un sitio de reclusión de mayores de edad. Otra innovación del Código de la Infancia y la Adolescencia es una lista de derechos del menor privado de su libertad incluida en el artículo 188 de dicha ley.

El sistema de responsabilidad penal para adolescentes, entonces, se basa en la protección y recuperación del menor y tiene como finalidad de las sanciones anteriormente señaladas la protección, educación y restauración¹³. Dichas sanciones, además, se imponen teniendo en cuenta criterios como la naturaleza y gravedad del delito cometido, la proporcionalidad y necesidad de la sanción, la edad del adolescente, el incumplimiento de otras sanciones entre otros definidos por el artículo 179 del Código de la Infancia y la Adolescencia.

12 Ley 1098 de 2006. Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia. Noviembre 8. *Diario Oficial* No. 46.446 de 8 de noviembre de 2006. Artículo 186.

13 Ley 1098 de 2006. Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia. Noviembre 8. *Diario Oficial* No. 46.446 de 8 de noviembre de 2006. Artículo 178.

4.2. Los menores de 14 años

Por mandato del Código de la Infancia y la Adolescencia, en el artículo 142, las personas menores de 14 años “...no serán juzgadas ni declaradas responsables penalmente...” sin perjuicio de la responsabilidad civil “...de los padres o representantes legales...”. Esta es una gran diferencia con el Código del Menor que presumía igualmente inimputables a todos los menores de dieciocho años.

Esta misma ley determina, en el artículo siguiente, que corresponde al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) establecer “...los lineamientos técnicos para los programas especiales de protección y restablecimiento de derechos, destinados a la atención de los niños, niñas o adolescentes menores de catorce (14) años que han cometido delitos...”¹⁴. De acuerdo con este documento, “...la ausencia de responsabilidad penal del niño, niña o adolescente menor de catorce (14) años, determina que no son sujetos de juzgamiento, aunque de hecho, pueda que esté plenamente identificada su efectividad en la comisión de la conducta punible...”¹⁵.

Una vez identificada dicha participación, se pueden imponer medidas de carácter pedagógico. El ICBF incluye dentro de dichas medidas la amonestación con asistencia a curso pedagógico, el retiro inmediato del niño de la actividad que amenaza, la ubicación inmediata en medio familiar y la ubicación en centro de emergencia¹⁶. Estas medidas no son sanciones y no están incluidas en el capítulo del sistema de responsabilidad penal del Código de la Infancia y la Adolescencia sino que son catalogadas como “medidas de restablecimiento de derechos” reafirmando la ausencia de responsabilidad penal de los menores de 14 años.

5. AGRAVACIÓN PUNITIVA

El Código Penal de 1980 incluía como circunstancia de agravación punitiva el cometer la conducta punible valiéndose de un inimputable según lo dispuesto en el artículo 66 numeral 6 de dicho compendio normativo. Resulta clarísimo que, bajo la presunción

14 Ley 1098 de 2006. Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia. Noviembre 8. *Diario Oficial* No. 46.446 de 8 de noviembre de 2006. Artículo 143 Parágrafo 2°.

15 Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, “Lineamiento técnico administrativo para la atención de niños, niñas y adolescentes menores de 14 años que se presume o hayan incurrido en la comisión de un delito”, 2009, pág. 24.

16 Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, “Lineamiento técnico administrativo para la atención de niños, niñas y adolescentes menores de 14 años que se presume o hayan incurrido en la comisión de un delito”, 2009, pág. 32; Ley 1098 de 2006. Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia. Noviembre 8. *Diario Oficial* No. 46.446 de 8 de noviembre de 2006. Artículo 53.

del menor como inimputable, utilizar a un menor para la ejecución de la conducta punible resulta en agravación. El artículo que regula las circunstancias de mayor punibilidad en el Código Penal de 2000, artículo 58, incluye, en su numeral 11, valerse de un inimputable como circunstancia de agravación. Sin embargo, no constituye circunstancia de agravación punitiva utilizar a un menor de edad para la comisión de la conducta punible, ya que la norma aludida donde están estas circunstancias no habla de menores de edad. Así, la norma que agrava cuando se utiliza un inimputable no es aplicable puesto que los menores ya no son inimputables para el Código Penal. ¿Y por qué no aplicarla por analogía a casos de menores? Porque es un principio del ordenamiento penal que la analogía se utiliza sólo “...*en materias permisivas...*” según el artículo 6 del Código Penal. La agravación no es, bajo ningún punto de vista, una materia favorable. Así, queda la duda de qué sucede si se utiliza un menor de edad para cometer un delito a la luz de la nueva concepción del menor como penalmente responsable.

