

## RESPONSABILIDAD O IRRESPONSABILIDAD PENAL DEL MENOR EN COLOMBIA: UN FALSO DILEMA

Juan Oberto SOTOMAYOR ACOSTA\*

**D**esde hace algún tiempo el tema del tratamiento jurídico penal de la delincuencia juvenil viene preocupando a distintos sectores sociales y gubernamentales de nuestro país. Lo curioso del caso es que tanto las preocupaciones de ciertos sectores de la sociedad golpeados realmente por la delincuencia juvenil existente en las grandes ciudades, como la de otros simplemente alarmados por lo que les muestran los medios de comunicación, al igual que las respuestas de los entes gubernamentales, parecen encaminarse en la misma dirección: la represión penal.

Para ello, de la mano de los medios de comunicación, por desinformación o por pura manipulación políticamente intencionada, se le ha hecho creer a la opinión pública, por un lado, que cuando el art. 165 del C. del M. considera al menor de 18 años "inimputable para todos los efectos penales", está afirmando al mismo tiempo que no es un sujeto responsable para el derecho penal; y, por otro, que es dicha irresponsabilidad la causa de la impunidad existente frente a la criminalidad de los jóvenes; por ende, la solución al problema estaría en "convertirlos" en sujetos penalmente responsables, para lo cual se supone que bastaría rebajar la edad penal a los 16, 14 o menos años, o inclusive con revivir el caduco criterio del "discernimiento", según el cual el menor debe estar sometido al sistema previsto para los

---

\* Profesor de Derecho Penal de la Universidad de Antioquia.

adultos cuando haya actuado con plena consciencia del significado del acto realizado<sup>1</sup>.

Sin embargo, la realidad es diferente, pues al menos desde un punto de vista jurídico estricto no todos los menores de 18 años, aunque sean catalogados como "inimputables", pueden considerarse irresponsables frente a la ley penal. La verdad es que conforme a la legislación vigente los mayores de 12 no sólo responden penalmente sino que frente a ellos tiene lugar una *reacción penal reforzada*, esto es, una respuesta penal que en muchos casos va más lejos, en términos represivos, que el derecho penal de adultos [Andrés Ibáñez, 1986].

## 1. MINORÍA DE EDAD Y RESPONSABILIDAD PENAL

### 1.1. LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL MENOR EN COLOMBIA

Lo primero que se hace necesario aclarar es, entonces, el sentido jurídico de la expresión "responsabilidad". Sobre el particular la teoría general del derecho considera "responsable" al sujeto susceptible de sanción por la realización de un comportamiento contrario al ordenamiento jurídico [Nino, 1983, 184-190; Kelsen, 1983, 108].

Aunque aceptando tal noción de "responsabilidad", en nuestro medio se ha entendido, inclusive por la Corte Constitucional, que los menores de 18 años no son responsables, con el argumento de que a ellos no se les sanciona o condena "sino que se les impone una medida rehabilitadora y protectora"<sup>2</sup>. Se pasa por alto, sin embargo, que una cosa es la naturaleza jurídica de un acto (si es o no una sanción) y otra muy diferente la finalidad que se persigue con el mismo. Por ejemplo, es distinto determinar si el *hecho* de encerrar a una persona en una prisión durante un tiempo determinado cuando realiza una conducta prevista en la ley como punible es una sanción o no, a establecer cuál es la finalidad a la que debe estar orientado dicho acto. Si lo primero dependiera de lo segundo, es cierto que los menores de 18 años no serían responsables penalmente dado que las medidas se les imponen con la finalidad de "protegerlos"; pero habría que admitir que tampoco lo serían los

1 Criterio que no sería más que un pretexto para imponerle al menor las penas aplicables a los adultos, pues, como señala Gallego García [1997, 94], "virtualmente, tornaría pasibles de pena a 'todos' los jóvenes, pues quienes defienden este criterio sostienen que tanto discernimiento tienen los menores delincuentes, que, precisamente, por ello, se 'atreveron' a delinquir". Sobre las críticas al criterio del discernimiento para determinar la imputabilidad del menor vid., por todos, a Cantarero [1988, 94-100].

2 Corte Constitucional, "Sentencia C-019 del 25 de enero de 1993", M.P.: C. Angarita Barón, en Zamora Avila [1993, 228].

adultos imputables, al menos si se acepta como finalidad de las penas privativas de la libertad la búsqueda de la rehabilitación social del condenado, pues en este caso, según la tesis de la Corte Constitucional, no se les estaría sancionando sino rehabilitando.

