

**LA CIRCUNSTANCIA DE MAYOR PUNIBILIDAD CONSAGRADA EN EL  
ARTÍCULO 58-11 DEL C. P.**

**¿SE APLICA A LOS CASOS EN QUE LA CONDUCTA PUNIBLE SE COMETE  
VALIÉNDOSE DE UN MENOR DE EDAD?**

EDISON ALEXANDER DURAN ZAPATA

MONOGRAFÍA PARA OPTAR AL TÍTULO DE ESPECIALISTA  
EN DERECHO PENAL

Asesora Metodológica

Dra. OLGA CECILIA RESTREPO

Asesor Temático

Dr. DIEGO ARAQUE MORENO

UNIVERSIDAD DE MEDELLÍN

FACULTAD DE DERECHO

ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO PENAL Y CRIMINALISTICA

MEDELLÍN

2011

## **DEDICATORIA Y AGRADECIMIENTOS**

A mis padres, José Ignacio y María Eugenia, ya que sin ellos hubiese sido imposible llevar a cabo y culminar no solo este trabajo sino el posgrado en medio del cual se desarrolla el mismo.

A mi sobrina Mariana, que a pesar de su corta edad conoció en lo temprano de su vida lo que exige y requiere un trabajo de grado, compañera circunstancial de mis correrías en las asesorías para la culminación del mismo.

A mis asesores, el doctor Diego Araque Moreno que dadas sus indicaciones temáticas fue posible, perfilar y desarrollar el tema con precisión y a la doctora Olga Cecilia Restrepo la cual me brindo cuanto apoyo y directrices necesite.

A la comunidad académica en general, que este no sea un aporte más, sino un verdadero referente de estudio para todo aquel que quiera abordar el tema de los menores de edad en la legislación penal colombiana.

## CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	6
OBJETIVOS	11
General	11
Específico	11
JUSTIFICACIÓN	12
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	15
RESUMEN	18
CAPÍTULO I	19
I. LA INIMPUTABILIDAD EN EL CÓDIGO PENAL COLOMBIANO	19
I. REGULACION LEGAL DE LOS INIMPUTABLES EN COLOMBIA	19
I.I. La inmadurez psicológica	23
I.II. Los menores de 18 años	24
I.III El trastorno mental	26
I.III.I Temporal	28
I.III.II. Permanente	28
I.IV La diversidad sociocultural	31
I.V. Los estados similares	34
CAPÍTULO II	35

EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DEL TRATAMIENTO DEL MENOR	35
II.I. El código penal de Santander de 1.837	35
II.II Código penal de 1.858	36
II.III Código penal de 1.873	37
II.IV Código penal de 1.890	37
II.V. La ley 95 de 1.936 o código penal de Colombia 1.936	38
II.VI Decreto ley 100 de 1.980 o Código penal de 1.980	44
II.VII Decreto 2737 de 1989 o código del menor	46
II.VIII Ley 1098 de 2.006 o ley de infancia y adolescencia	53
CAPÍTULO III	55
EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL JUVENIL	55
III.I Responsabilidad penal de los niños, niñas y adolescentes	55
III.II Características del derecho penal juvenil	67
III.III La edad y la responsabilidad penal de los adolescentes	70
III.IV Sanciones para las conductas delictivas de los menores de edad	75
III.V Fines de las sanciones penales de los menores de edad	84
III.VI Criterios para la definición de las sanciones penales de los Menores de edad	86
III.VII. El tratamiento procesal de los niños, niñas y adolescentes en la Ley 1098 de 2006	89
CAPÍTULO IV	93