Una posible explicación para esta anomalía del código es que, como se señaló anteriormente, la presunción de inimputabilidad del menor sí estuvo presente en el proyecto del código penal. Con la presunción presente, esta disposición de agravación punitiva tiene todo el sentido puesto que el menor queda incluido bajo el rótulo de “inimputable”. Al eliminarse la presunción, es posible que no se cambiara el artículo de circunstancias de mayor punibilidad, dejando un vacío en la ley penal.

Si bien no es objeto central de este artículo, es necesario dejar planteado este vacío legal ya que pudiese ser importante una posterior revisión.

6. DERECHO COMPARADO

En el derecho comparado vemos que el tratamiento del menor de edad difiere al tratamiento que les da la legislación colombiana. Hay claras diferencias entre los sistemas de derecho continental y el derecho anglosajón. Por ello, examinaremos brevemente el sistema penal, en lo pertinente a esta investigación, de Estados Unidos.

En cuanto al derecho estadounidense es preciso entender que los menores de edad tienen un sistema de responsabilidad juvenil. Sin embargo, en el país norteamericano, muchos de sus estados aún conservan la posibilidad de juzgar a los menores de edad como adultos en ciertas circunstancias. Por ejemplo, el estado de Pennsylvania no tiene, en cuanto a homicidio, un límite de edad desde el cual una persona pueda ser llevada a la justicia ordinaria. Depende del caso si el menor es o no juzgado como un adulto.

La gran diferencia del sistema penal colombiano con el estadounidense viene desde el mismo fin de la pena. De acuerdo con la asociación de firmas de abogados

de Estados Unidos, el fin del sistema de responsabilidad juvenil es rehabilitar, no castigar¹⁷. Lo segundo es lo que se busca en los adultos. Además, según la misma asociación, los delincuentes juveniles (entre los 14 y los 18 años de edad) que cometen delitos graves como delitos sexuales, hurto con armas u homicidio son considerados adultos, en algunos estados, y sólo se someten al sistema de responsabilidad juvenil si así lo decide el juez de la jurisdicción penal ordinaria¹⁸. Es decir, ya no van a la justicia ordinaria por vía excepcional.

Basta observar ejemplos de los compendios penales de los diferentes estados de ese país para ver la gran diferencia entre el tratamiento de los menores con respecto a Colombia. El Código Penal del estado de California establece que toda persona puede ser penalmente responsable excepto los menores de 14 años cuando no exista prueba que demuestre que entendían la ilicitud del acto cometido¹⁹. Además, el estatuto de California es aún más rígido y determina que intentar defenderse arguyendo pérdida de capacidad mental está prohibido en los procesos penales así como en el sistema de responsabilidad juvenil. Así, cualquier enfermedad, trauma, intoxicación o defecto no pueden utilizarse como defensa para probar que no existía capacidad del acusado de entender la ilicitud de su actuación²⁰. Exceptúa la propia ley la enfermedad mental debidamente probada.