En realidad, desde lo jurídico sólo puede considerarse "sanción" el acto que cumple con los siguientes requisitos [Nino, 1983, 168-173; Agudelo Betancur, 1984, 47 ss]:

a) Ser un acto coercitivo, o sea, un acto de fuerza efectiva o latente. Lo que caracteriza a la sanción no es la aplicación efectiva de la fuerza sino la posibilidad de aplicación de la misma si fuere necesario en caso de oposición.

b) Tener por objeto la privación de un bien, la cual puede consistir en una supresión o una limitación del mismo.

c) Ser impuesto por una autoridad competente, por lo que no basta entonces con la ejecución material de un hecho para determinar su naturaleza sancionatoria; habrá de tenerse en cuenta si se obra con base en una atribución legal o no. Sólo de esta forma es posible diferenciar entre un secuestro y la imposición de una pena de prisión, entre la ejecución de una pena de muerte y un asesinato, etc.

d) Ser consecuencia de la realización de una determinada conducta. Esto quiere decir que sólo puede hablarse de sanción en aquellos casos en que la reacción estatal se ejerce como respuesta a alguna actividad voluntaria de un agente, o sea, cuando se realiza una conducta mediando la posibilidad de omitir. De ahí que si en una comunidad se desata una epidemia y la autoridad dispone la vacunación obligatoria para evitar una contaminación, tal medida no puede considerarse una sanción, a pesar de implicar una restricción de la libertad de manera coercitiva y de ser impuesta por una autoridad competente; la sanción presupone la realización de una conducta, la cual falta en el ejemplo propuesto. En el ámbito jurídico penal dicha conducta consiste, por supuesto, en la realización de una conducta prevista como punible en la ley penal.

Por lo anterior, debe reconocerse que en mayor o menor grado las medidas previstas en el art. 204 del actual Código del Menor (amonestación, imposición de reglas de conducta, libertad asistida y ubicación institucional)<sup>3</sup> cumplen con todos estos requisitos y que por tanto estamos en presencia de verdaderas sanciones

3 Este artículo prevé también la posibilidad de imponerle al menor "Cualquiera otra medida que contribuya a la rehabilitación del menor", pero entendemos que ello no es posible dado que implicaría una flagrante violación del principio de legalidad, pues la medida la estaría creando el juez y no la ley.

penales, aunque, eso sí, de una entidad diversa a las penas previstas en el C.P. para los adultos imputables, pero sanciones en todo caso.

Ahora bien, dado que estas sanciones se imponen al menor de 18 y mayor de 12 años como consecuencia de la realización de un hecho previsto en la ley como punible, cabe concluir también que tales sujetos son penalmente responsables, por cuanto están siendo sancionados -aunque de manera distinta al adulto- por la realización de actos antijurídicos. Por ello, al menos en nuestro país, la inimputabilidad no es una causa de exclusión de la responsabilidad penal, pues no excluye la sanción penal sino sólo una de ellas: las penas [Agudelo Betancur, 1984, 51 ss; Fernández Carrasquilla, 1982, 326 ss; Sotomayor Acosta, 1996c, 203 ss]. Luego, si según nuestra ley penal el trastornado mental, el inmaduro psicológico y el menor de 18 años son inimputables, ello sólo es cierto en el sentido de que están exentos de las penas que el C.P. prevé para el imputable; pero no en cuanto a que sean penalmente irresponsables, ya que de todas maneras se les impone otra clase de sanciones como consecuencia de sus acciones.

Distinto es el caso de los menores de 12 años, a quienes no se les puede imponer ninguna de las mencionadas sanciones; éstos, a lo sumo, estarán sujetos a las medidas establecidas en el art. 57 del C. del M., las cuales son de naturaleza administrativa y no penal pues sólo proceden si el menor ha sido declarado en situación de abandono o de peligro. De ahí que el menor de 12 años no pueda considerarse penalmente responsable.

En definitiva, en relación con los menores de 18 años<sup>4</sup> [Sotomayor Acosta, 1996a] el derecho penal colombiano obliga a realizar la siguiente distinción:

a) Los menores de 12 años no sólo deben considerarse inimputables, en cuanto exentos de pena, sino también penalmente irresponsables de las infracciones a la ley penal, ya que para ellos no se prevé sanción alguna; los menores de esta edad, como ya se dijo, podrán quedar sometidos a medidas de carácter administrativo,

4 Los mayores de 18 años, en cuanto mayores de edad, son considerados imputables, plenamente responsables frente a la ley penal y por tanto sometidos a las penas establecidas en el C.P. (si se dan los demás requisitos). A no ser que actúen en trastorno mental o inmadurez psicológica, eventos en los cuales también serían catalogados como inimputables. Aunque, de todas formas, los inimputables por inmadurez psicológica o trastorno mental siguen siendo penalmente responsables (pero al igual que los menores 18 y mayores de 12 años, en menor grado, ya no por su edad sino por su trastorno mental o inmadurez psicológica), ya que se verían sometidos al régimen sancionatorio de las medidas de seguridad previsto en el Código Penal. Se puede presentar, no obstante, el caso de inimputables por trastorno mental que están exentos no sólo de pena sino también de toda responsabilidad penal, como sucede en los eventos de trastorno mental transitorio sin secuelas [Agudelo Betancur, 1991, 83-84].