LA CIRCUNSTANCIA DE MAYOR PUNIBILIDAD DEL NUMERAL 11 DEL ARTÍCULO 58 DEL CÓDIGO PENAL COLOMBIANO A PARTIR DE LA LEY 1098 DE 2.006	93
IV.I LAS CIRCUNSTANCIAS DE MAYOR PUNIBILIDAD	93
IV.II CLASIFICACIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS DE PUNIBILIDAD	94
IV.II.I Agravantes y atenuantes	95
IV.II.II Subjetivas y objetivas	95
IV.II.III Antecedentes, concomitantes y subsiguientes	95
IV.II.IV Generales y específicas	96
IV.III ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DE LA CIRCUNSTANCIA DE MAYOR PUNIBILIDAD CONSAGRADA EN EL NUMERAL 11 DEL ARTÍCULO 58 DEL CÓDIGO PENAL DE 2.000	98
IV.IV LA INIMPUTABILIDAD PENAL DEL MENOR POSTERIOR A LA LEY 1098 DE 2.006	108
GLOSARIO	113
RECOMENDACIONES	116
CONCLUSIONES	118
BIBLIOGRAFÍA	

## INTRODUCCIÓN

La dogmática penal colombiana se ha caracterizado por múltiples y constantes cambios tanto en sus figuras como en la interpretación de las mismas que no han sido ajenas al choque con una pseudo política criminal estatal de momento y totalmente inexistente en el tiempo. Una de las figuras dogmáticas que quizás ha llamado mayormente la atención es la de la inimputabilidad penal que no obstante haber aparecido hace mas de 150 años en la legislación colombiana parece una figura aun inacabada, inexplorada y que cada día ofrece nuevos matices tanto científicos como jurídicos para su interpretación y concepción; bajo esta óptica aparece la inmadurez psicológica como una fuente de inimputabilidad y su natural referencia ante el ojo desprovisto al menor de edad que pareciera ser el referente obligado para su comprensión; no obstante lo anterior la doctrina, más que la legislación o la jurisprudencia, se ha ocupado de la titánica tarea de desligar tal concepto de la figura del menor de edad y darle su interpretación lo más restrictiva posible pero inequívoca sin duda.

Ante tal dicotomía no faltó el abuso de la figura de la inimputabilidad en sus múltiples fuentes hasta llegar a considerarla tanto como una causal de ausencia de culpabilidad como una circunstancia de mayor punibilidad para quien se valga de dichas calidades especiales de determinadas personas; en efecto, así lo consagra la ley 599 de 2.000 que despierta apenas un obvio interrogante, ¿El numeral 11 del artículo 58 del código penal se aplica en aquellos casos en que el delito es cometido valiéndose de un menor de edad?. Para dar el análisis que dicha inquietud merece es referente obligado el determinar la posición jurídico-penal que hoy por hoy ocupa el menor de edad en el sistema normativo que como se verá ha pasado por múltiples estadios, la inimputabilidad absoluta, la

inimputabilidad circunstanciada, la irresponsabilidad penal, la responsabilidad penal diferenciada, etc. En fin, es necesario determinar si el menor de edad en la legislación colombiana es un inimputable y de serlo si se encuentra cobijado dentro de la circunstancia de mayor punibilidad del numeral 11 del artículo 58 de la legislación en comento; para ello, se partirá de las nociones más generales de la inimputabilidad tales como su definición, características, evolución histórica y clases, para luego adentrarnos en la parte específica del menor de edad y su tratamiento legislativo para que, con las precisiones iniciales claras se pueda tomar postura sobre la calidad del menor en la legislación penal colombiana actual abarcándose así un doble método deductivo ya que también se partirá desde la legislación, pasando por la doctrina y aterrizando en la jurisprudencia.

Actualmente, como en otros tiempos, existe un estatuto de responsabilidad penal para adolescentes bajo la ley 1098 de 2.006; en ella, bajo la óptica de la protección integral del adolescente, se establece toda una gama de responsabilidades penales para el joven que, con su conducta trasgreda la legislación penal colombiana; en dicho tratamiento legislativo se acondicionan las normas procesales penales y parte de las sustantivas para su tratamiento apareciendo así un natural problema con los ya referenciados anteriormente y es que, hasta qué punto es aplicable la circunstancia de mayor punibilidad consagrada en el numeral 11 del artículo 58 de la Ley 599 de 2000 (Ejecutar la conducta punible valiéndose de un inimputable), con la entrada en vigencia de la ley 1098 de 2006, donde se desarrolla el sistema de responsabilidad penal para adolescentes.