Es interesante ver cómo la posibilidad de juzgar a un menor bajo las normas penales para adultos depende del entendimiento del menor del ilícito que está cometiendo. Es decir, al menor se le analiza dependiendo del caso y no se predica un tratamiento especial para cualquier evento en el que se vea involucrado en un delito. Mejor dicho, el menor de edad se juzgará como tal si su condición de menor en esa acción específica hace imposible la comprensión de la ilicitud en cuestión. Esto es muy diferente a lo que pasaba bajo la presunción del menor como inimputable que había en la legislación colombiana donde la condición del menor siempre acarrearía un tratamiento especial. A su vez, esta concepción del derecho estadounidense es también muy distinta al tratamiento del menor del Código Penal de 2000 pues no hay que buscar la comprensión de la ilicitud cometida ya que el menor será juzgado bajo un sistema especial sea cual sea el caso. Lo que es constante

17 http://www.abanet.org/publiced/practical/criminal/juvenile_adult_differ.html

18 http://www.abanet.org/publiced/practical/criminal/juveniles_as_adults.html

19 "All persons are capable of committing crimes except those belonging to the following classes: One—Children under the age of 14, in the absence of clear proof that at the time of committing the act charged against them, they knew its wrongfulness" California Penal Code, Section 26.

20 "The defense of diminished capacity is hereby abolished. In a criminal action, as well as any juvenile court proceeding, evidence concerning an accused person's intoxication, trauma, mental illness, disease or defect shall not be admissible to show or negate capacity to form the particular purpose, intent, motive, malice aforethought, knowledge or other mental state required for the commission of the crime charged" California Penal Code, Section 25 (a).

en el derecho estadounidense es un límite de edad, en la mayoría de los estados, a partir de la cual se puede predicar responsabilidad penal. De allí en adelante, se evalúa al menor según el delito cometido y su actuación posterior para verificar si comprendía o no la ilicitud del acto que llevó a cabo. La Corte Suprema del estado de Washington enumeró, en un caso donde un menor no fue juzgado en un delito sexual por su edad (11 años), siete factores que deben tenerse en cuenta al momento de decidir juzgar a un menor de edad como adulto:

- El delito cometido
- La edad y madurez del menor
- Si el menor mantuvo su acción en secreto
- Si el menor le dijo a la víctima (si es el caso) que guardara silencio
- La existencia de acusaciones anteriores sobre acciones similares
- Cualquier consecuencia emanada de aquella acción anterior
- El reconocimiento, por parte del menor, de la ilicitud y posible castigo de ese acto²¹

En todo caso, un menor que pretenda ser acusado como adulto puede presentar la ya aludida defensa de falta de capacidad por razón de su edad (*infancy defense*). Es interesante ver cómo en Estados Unidos esta defensa se presenta durante un proceso penal como tal y no, contrario a Colombia, se aplica automáticamente al menor por el hecho de ser menor.

En relación a las penas más graves del sistema jurídico americano, la pena de muerte y la prisión perpetua, ha habido desarrollos jurisprudenciales y argumentos muy interesantes para defender su constitucionalidad.

Respecto a la pena de muerte, totalmente prohibida por la constitución colombiana, el sistema estadounidense aún la acepta en los estados que así lo decidan. La pena de muerte sólo fue abolida para los menores de 16 años hasta 1988 cuando la Corte Suprema así lo decidió en la sentencia *Thompson vs. Oklahoma*. En esta decisión, la Corte aceptó que la pena de muerte para los menores de 16 años era un castigo “cruel e inusual” a la luz de la octava enmienda de la Constitución estadounidense y, por ello, no podía seguir aplicándose. La decisión fue aprobada por 5 jueces, 3 votaron en contra y uno de ellos no tomó parte.

21 “(1) the nature of the crime, (2) the child’s age and maturity, (3) whether the child evidenced a desire for secrecy, (4) whether the child told the victim (if any) not to tell, (5) prior conduct similar to that charged, (6) any consequences that attached to that prior conduct, and (7) whether the child had made an acknowledgment that the behavior is wrong and could lead to detention.” *State vs. Ramer*, Corte Suprema de Washington. Tomado de *Washington State Criminal Justice Training Commission Law Enforcement Digest*, 2004, pág. 16.

Un año más tarde, en el caso *Stanford vs. Kentucky*, la Corte Suprema revisó la constitucionalidad, a la luz del mismo aparte de la carta suprema de Estados Unidos, de la imposición de la pena de muerte a un joven de 17 años. Concluyó la Corte que la pena capital es constitucional para personas de 16 y 17 años y no constituye un trato “cruel e inusual”. Sólo hasta el año 2005, en el caso *Roper vs. Simmons*, la Corte declaró inconstitucional la pena de muerte para menores de 18 años. La decisión volvió a basarse en la octava enmienda de la Constitución americana.