siempre y cuando sean declarados en "situación de abandono o de peligro"; pero en este evento la medida administrativa se fundamenta en la "situación de abandono o de peligro" del menor (la que de todas formas deberá comprobarse siempre en cada caso concreto) y no en la realización de la conducta señalada como delito, la cual, a la sumo, podrá entenderse como un indicio de que el niño se encuentra en alguna de las situaciones "típicas" de abandono o peligro a que se refiere el C. del M.

b) Los mayores de 12 y menores de 18 años, por su parte, si bien deben tratarse también como inimputables, pues están exentos de pena, a diferencia de los menores de 12 años sí son penalmente responsables de los hechos delictivos que realicen; lo que sucede es que, dada su condición de menores y por fundadas razones incluso de rango constitucional [Sotomayor Acosta, 1996c, 258-260], son merecedores de una respuesta penal diversa, adecuada a su edad; de ahí que no se les impongan las sanciones previstas en el C.P. sino las establecidas en el C. del M.

## 1.2. EL FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL MENOR

La doctrina tradicional y mayoritaria en nuestro medio ha entendido, en mayor o menor grado, que este tratamiento del menor como inimputable se fundamenta en su supuesta inmadurez psicológica. En efecto, de la mano del paternalismo autoritario propio de la denominada "ideología tutelar" (o "doctrina de la situación irregular") [Andrés Ibáñez, 1986; García Méndez, 1994, 22 ss], se ha considerado que el menor, en cuanto tal, está apenas en la etapa de desarrollo de la personalidad, lo cual, o no le permite comprender plenamente las exigencias propias del universo normativo, o le impide adecuar su comportamiento a tales exigencias. En palabras de Reyes Echandía [1986, 257], "la inmadurez psicológica está ligada a la minoría de edad, en cuanto solamente el decurso del tiempo va fortaleciendo los perfiles intelectivos, volitivo y afectivo de la personalidad. Mientras la persona no adquiera ese grado de plenitud sicosomática que le permita distinguir cabalmente los planos jurídico y antijurídico y actuar motivadamente en tal respecto, habrá de ser tenido y tratado como inimputable" [también, Ruiz, 1980, 100; Giraldo Angel, 1982, 23; Estrada Vélez, 1986, 257-259; Fernández Carrasquilla, 1989, 245-246]<sup>5</sup>

5 Otros autores nacionales se muestran de *lege ferenda* partidarios del criterio del discernimiento, lo cual, en nuestra opinión, no implica necesariamente abandonar el concepto de inmadurez psicológica como fundamento de la inimputabilidad del menor, pues en el fondo con tal postura sólo se cuestiona el hecho de que ella se presuma por el legislador a una determinada edad; tal es el caso de Calderón Cadavid, [1987, 69-70] y Pérez [1981, 337], quien si bien no se refiere

No obstante, vale la pena resaltar que la inimputabilidad (mas no irresponsabilidad) del menor sostenida en estos términos, si bien se sostuvo de manera más o menos pacífica por la doctrina nacional mientras rigió la minoría de edad penal de los 16 años dispuesta por el C.P., comenzó a ser discutida por algunos al entrar en vigencia el 1 de marzo de 1990 del C. del M., que elevó la minoría de edad penal hasta los 18 años. Fue sólo a partir de este momento que se iniciaron verdaderas campañas para rebajar nuevamente dicha edad, con el argumento de que en Colombia los niños "maduran" a muy temprana edad; además, sólo en este momento se "descubrió" la falacia de la tesis sostenida por la mayoría hasta el momento, según la cual un menor de edad no tiene capacidad de comprender la ilicitud de los actos que realiza o de determinarse conforme a dicha comprensión.

Y es que, en verdad, por lo menos en este punto están en lo cierto quienes asumen esta posición crítica frente a la fundamentación tradicional de la inimputabilidad del menor, pues la consideración de éste (trátese de un menor de 18 o de 16 años) como inmaduro psicológico resulta científicamente insostenible, además de inconveniente desde la perspectiva político-criminal de los derechos del niño.

En primer lugar, porque la realidad psíquica de un individuo no se agota en sus capacidades cognoscitivas y volitivas como parece plantearlo el art. 31, y mucho menos puede afirmarse con un mínimo de seriedad que la "madurez psicológica", cualquier cosa que ella sea, se adquiera a determinada edad, pues el parámetro para medir el desarrollo de un joven no puede ser el grado de "madurez" de un adulto sino el de otro niño de su edad, pues sólo en relación con los de su misma edad podría quizás plantearse que alguien es maduro o inmaduro [Velásquez, 1983, 725].