Para afrontar este problema de manera completa es innegable que se debe de estudiar lo que está explícito en la norma y es la autoría mediata, tanto desde si de

lo que se está valiendo el mayor de edad es de un instrumento inimputable bajo las categorías del artículo 33 del código penal y allí se ubicara al menor de edad en concordancia con el numeral 11 del artículo 58 de la ley 599 de 2.000, como si se lo va a tratar como un sujeto pleno de derechos y obligaciones a la luz de la ley 1098 de 2.006 y su sistema de responsabilidad penal para adolescentes, ya que es innegable que sea de una u otra manera que se aborde al menor de edad variarán las consecuencias para quien se vale de éste.

Desde la academia han sido múltiples los aportes a la figura de la responsabilidad penal del menor, mas es inexistente el abordaje del autor mediato y su responsabilidad penal agravada por haberse valido de un menor, más aun cuando desde el año 2006, con la expedición del sistema de responsabilidad penal para adolescentes, respecto de la materia no se ha hecho consideración alguna con el agravante en comento.

La importancia del tema está dada no solo por la creciente necesidad de analizar la situación actual de los procesados y condenados por haber cometido la conducta criminal en tal modalidad, sino también por el imperativo de hacer un alto en el camino e imponer un freno a la maquinaria legislativa que muchas veces legisla y legisla sin detenerse a observar qué normas se tienen, las consecuencias de implantar nuevas leyes y las desviaciones de la coherencia y complementariedad que debe existir frente a las normas mismas.

En efecto, en el desarrollo de este estudio pasó de ser un proyecto de ley bajo el rótulo de la ley de seguridad ciudadana, a ley de la Republica número 1453 del 24 de Junio de 2.011, en la que se agrega una confusión más al análisis que acá se

pretende resaltar y es que en tal disposición legal quedó bajo el artículo 7 como tipo penal autónomo el solo hecho de utilizar un menor de edad como instrumento para cometer infracciones penales, disposición que sin lugar a dudas dará la razón a la propuesta acá plasmada.

El presente estudio sólo se limitará a la parte general del código penal colombiano instaurado por la ley 599 de 2.000 y a las posibles consecuencias que al final permitan percibir y decidir si en realidad el menor de edad es una circunstancia genérica de mayor punibilidad por considerarse un inimputable, si carece de culpabilidad por ser un inimputable en el entendido abierto del artículo 33 del código penal, o por lo contrario no es ni una u otra figura sino que no se debe de ubicar a éste en el campo de la culpabilidad sino de la tipicidad ya que no se está hablando de instrumentos conscientes sino de quizás autoría y participación penal.

La estructura de esta monografía está determinada en cuatro capítulos, así: En el capítulo primero se aborda la figura de la inimputabilidad en el código penal colombiano, su definición doctrinaria, legal y jurisprudencial, las fuentes de inimputabilidad y sus clases. En el capítulo segundo se podrá encontrar la evolución legislativa del tratamiento del menor desde el primer código penal de Colombia en 1.837 pasando por el actual código penal de 2.000 y la ley 1098 de 2.006 de infancia y adolescencia, todo ello con las respectivas anotaciones doctrinarias y jurisprudenciales de la época. El capítulo tercero ofrece todo lo concerniente al sistema de responsabilidad penal juvenil desde la óptica del libro segundo de la ley 1098 de 2.006, características del derecho punitivo juvenil, la edad y la responsabilidad penal de los menores de edad, las sanciones por sus conductas antijurídicas y el procedimiento para su imposición. Finalmente, en el capítulo cuarto se hace un análisis de la circunstancia de mayor punibilidad del

numeral 11 del artículo 58 del código penal colombiano a partir de la ley 1098 de 2.006, se abordan las circunstancias de mayor punibilidad tanto históricas como actuales y se realiza una propuesta interpretativa entre ambas legislaciones.