Lo interesante de todo el análisis de la pena capital son las razones jurídicas en las que se fundan los fallos, pues la Corte Suprema Colombiana utiliza como argumento no bienes jurídicos que nosotros en nuestro sistema esperaríamos para estos casos, es decir, la vida, la dignidad humana o los derechos de los menores como fundamento de su decisión, mientras que las sentencia estadounidenses se basan en lo “usual” del castigo. La octava enmienda se refiere a castigos “cruels e inusuales”, no “cruels, inhumanos y degradantes” como lo establece la Constitución colombiana. Es decir, la base de un castigo posible en Estados Unidos es que no sea cruel, lo que la Corte Suprema estadounidense ha interpretado como “decente”, y que sea aceptada en el país.

Acerca de la otra pena prohibida por nuestra constitución y aceptada en Estados Unidos, la cadena perpetua, hay un vacío por parte de la Corte Suprema de ese país. Hoy en día hay, según Amnistía Internacional y Human Rights Watch, 2225 criminales sentenciados a cadena perpetua como menores de edad cumpliendo su sentencia en cárceles de Estados Unidos.

Es claro que el sistema penal norteamericano está fundado en criterios muy diferentes al nuestro. En Colombia, por mandato legal, es imposible declarar penalmente responsable a un menor de 14 años aún bajo el sistema de responsabilidad penal juvenil y la privación de la libertad en centro especializado opera para personas entre 16 y 18 años (excepcionalmente para personas de 14 ó 15 años). Y es claro que para nadie hay pena de muerte ni prisión perpetua por mandato expreso de la propia Constitución. Es más, la falta de capacidad por razón de la edad no es una defensa ante la justicia ordinaria, es el fundamento mismo de un sistema penal especial para los menores de edad.

7. CONCLUSIONES

A partir del análisis propuesto anteriormente podemos ver cómo el menor de edad ha cambiado para el derecho penal colombiano. Si bien nuestro sistema sigue partiendo de la base de la falta de plena capacidad penal del menor, se ha variado la presunción de su inimputabilidad por la de la responsabilidad penal atenuada. Es cierto que, a partir del examen de la legislación colombiana, el juez nunca ha tenido

que realizar una valoración sobre la verdadera capacidad del menor de edad en cuanto a la comprensión de la ilicitud al momento de cometer un delito. En el código de 1936, a pesar de no haber presunción de inimputabilidad, el menor, por su condición, recibía un tratamiento diferente al adulto pues se le imponían medidas de seguridad en lugar de penas a pesar de ser legalmente definido como delincuente.

Ya en 1980, con la presunción de derecho de la inimputabilidad del menor, el juez tampoco debía valorar el actuar del menor buscando su comprensión o no de la ilicitud cometida puesto que la presunción lo hacía irrelevante pues consideraba que tal capacidad simplemente nunca estaba presente. Así, el análisis no tenía por qué hacerse caso por caso, sino que la regla de derecho aplicaba para todos los menores por igual.

Esta ausencia de juicio por parte del funcionario judicial sobrevivió al cambio de legislación en materia penal, ya que la disposición del Código Penal actual hace irrelevante la capacidad de comprensión del ilícito por parte del menor delincuente pues lo remite a la jurisdicción especial de menores.

Resulta de cardinal importancia entender que nuestro sistema jurídico nunca ha pretendido que sea el juez quien deba hacer la valoración del menor como imputable o no. Esto permite un tratamiento equitativo y constante al someter a todos los menores a la misma regla. Cosa distinta sería si el juez tuviere la responsabilidad de evaluar la imputabilidad o no de cada menor en cada caso concreto, ya que se prestaría para tratamientos desiguales, pues los motivos que para un juez acarrear la posibilidad de imputar, podrían perfectamente llevar a otro juez a decretar la inimputabilidad del delincuente. Esto es lo que vemos en el derecho de los Estados Unidos, donde el juez sí hace esta valoración de capacidad penal.