Luego, no se trata de que el menor de 18 años sea inmaduro por tener dicha edad, sino que puede serlo si su desarrollo no se corresponde con su edad. Y esto no es mero "formalismo", como opina Fernández Carrasquilla [1989, 246], quien afirma que si bien el menor puede ser considerado maduro para su edad, ello no impide considerarlo inmaduro "con respecto a una edad superior"; pero tal concepción de la responsabilidad juvenil conlleva la descalificación

---

directamente al discernimiento, de todas maneras se muestra partidario de un concepto "antropológico y social" antes que aritmético para la determinación de la mayoría de edad penal. Una posición diferente, aunque al parecer sólo de *lege ferenda*, es la de Velásquez [1997, 575].

existencial y estigmatización del joven en términos de anormalidad [Cantarero, 1988; González Zorrilla, 1983; Bustos Ramírez, 1989], esto es, como alguien que no ha alcanzado las características fundamentales del hombre, cuales son el conocimiento y la voluntad. Así se pierde de vista, como ya algunos han puesto de presente [Andrés Ibáñez, 1986, 219; Pitch, 1989, 116-119], que los adolescentes, como los preadolescentes, no son simplemente "inmaduros" en camino hacia la "madurez" cual si de vegetales se tratara. Tienen una "madurez" específica, que es la que corresponde a una situación como la suya, de no menor complejidad, problematicidad y riqueza que la de los adultos y que constituye un momento particular de un proceso de socialización de carácter interactivo. Fase de transición, como todas, pero con una clara sustantividad y en sí mismo significativa.

Esta concepción del menor como un "adulto incompleto" sostiene y proyecta también una consideración ontológica y estática de la responsabilidad, valorada como algo que se tiene a partir de determinada edad o de la presencia de determinados requisitos biopsíquicos; la misma aparece, por tanto, como una variable y un requisito constitutivo de la personalidad "madura", "sana" o "normal", con el agravante de circunscribir la responsabilidad al ligamen entre individuo y acción, prescindiendo del espacio social como marco de referencia [Andrés Ibáñez, 1986, 220]. De igual forma, tal planteamiento conduce a otra serie de consecuencias sin duda criticables; por ejemplo, al excluir del ámbito penal la responsabilidad de una acción, ésta no resulta afrontada en términos específicos, es decir, de responsabilidad en ningún otro ámbito, por lo que tiene lugar una pérdida de responsabilidad general, abriendo paso, de manera informal, a una zona de alto riesgo de confusión y pérdida de subjetividad [Andrés Ibáñez, 1986, 220; De Leo, 1983, 329 ss; Cantarero, 1985, 118].

Sostener, así sea de *lege lata*, una fundamentación de la inimputabilidad del menor de edad a partir de su supuesta inmadurez psicológica, implica en últimas asumir una explicación etiológica de la delincuencia juvenil, al afirmar la existencia de un nexo entre "madurez" (edad) y delito (desviación), a todas luces rechazable. En realidad, como ha puesto de presente De Leo [1983, 336], un incompleto estadio de madurez "no representa de por sí una mayor predisposición a la desviación; e incluso cuando concurren carencias de madurez y comportamientos desviados en un mismo sujeto, es científicamente infundado considerar las primeras como causa de los segundos". Lo más grave es que relacionar, en clave etiológica, la inmadurez y la incapacidad de comprender y de querer, o la inmadurez y la comisión de comportamientos desviados, tiene incalculables consecuencias sobre el plano cultural, institucional, operativo e inclusive psicológico, por cuanto favorece

la creación y mantenimiento de estereotipos en el conocimiento y explicación de la desviación juvenil, así como en las diferentes respuestas de las instancias de control y, como ya se apuntó, sobre la propia interpretación de parte de los menores (desviados o no) de su relación con la justicia penal y sobre el significado de sus propios comportamientos [De Leo, 1983, 336-337].

Por lo anterior, bajo ninguna circunstancia puede aceptarse que la expresión "inmadurez psicológica" a la que se refiere el art. 31 del C.P. incluye también a los menores de edad. Por el contrario, lo correcto será, en consecuencia, concluir que en Colombia la inimputabilidad, por un lado, no excluye la responsabilidad penal y, por otro, que los factores que la originan no se agotan en la fórmula del art. 31 del C.P., según el cual "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". En razón de que no pueden considerarse inmaduros psicológicos y mucho menos trastornados mentales, debe deducirse que por fuera de este artículo quedan, por tanto, el menor de 18 años y el indígena [Sotomayor Acosta, 1996b], quienes no obstante pueden seguir siendo considerados como inimputables a efectos penales (exentos de pena), pero no porque sean incapaces de comprender o de determinarse, sino porque al igual que el trastornado mental y el inmaduro psicológico se encuentran, en un caso por la edad y en el otro por razones socio-culturales, en una situación de desigualdad manifiesta que no permite en forma legítima exigirles las mismas respuestas que se pueden esperar del imputable [Sotomayor Acosta, 1996c, 256 ss; Albrecht, 1992; González Zorrilla, 1992], lo cual justifica una respuesta sancionatoria de entidad y naturaleza diversa a la pena.

Ahora bien, si como hemos visto, en nuestro ordenamiento jurídico actual la inimputabilidad no implica necesariamente exclusión de la sanción penal (sino sólo de la pena) y por tanto tampoco de la responsabilidad penal general, debe concluirse que al menos por el momento la inimputabilidad penal encuentra su fundamento no en la inexigibilidad sino en la menor exigibilidad de respuesta del sujeto, en razón de su situación de desigualdad manifiesta [Sotomayor Acosta, 1996c, 256 ss; Bustos Ramírez, 1982].