## OBJETIVOS

### ➤ **General**

Analizar el alcance y el sentido de la circunstancia de mayor punibilidad del numeral 11 del artículo 58 del código penal colombiano, a partir de la ley 1098 de 2.006.

### ➤ **Específicos**

- Analizar la inimputabilidad en el código penal colombiano.
- Identificar si el menor de edad después de la expedición de la ley 1098 de 2.006 es imputable.
- Proponer una nueva postura interpretativa que armonice el numeral 11 del artículo 58 del código penal con la ley 1098 de 2.006.

## JUSTIFICACIÓN

El presente interés investigativo es resultado de la necesidad de realizar una interpretación y análisis sistémico de cómo la legislación penal trata al menor, unas veces como objeto –cuando es utilizado por un imputable para cometer el delito- y otras veces como sujeto activo del delito –conforme a lo dispuesto en la ley 1098 de 2006-.

La pertinencia de una experticia de esta naturaleza está determinada bajo el entendido que desde antaño la dogmática penal ha tenido claramente delimitado categorías tales como la inimputabilidad, no siendo legítimo que se flexibilicen dichas estructuras mediante la expedición de nuevas normas, so pena de crear confusión al momento de interpretar la ley penal.

Desde la academia han sido múltiples los aportes a la figura de la responsabilidad penal del menor, mas es inexistente el abordaje del autor mediano y su responsabilidad penal agravada por haberse valido de un menor, más aun cuando desde el año 2006, con la expedición del sistema de responsabilidad penal para adolescentes, respecto de la materia no se ha hecho consideración alguna con el agravante en comento.

La importancia del tema está dada no solo por la creciente necesidad de analizar la situación actual de los procesados y condenados por haber cometido la conducta criminal en tal modalidad, sino también por el imperativo de hacer un alto en el camino e imponer un freno a la maquinaria legislativa que muchas veces

legisla y legisla sin detenerse a observar qué normas se tienen, las consecuencias de implantar nuevas leyes y las desviaciones de la coherencia y complementariedad que debe existir frente a las normas mismas.

La experticia es viable ya que el estado actual de la cuestión a abordar permite pluralidad de teorías en la materia que conllevan a la creación de nuevas categorías y análisis dogmáticos. Se tomará lo construido respecto del análisis de la circunstancia de mayor punibilidad a estudiar, las teorías que sobre la inimputabilidad por razón de la edad se han construido y la mirada imparcial del investigador que al tener conocimiento jurídico del tema buscará enriquecer la cultura dogmática abordando la ley 1098 de 2.006 desde un punto de vista consecuente y por ende original.

Es innegable la utilidad de la investigación ya que, de ésta lograr lo que verdaderamente se desea desde el espíritu de sus objetivos, obligará no solo a un cambio legislativo en materia penal mediante la reglamentación, aclaración, modificación o derogación del numeral 11 del artículo 58 del Código Penal colombiano, sino que se contará con un inalcanzable potencial que trascenderá de una controversia teórica, retórica o académica, al campo de lo práctico.

Se puede asegurar que desde el 2006, año en que fue expedida la ley de responsabilidad penal para adolescentes, hasta el 2010, no se encuentran antecedentes investigativos que aborden la problemática desde el punto de vista aquí propuesto, ya que, según el rastreo bibliográfico tanto de textos como de investigaciones en la principales facultades de derecho de la ciudad de Medellín, tales como la de la Universidad Autónoma Latinoamericana, La Universidad

Pontificia Bolivariana, la Universidad de Antioquia, la universidad EAFIT, la universidad de Medellín, el tema se ha tratado desde el enfoque de la responsabilidad penal del menor o el menor infractor de la norma o la inimputabilidad, siendo dichos estudios anteriores a 2006 o incluso a la expedición del nuevo código penal colombiano del 2000.