Ahora bien, esta característica debe permanecer en el sistema legal colombiano por las ventajas que representa para la seguridad jurídica y la igualdad de tratamiento. Sin embargo, también es claro que el tratamiento previsto en la ley penal juvenil no representa una real motivación para que los jóvenes dejen de delinquir. Un menor que comete un delito y sólo recibirá una amonestación o un programa especializado de reeducación tiene “poco que perder”. Este es precisamente el tema central de cómo tratar a un menor delincuente.

¿Es el menor recuperable en la sociedad? Se debe hacer todo lo posible para asegurar su reintegro después de cumplida su sanción, pues el apartar al menor de la sociedad de manera permanente no parece ser la solución. Pero, ¿por qué un individuo de 17 años que comete el mismo delito que uno de 19 recibe una sanción y el otro una pena? Desafortunadamente, como en muchas otras áreas del derecho, hay que “pasar la raya” por algún lugar. La edad parece ser el criterio más adecuado para diferenciar a quien merece sanción y a quien merece pena, aún si ambos

tienen la misma capacidad para delinquir y cometen el mismo delito bajo las mismas circunstancias. De no aceptar el criterio de edad para distinguir a quien recibe sanción y a quien recibe pena, tendríamos que ir a la valoración de la capacidad caso por caso, y, con esto, cambiaríamos el valioso sistema legal que hemos tenido desde el código de 1936 por un sistema similar al estadounidense, donde la valoración de quién recibe pena y quién sanción corresponde al juez.

Lo que sí parece importante es que la comisión de delitos como menor de edad se incluya como circunstancia de agravación punitiva para los mayores de edad. Así, quien como menor recibió un castigo por un delito y lo siguió cometiendo al llegar a la mayoría de edad debe recibir una pena aumentada, puesto que su resocialización requerirá un mayor esfuerzo. Es decir, la reiteración de la misma conducta punible bajo la cual fue penalizado un joven debe conllevar agravación punitiva en caso de volverlo a cometer como mayor, pues estará desconociendo el esfuerzo que el Estado realizó buscando su reintegro a la sociedad.

BIBLIOGRAFÍA

- American Bar Association*. When are juveniles tried as adults? http://www.abanet.org/publiced/practical/criminal/juveniles_as_adults.html
- American Bar Association*. How do juvenile proceedings differ from adult criminal proceedings? http://www.abanet.org/publiced/practical/criminal/juvenile_adult_differ.html
- California Penal Code. <http://law.justia.com/california/codes/pen/25-29.html>
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-839 de 2001. MP MARCO GERARDO MONROY CABRA.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia de febrero 24 de 2010. MP JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ.
- Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América. *Thompson vs. Oklahoma*. 1988.
- Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América. *Stanford vs. Kentucky*. 1989.
- Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América. *Roper vs. Simmons*. 2005.
- Corte Suprema de Washington. *State vs. Ramer*. Tomado de “Washington State Criminal Justice Training Commission Law Enforcement Digest”, 2004.
- Decreto 2737 de 1989 [Con fuerza de ley]. Por medio del cual se expide el Código del Menor. Noviembre 27. *Diario Oficial* No. 39.080 de 27 de noviembre de 1989.
- GUTIÉRREZ, JOSÉ A. (2001). *La inimputabilidad penal derechos fundamentales y dogmática penal: La inimputabilidad como causal de ausencia de responsabilidad – conforme con el nuevo Código Penal*. Bogotá: Leyes.

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. (2009). *Lineamiento Técnico Administrativo para la Atención de Niños, Niñas y Adolescentes menores de 14 años que se presume o hayan incurrido en la comisión de un delito.*

Ley 906 de 2004. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Agosto 31. *Diario Oficial* No. 45.658 de 1 de septiembre de 2004.

Ley 1098 de 2006. Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia. Noviembre 8. *Diario Oficial* No. 46.446 de 8 de noviembre de 2006.

SOTOMAYOR, JUAN O. (1996). *Inimputabilidad y sistema penal.* Bogotá: Temis.