## 2. LA RESPUESTA PENAL FRENTE AL MENOR COMO

### REACCIÓN PENAL REFORZADA

Según señalamos atrás, no se trata sólo de que, en contra de lo que se ha hecho creer, el menor de 18 años (y mayor de 12) sí responde penalmente, sino que, al

menos desde el punto de vista legal, frente a esta intervención penal el menor aparece como un sujeto con menores garantías, como consecuencia del predominio, también en nuestra legislación, como en la de casi todo el continente, de la ya mencionada "doctrina de la situación irregular" [García Méndez, 1994]. Veamos:

a) Aunque en un comienzo puede pensarse que la respuesta penal frente al menor es mucho más benévola pues entre las medidas aplicables al menor (art. 204 del C. del M.) sólo la "ubicación institucional" (eufemismo por reclusión) es privativa de la libertad, lo cierto es que los criterios de los que se hace depender su imposición la convierten en la medida aplicable a los menores por excelencia, entre otras por las siguientes razones [Londoño Berrío; Sotomayor Acosta, 1990, 320-321]: dicha reclusión es posible cuando el juez considere que el medio familiar no es "adecuado" para el menor (arts. 203-2 y 208), lo cual es de suponer sucede cuando existen situaciones de pobreza o de "insolvencia moral" de los padres o de las personas de las que depende el menor. Dado que la selectividad del sistema penal de menores no difiere de la del sistema penal de adultos, en última instancia la aplicación de la medida de reclusión recaerá casi exclusivamente sobre los jóvenes pertenecientes a los estratos sociales más bajos.

Como si lo anterior fuera poco, el internamiento en una institución cerrada resulta obligatorio (art. 209) no sólo en razón del incumplimiento injustificado de una medida anteriormente impuesta, sino cuando el hecho se realiza "mediante grave amenaza o violencia a las personas" (no se relacionan hechos en particular por lo que puede tratarse de cualquier hecho punible) y por "reiterada comisión de infracciones penales". En otras palabras, hechos punibles que cometidos por adultos no darían lugar a privación de la libertad, originan sin embargo la reclusión del menor (v. gr. algunas lesiones personales), e instituciones como la reincidencia que por represiva y contraria a principios constitucionales fueron excluidas del C.P., inexplicablemente aparecen consagradas en el C. del M.

b) El art. 163 del C. del M. no reguló debidamente el principio de legalidad, pues sólo consagró la garantía de la legalidad hecho, mas no así la de la sanción, lo cual lleva a que más adelante (art. 204-5) se diga que fuera de las medidas allí previstas de forma expresa, el juez podrá imponer "cualquier otra medida que contribuya a la rehabilitación del menor", desconociendo así el más sagrado de los principios del derecho penal.

c) Pese a que el propio C. del M. dispone en su art. 17 que todo menor acusado de haber infringido las leyes "tiene derecho a que se respeten sus garantías constitucionales y procesales, así como a la asistencia jurídica adecuada para su defensa", en algunos casos los menores continúan viendo disminuidas sus garantías

la creación y mantenimiento de estereotipos en el conocimiento y explicación de la desviación juvenil, así como en las diferentes respuestas de las instancias de control y, como ya se apuntó, sobre la propia interpretación de parte de los menores (desviados o no) de su relación con la justicia penal y sobre el significado de sus propios comportamientos [De Leo, 1983, 336-337].

Por lo anterior, bajo ninguna circunstancia puede aceptarse que la expresión "inmadurez psicológica" a la que se refiere el art. 31 del C.P. incluye también a los menores de edad. Por el contrario, lo correcto será, en consecuencia, concluir que en Colombia la inimputabilidad, por un lado, no excluye la responsabilidad penal y, por otro, que los factores que la originan no se agotan en la fórmula del art. 31 del C.P., según el cual "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". En razón de que no pueden considerarse inmaduros psicológicos y mucho menos trastornados mentales, debe deducirse que por fuera de este artículo quedan, por tanto, el menor de 18 años y el indígena [Sotomayor Acosta, 1996b], quienes no obstante pueden seguir siendo considerados como inimputables a efectos penales (exentos de pena), pero no porque sean incapaces de comprender o de determinarse, sino porque al igual que el trastornado mental y el inmaduro psicológico se encuentran, en un caso por la edad y en el otro por razones socio-culturales, en una situación de desigualdad manifiesta que no permite en forma legítima exigirles las mismas respuestas que se pueden esperar del imputable [Sotomayor Acosta, 1996c, 256 ss; Albrecht, 1992; González Zorrilla, 1992], lo cual justifica una respuesta sancionatoria de entidad y naturaleza diversa a la pena.

Ahora bien, si como hemos visto, en nuestro ordenamiento jurídico actual la inimputabilidad no implica necesariamente exclusión de la sanción penal (sino sólo de la pena) y por tanto tampoco de la responsabilidad penal general, debe concluirse que al menos por el momento la inimputabilidad penal encuentra su fundamento no en la inexigibilidad sino en la menor exigibilidad de respuesta del sujeto, en razón de su situación de desigualdad manifiesta [Sotomayor Acosta, 1996c, 256 ss; Bustos Ramírez, 1982].