## **PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**

Hasta qué punto es aplicable la circunstancia de mayor punibilidad consagrada en el numeral 11 del artículo 58 de la Ley 599 de 2000 (Ejecutar la conducta punible valiéndose de un inimputable), con la entrada en vigencia de la ley 1098 de 2006, donde se desarrolla el sistema de responsabilidad penal para adolescentes.

### **➤ Descripción del problema**

Se escogió el presente problema, ya que en la actualidad se está presentando un conflicto normativo sobre la imputación y juzgamiento de los autores que han cometido la conducta punible como autores mediatos, valiéndose de un inimputable en su modalidad de menor de edad, al existir al mismo tiempo un sistema de responsabilidad penal para adolescentes establecido en la ley 1098 de 2006.

El ordenamiento penal colombiano consagrado en el código penal fundado con la ley 599 de 2000 trae consigo una distinción respecto de los sujetos a quienes se aplica dicho estatuto; esta distinción es negativa ya que desde el artículo 33 se predica que habrá unos sujetos especiales a quienes se les aplicarán medidas de seguridad en razón de sus especiales calidades y cualidades, a saber, la inmadurez psicológica, trastorno mental, diversidad sociocultural o estados similares, quedando los menores de edad sometidos al sistema de responsabilidad penal juvenil.

Con base en esta distinción es de suyo deducir que en Colombia hay dos tratamientos para los infractores de la ley penal, uno para los imputables y otro para los inimputables; pudiendo estos últimos ser utilizados por los primeros como instrumento para cometer el delito, en cuyo caso se puede agravar la pena como se evidencia en el artículo 58 numeral 11 del mismo estatuto punitivo, en donde se establece como circunstancias de mayor punibilidad el hecho de ejecutar la conducta punible valiéndose de un inimputable.

Como se observó, desde la misma sistemática penal colombiana, en el inciso final del artículo 33 del código en referencia, se establece la posibilidad y obligación legal de contar con un sistema de responsabilidad penal para adolescentes, mismo que fue desarrollado a través de la ley 1098 de 2006. Como consecuencia de ello se puede inferir respecto de los menores en Colombia 2 conclusiones: que el menor está sometido a un sistema de responsabilidad juvenil independiente del de los mayores de edad y, que como consecuencia de lo anterior, el menor en el ordenamiento jurídico penal colombiano no es inimputable al contar con todo un régimen sustancial y procesal por el cual se tramitan todas sus conductas delictuales.

El conflicto se desencadena ya que no es claro si la ley 1098 de 2006 es un desarrollo del último inciso del artículo 33 del código penal y por ende obligaría a toda una reestructuración punitiva del código penal en aquellos eventos en que se haya previsto la participación de un menor de edad o, si por el contrario, dicha ley es autónoma e independiente de la legislación penal y con ello el ordenamiento jurídico entraría a tratar de 2 maneras disimiles a un mismo sujeto de derechos y obligaciones.

En este panorama resulta confuso comprender el tratamiento dogmático penal que se debe dar al autor mediato que, a pesar de existir un sistema de responsabilidad penal para adolescentes establecido en la ley 1098 de 2006, se le imputa un agravante punitivo por las conductas que este menor comete como instrumento de aquel.

## RESUMEN

El menor de edad desde los pretéritos tiempos normativos de Colombia como Republica ha merecido múltiples calificativos y tratamientos jurídico penales así, se le ha catalogado como inimputable absoluto, inimputable especial, sujeto de especial protección, imputable pero irresponsable penalmente y con culpabilidad diferenciada.

La natural inquietud que ha surgido con el menor de edad en frente de la legislación penal es si este encaja, normativa, social y sobre todo dogmáticamente hablando, dentro del acápite de los inimputables o si por el contrario se debe sustraer a este por completo del ordenamiento jurídico penal y llevarse a una legislación especial en este caso la de menores.

Actualmente, la ley 1098 de 2.006 pretendió a través de su libro de Responsabilidad Penal adolescentes abarcar o responder la ausencia de una política criminal clara enfrente a estos sujetos quienes cada día participan más activamente en todas las esferas delictuales de la subsociedad, o la sociedad del crimen; ello ha llevado incluso a que a través de la ley de seguridad ciudadana, ley 1453 de 2.011 se pretenda punir a quién se valga de este para cometer un ilícito. Así las cosas se tiene que ¿Quién se vale de un menor en estas circunstancias, instrumentaliza a un inimputable o por lo contrario a alguien con plenitud de cognición y por ende de culpabilidad?

## CAPITULO I

### LA INIMPUTABILIDAD EN EL CÓDIGO PENAL COLOMBIANO

#### I. REGULACION LEGAL DE LOS INIMPUTABLES EN COLOMBIA

La inimputabilidad, entendida como la situación en la que se encuentra la persona que ve afectada su capacidad de comprender la ilicitud de su conducta o determinarse de acuerdo a esa comprensión, por padecer fallas de carácter psicosomático o sociocultural, cobra importancia al verse como “causal de inculpabilidad o exclusión de la responsabilidad plena”<sup>1</sup>.

La inimputabilidad supone en la persona de quien se predica incapacidad para comprender dicha ilicitud o para determinarse de acuerdo con esa comprensión. La razón por la cual el inimputable no es capaz de delinquir o, más exactamente, de actuar culpablemente de forma plena, es la de que presenta fallas de carácter psicosomático o sociocultural que le impiden valorar adecuadamente la juridicidad o antijuridicidad de sus acciones y regular su conducta de conformidad con tal valoración<sup>2</sup>.

Cuestionable esta última definición del profesor Reyes Echandía ya que en ella, contradiciendo las múltiples ocasiones que en diversos textos ha abordado el tema de los menores de edad y que los ha ubicado en este acápite de la categoría dogmática del delito, esto es la culpabilidad, no parecen tener asomo; esto, ya que

---

<sup>1</sup> VELASQUEZ VELASQUEZ, Fernando. Derecho penal parte general. 4º Edición. Medellín. Librería jurídica Comlibros, 2009, P. 849.

<sup>2</sup> REYES ECHANDIA, Alfonso. La inimputabilidad. 2ª Edición. Bogotá. Editorial Universidad Externado de Colombia. 1.978, P. 59.

los menores de edad no tiene fallas de carácter sicosomático o sociocultural, por lo que más bien podríamos considerar que la inimputabilidad de éstos en aquellos tiempos pretéritos –en vigencia del Código Penal de 1936- se refería a su desarrollo síquico precario o incompleto.

Posteriormente se entendió por inimputable -desde el punto de vista que iluminó el código penal de 1.980- a quién actúa sin culpabilidad; la inimputabilidad se tradujo como incapacidad de culpabilidad, por lo cual, de quien se pregona tal estado, no puede ser declarado culpable; por consiguiente, no puede ser responsable penalmente de sus actos, por más que éstos sean típicos y antijurídicos<sup>3</sup>.

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia consideró desde 1.980<sup>4</sup> como inimputable a la persona que, habiendo realizado comportamiento típico y antijurídico, no es capaz de comprender su ilicitud ni de determinarse conforme a tal comprensión por causa jurídicamente reconocida. En posterior determinación<sup>5</sup> precisó y amplió ese criterio señalando que en la jurisdicción penal colombiana es inimputable la persona que al realizar la conducta típica no estaba en condiciones de conocer y comprender su antijuridicidad o de auto regularse de acuerdo con dicha comprensión, por inmadurez psicológica, trastorno mental o fenómenos socioculturales. La presencia comprobada de una cualquiera de estas fuentes le impide al sujeto darse cuenta de que está destruyendo, disminuyendo o poniendo en peligro determinado interés jurídico típicamente protegido, por fuera de las situaciones en que pudiera hacerlo lícitamente, o lo inhabilita para comportarse de

---

<sup>3</sup> PABON PARRA, Pedro Alfonso. La inimputabilidad: Comentarios comparativos al código penal vigente y a la ley 599 de 2.000. En Revista de derecho penal N°23 (2.001); P. 163-164.