## 2. LA RESPUESTA PENAL FRENTE AL MENOR COMO

### REACCIÓN PENAL REFORZADA

Según señalamos atrás, no se trata sólo de que, en contra de lo que se ha hecho creer, el menor de 18 años (y mayor de 12) sí responde penalmente, sino que, al

menos desde el punto de vista legal, frente a esta intervención penal el menor aparece como un sujeto con menores garantías, como consecuencia del predominio, también en nuestra legislación, como en la de casi todo el continente, de la ya mencionada "doctrina de la situación irregular" [García Méndez, 1994]. Veamos:

a) Aunque en un comienzo puede pensarse que la respuesta penal frente al menor es mucho más benévola pues entre las medidas aplicables al menor (art. 204 del C. del M.) sólo la "ubicación institucional" (eufemismo por reclusión) es privativa de la libertad, lo cierto es que los criterios de los que se hace depender su imposición la convierten en la medida aplicable a los menores por excelencia, entre otras por las siguientes razones [Londoño Berrío; Sotomayor Acosta, 1990, 320-321]: dicha reclusión es posible cuando el juez considere que el medio familiar no es "adecuado" para el menor (arts. 203-2 y 208), lo cual es de suponer sucede cuando existen situaciones de pobreza o de "insolvencia moral" de los padres o de las personas de las que depende el menor. Dado que la selectividad del sistema penal de menores no difiere de la del sistema penal de adultos, en última instancia la aplicación de la medida de reclusión recaerá casi exclusivamente sobre los jóvenes pertenecientes a los estratos sociales más bajos.

Como si lo anterior fuera poco, el internamiento en una institución cerrada resulta obligatorio (art. 209) no sólo en razón del incumplimiento injustificado de una medida anteriormente impuesta, sino cuando el hecho se realiza "mediante grave amenaza o violencia a las personas" (no se relacionan hechos en particular por lo que puede tratarse de cualquier hecho punible) y por "reiterada comisión de infracciones penales". En otras palabras, hechos punibles que cometidos por adultos no darían lugar a privación de la libertad, originan sin embargo la reclusión del menor (v. gr. algunas lesiones personales), e instituciones como la reincidencia que por represiva y contraria a principios constitucionales fueron excluidas del C.P., inexplicablemente aparecen consagradas en el C. del M.

b) El art. 163 del C. del M. no reguló debidamente el principio de legalidad, pues sólo consagró la garantía de la legalidad hecho, mas no así la de la sanción, lo cual lleva a que más adelante (art. 204-5) se diga que fuera de las medidas allí previstas de forma expresa, el juez podrá imponer "cualquier otra medida que contribuya a la rehabilitación del menor", desconociendo así el más sagrado de los principios del derecho penal.

c) Pese a que el propio C. del M. dispone en su art. 17 que todo menor acusado de haber infringido las leyes "tiene derecho a que se respeten sus garantías constitucionales y procesales, así como a la asistencia jurídica adecuada para su defensa", en algunos casos los menores continúan viendo disminuidas sus garantías

procesales, situación esta que quizás no sea más que un reflejo de la informalidad que históricamente ha caracterizado a los sistemas de control de la desviación infantil y juvenil [García Méndez, 1992]. Así, por ejemplo, un mismo funcionario, cual es el juez de menores (art. 167 del C. del M.) sigue concentrando las tareas de instrucción y juzgamiento, las cuales, además, no aparecen diferenciadas como fases del proceso (arts. 178 a 202 del C. del M.), lo que en la práctica puede afectar de manera grave el derecho de defensa y la independencia del juez, y hace del de menores un proceso penal con marcadas características inquisitivas.

Así mismo, se desconoce la garantía de la doble instancia (art. 167), lo cual riñe abiertamente con garantías constitucionales en los eventos de condena, pues en la Constitución se consagra de manera expresa el derecho fundamental "a impugnar la sentencia condenatoria" (art. 29). Así mismo, también puede llevar a consecuencias contrarias al texto constitucional entender de manera literal lo dispuesto en el art. 184 del C. del M. sobre el término de retención del menor, pues en algunos casos "el día hábil siguiente a la fecha de su aprehensión" puede llegar a ser superior a las treinta y seis horas que prevé el art. 28 de la Const. Pol. De ahí que lo dispuesto en el C. de M. deba armonizarse con la garantía constitucional, y por tanto inferir que el menor deberá ser puesto a disposición de la autoridad judicial competente a más tardar el día hábil siguiente a la fecha de la aprehensión, dentro del máximo de treinta y seis horas<sup>6</sup>.