<sup>4</sup> Corte Suprema De Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 14 de Octubre de 1.980. Citado por REYES ECHANDIA. Alfonso. Imputabilidad. Bogotá. 2004. Temis. Pág. 41.

<sup>5</sup> Corte Suprema De Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 13 de octubre de 1.982. Citado por REYES ECHANDIA. Alfonso. Imputabilidad. Bogotá. 2004. Temis. Pág. 41.

manera jurídicamente indiferente a pesar de percatarse de la ilicitud de su conducta.

Desde el punto de vista doctrinario la inimputabilidad ha merecido diversas consideraciones. Así por ejemplo, Reyes Echandía<sup>6</sup> sostuvo que la calidad de inimputable se deriva del hecho de que el sujeto no puede, en razón de tales deficiencias, comprender la ilicitud de su actuar, no puede distinguir lo bueno de lo malo, lo lícito de lo ilícito.

Por su parte, más actualmente, y sin controvertir postulados importantes de los sostenidos de antaño, pero sumando factores trascendentes debido al tránsito legislativo de códigos penales, Velásquez Velásquez<sup>7</sup> afirma que la inimputabilidad se presenta cuando el agente al momento de cometer el hecho, atendidas las condiciones político-sociales y culturales concretas, no se encontraba en capacidad de comprender la ilicitud de su actuar y/o determinarse de acuerdo con esa comprensión, por padecer un trastorno mental o una inmadurez psicológica o cultural.

Recientemente se ha sostenido que la imputabilidad es un juicio de valor que comprende no solo aspectos subjetivos de naturaleza psicológica al momento de realizar la conducta, sino que contiene igualmente elementos normativos, que la relaciona con el jurídico de exigibilidad, lo que significa que la imputabilidad es un elemento de la capacidad de culpabilidad, en términos de comprensión y de determinación de la conducta antijurídica<sup>8</sup>.

---

<sup>6</sup> REYES ECHANDIA Óp. cit., p. 42

<sup>7</sup> VELASQUEZ VELASQUEZ Óp. cit., p. 850

<sup>8</sup> MOJICA ARAQUE, Carlos Alberto, et al. Derecho Penal: parte general: Fundamentos. Medellín: Sello editorial Universidad de Medellín, 2010, p. 659

Así mismo, según una tesis mixta, se puede diferenciar entre las causas generadoras y los efectos de la inimputabilidad. Las causas generadoras serían las consagradas o típicas en el estatuto sustantivo penal vigente, la ley 599 de 2.000, artículo 33, esto es la inmadurez psicológica, el trastorno mental, la diversidad sociocultural y los estados similares. Los efectos, por su parte, serían la incapacidad de comprender la ilicitud y la incapacidad de determinarse de acuerdo con esa comprensión<sup>9</sup>.

Ahora bien, las consecuencias jurídicas o punitivas dependen de la causa generadora del estado de inimputabilidad, según el catálogo de discriminaciones de la legislación penal vigente en Colombia: para el caso de los inimputables por trastorno mental transitorio con y sin base patológica (Artículos 71 y 75 del C.P.); y para los demás casos de inimputabilidad contamos con las medidas de seguridad discriminadas en el artículo 69 de la ley 599 de 2.000 o Código penal vigente, tales como la internación en establecimiento psiquiátrico o clínica adecuada y la internación en casa de estudio o trabajo y la libertad vigilada. Su procedencia y requisitos los establece la ley de referencia en sus artículos 69 a 81.