También el fundamental derecho de defensa aparece relativizado en los arts. 185, 191 y 199 del C. del M., en los que la ley se refiere a algunas actividades del abogado defensor del menor, "si lo tuviere" o "si lo hubiere". La presencia de un abogado defensor en el proceso penal no es facultativa sino obligatoria, por imperativo del derecho fundamental a la defensa, luego, repetimos, el Estado tiene el deber de asignarle uno de oficio al menor que no disponga de los medios para nombrar uno de su confianza; lo contrario daría lugar a la nulidad de la actuación por violación al debido proceso.

Como si lo anterior fuera poco, esta situación del menor se ha visto agravada por la ya citada sentencia de la Corte Constitucional, en la cual se concluye, entre otras cosas, que "El concepto de 'sentencia condenatoria' no se predica de las infracciones penales cometidas por menores, pues a ellos no se les condena, sino que se les impone una medida rehabilitadora y protectora"<sup>7</sup>. De ello se dedujo que en el sistema procesal de menores no rigen la doble instancia (salvo cuando se ha

6 Cf. Corte Constitucional, "Sentencia C-019...", cit., p. 235.

7 Corte Constitucional, "Sentencia C-019...", cit., pág. 228.

impuesto una medida privativa de la libertad) y demás garantías consagradas en el art. 29 de la C. N. La decisión de la Corte Constitucional, al desconocer que las medidas previstas en el art. 204 del C. del M. son sanciones penales (debido a que quizás las confunde con las medidas de protección del art. 57), conduce al absurdo de que si al menor se le impone como medida la "ubicación institucional" tiene derecho a la impugnación de la misma, pues tal medida implica privación de la libertad; pero si la medida impuesta es la "libertad asistida" u otra semejante, no tiene el mismo derecho, así exista inconformidad por parte del menor o su defensor, quienes podrían estar alegando, por ejemplo, que el hecho no existió, que el menor no lo cometió, que lo hizo amparado por una causal de justificación o de exclusión de la responsabilidad, etc. Todo ello quedaría sin embargo sometido al único criterio del juez de menores, quien por lo demás es el mismo funcionario que ha instruido el proceso y por tanto se encuentra comprometido con la "pretensión tutelar". Nada más absurdo, pues significa tanto como que al menor inocente le tocará esperar (o inclusive solicitar) que en caso de que le vaya a ser impuesta una medida ésta sea la más grave, para tener derecho a impugnarla!<sup>8</sup>.

Aunque éstas y otras críticas a la legislación de menores creemos que pueden evitarse acudiendo a una aplicación directa de la Constitución [Sotomayor Acosta, 1996c, 274 ss], sí sirven para demostrar que al menos desde el punto de vista legal el menor de 18 años (y mayor de 12) es no sólo un sujeto penalmente responsable, sino, además, con menores garantías frente a la intervención penal del Estado.

### 3. CONCLUSIÓN

Para concluir digamos simplemente que si bien es cierto que se presentan en nuestro medio graves casos de delincuencia juvenil, los mismos, por lo aquí explicado, no se pueden atribuir al hecho de que el menor sea considerado inimputable, como tampoco a la existencia de un tratamiento jurídico penal especialmente benévolo. La verdad es que si en determinado momento pareciera que no existe un control formal de la delincuencia juvenil, ello habrá que imputarlo no a la aplicación del C. del M. sino, por el contrario, a la falta de aplicación del mismo. La muestra más patética de ello la constituye el hecho de que, como vimos, la reclusión en una

8 Por ello creemos que interpretado el art. 167 del C. del M. a partir del art. 29 de la Const. P. debe entenderse que, ciertamente, en el proceso penal de menores las decisiones judiciales no podrán impugnarse, salvo la imposición de la "ubicación institucional" como medida cautelar (art. 178 del C. del M.) y la sentencia que declara la responsabilidad del menor (art. 195 del C. del M.).

institución cerrada resulte obligatoria cuando el menor haya realizado actos mediante violencia; sin embargo, tales instituciones cerradas no existen o resultan totalmente insuficientes, razón por la cual el menor debe ser puesto en libertad, quedando para la víctima y para la sociedad la equivocada percepción de que el menor queda libre porque la ley lo dice y no porque nuestros gobernantes -los mismos que luego proponen rebajar la edad penal para que el menor "sí responda penalmente"- no cumplen con lo estipulado por la ley, que precisamente le ordena al gobierno "realizar las operaciones presupuestales y de crédito necesarias para la cumplida ejecución del presente código" (art. 352 del C. del M.).

En estos términos habría que aclarar, de todas formas, que extender al menor la responsabilidad de los adultos no sólo es contrario a los postulados constitucionales que exigen para el menor un tratamiento preferente, sino que no garantiza un mayor control sobre la delincuencia juvenil, pues en este ámbito la justicia penal colombiana no se caracteriza precisamente por su eficacia. Luego, si lo que se quiere es evitar la "impunidad" que supuestamente genera el derecho de menores, la justicia penal de adultos no parece ser la solución.

Aclaremos, sin embargo, que en la actualidad no es que no exista una un control efectivo de la delincuencia juvenil. De hecho también en este ámbito, como en tantos otros de la vida nacional, la violencia estructural e institucional, sin formalismos, sigue siendo la forma de control por excelencia.

### BIBLIOGRAFÍA

- AGUDELO BETANCUR, Nódier (1984): Inimputabilidad y responsabilidad penal, Bogotá, Temis.
- AGUDELO BETANCUR, Nódier (1991): El trastorno mental transitorio como causal de inimputabilidad penal (I La Fórmula), Bogotá.
- ALBRECHT, Peter Alexis (1992): "Respecto del futuro del derecho penal de menores (peligros y chances)", en J. BUSTOS RAMÍREZ (Dir.): Un derecho penal del menor, Santiago, ConoSur.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto (1986): "El sistema tutelar de menores como reacción penal reforzada", en AAVV: Psicología social y sistema penal, Madrid, Alianza.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan (1982): "La inimputabilidad en un Estado de Derecho", en el mismo: Bases críticas de un nuevo derecho penal, Bogotá, Temis.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan (1989): "Imputabilidad y edad penal", en AAVV: Criminología y derecho penal al servicio de la persona (Libro homenaje al Profesor Antonio Beristain), San Sebastián, Instituto Vasco de Criminología.

- CALDERÓN CADAVID, Leonel (1987): Los inimputables en los nuevos estatutos penales, Medellín, Diké.
- CANTARERO, Rocío (1985): "La justicia y los menores", en AAVV: Reforma política y derecho, Madrid, Ministerio de Justicia.
- CANTARERO, Rocío (1988): Delincuencia juvenil y sociedad en transformación (derecho penal y procesal de menores), Madrid, Montecorvo.
- DE LEO, Gaetano (1983): "La natura del rapporto fra giovani e istituzioni nella legislazione penale minorile", en Dei delitti e delle pene, anno I, No. 2, Bari.
- ESTRADA VÉLEZ, Federico (1986): Derecho penal, parte general, Bogotá, Temis.
- FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan (1982): Derecho penal fundamental, 1ª Edición, Bogotá, Temis.
- FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan (1989): Derecho penal fundamental, 2ª Edición, vol. II, Bogotá, Temis.
- GALLEGO GARCÍA, Gloria María (1997): "El tratamiento jurídico penal del menor en Colombia", en Jueces para la Democracia, No. 29, Madrid.
- GARCÍA MÉNDEZ, Emilio (1992): "Para una historia del control penal de la infancia: la informalidad de los mecanismos formales de control social", en J. BUSTOS RAMÍREZ (Dir.): Un derecho penal del menor, Santiago, ConoSur.
- GARCÍA MÉNDEZ, Emilio (1994) Derecho de la infancia-adolescencia en América Latina: de la situación irregular a la protección integral; Bogotá, Forum Pacis.
- GIRALDO ANGEL, Jaime (1982): "Inimputabilidad e inmadurez psicológica", en Derecho Penal y Criminología, No. 16, Bogotá.
- GONZÁLEZ ZORRILLA, Carlos (1983): "Minoría de edad penal, inimputabilidad y responsabilidad", en Documentación Jurídica, No. 37/40, Madrid.
- GONZÁLEZ ZORRILLA, Carlos (1992): "Los menores entre 'protección y justicia' (el debate sobre la responsabilidad)", en J. BUSTOS RAMÍREZ (Dir.): Un derecho penal del menor, Santiago, ConoSur.
- KELSEN, Hans (1983): Teoría general del derecho y del Estado, México, Unam.
- LONDOÑO BERRÍO, Hernando León y SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto (1990): "El código del menor: ¿una nueva política criminal?", en Nuevo Foro Penal, No. 49, Bogotá.
- NINO, Carlos Santiago (1983): Introducción al análisis del derecho, Barcelona, Ariel.
- PÉREZ, Luis Carlos (1981): Derecho penal, partes general y especial, tomo I, Bogotá, Temis.
- PITCH, Tamar (1989): Responsabilità limitate (attori, conflitti, giustizia penale), Milano, Feltrinelli.
- REYES ECHANDÍA, Alfonso (1986): Derecho penal, parte general, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.



- RUIZ, Servio Tulio (1980): Teoría del hecho punible, 2ª. Edición, Bogotá, Temis.
- SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto (1996a): "Consideraciones sobre la inimputabilidad del menor", en Tribuna Penal, No. 7, Medellín.
- SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto (1996b): "Consideraciones sobre la responsabilidad penal del indígena en Colombia", en Jueces para la Democracia, N°. 26, Madrid.
- SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto (1996c): Inimputabilidad y sistema penal, Bogotá, Temis.
- VELÁSQUEZ, Fernando (1983): "La imputabilidad jurídico-penal: un fenómeno en crisis", en Nuevo Foro Penal, No. 22, Bogotá.
- VELÁSQUEZ, Fernando (1997): Derecho penal, parte general, 3ª. Edición, Bogotá, Temis.
- ZAMORA AVILA, Martha y otros (1993): El nuevo derecho penal, Bogotá, Forum Pacis.