Así entendida la inimputabilidad, “cobra una doble significación, por una parte se refiere a elementos psicológicos al prescribir las fuentes generadoras (Inmadurez psicológica, trastorno mental, diversidad socio-cultural y estados similares) y de otra a elementos normativos (Exigencia de presencia y relación de causalidad entre las fuentes y la conducta desplegada) una y otra determinantes de los estados de inimputabilidad; el profesor Muñoz Conde define la inimputabilidad como la manifestación de incompatibilidad de la conciencia social de un sujeto manifestada en su actuar con relación al ordenamiento jurídico”<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> VELASQUEZ VELASQUEZ Óp. cit., p. 853

<sup>10</sup> MOJICA ARAQUE, Óp. cit., p. 659.

Los inimputables han merecido a través de los tiempo diferentes clasificaciones y divisiones, esto es, dependiendo de los criterios que se adopten, clínicos o jurídicos, consagración legal o doctrinaria, fórmulas abiertas o cerradas, en fin, lo cierto es que la doctrina<sup>11</sup> considera como inimputables a los menores de edad, a los ancianos en ciertos casos, a los enfermos de mente, a los sordomudos, a los indígenas, a quienes actúen en estado de grave alteración de la consciencia o bajo formas agudas o crónicas de ebriedad.

La ley por su lado, más concretamente el estatuto sustantivo penal colombiano vigente, en su artículo 33, ha discriminado como causas de inimputabilidad la inmadurez psicológica, el trastorno mental, la diversidad sociocultural o los estados similares. Bajo esta distinción vigente entenderemos que en cada categoría versan consideraciones dogmáticas y legales diferentes y al ser esta la clasificación actual a ella nos someteremos en el presente estudio.

### **I.I La inmadurez psicológica:**

Se ha tomado como un “estado anormal del ciclo de desarrollo de la personalidad, anormalidad originada por afectación de una o todas las esferas estructurales como la afectiva, cognitiva, emocional, intelectual y volitiva, que determinan en su conjunto la cosmovisión en cada individuo”<sup>12</sup>. No queriendo decir que “la inmadurez psicológica es definida por etapas cronológicas”<sup>13</sup>, ya que como se desprende del articulado la legislación ha tomado independencia entre esta y la minoría de edad al considerar cada causa autónoma respecto de la otra, esto es, en materia penal una cosa es ser inimputable por inmadurez psicológica y otra es merecer tratamiento especial por ser menor de dieciocho (18) años.

---

<sup>11</sup> REYES ECHANDIA, Óp. cit., p. 42

<sup>12</sup> MOJICA ARAQUE, Óp. cit., p. 663

<sup>13</sup> *Ibíd.* p. 663.

Así mismo se ha tomado a la inmadurez psicológica como el “desarrollo incompleto de la personalidad humana que puede ser producto tanto de una indebida maduración de la afectividad del agente atribuible a causas psicológicas, como a circunstancias inherentes al contexto social y cultural en el que se desenvuelve el agente lo que le impide motivarse según los dictados de la norma; comprendiendo en este concepto amplio tanto la inmadurez psicológica como la inmadurez cultural”<sup>14</sup>.

## **I.II Los menores de 18 años:**

No consagrados expresamente como causal de inimputabilidad, sino personas a las cuales se les otorgará un trato diferencial. Se ha dicho que “El adolescente capaz de emitir juicios que le permitan diferenciar elementalmente lo real de lo ideal, el juego del estudio, el deseo de la acción, lo simplemente material de lo intelectual; comienza sentirse ser social y a amoldar sus reacciones a esa nueva realidad”<sup>15</sup>; por lo que no debe ser considerado mediante una presunción de pleno derecho como incapaz, sino en consideración de la evolución legislativa que se ha tenido para con estos en la materia, esto es la ley 1098 de 2006.

Para los penalistas clásicos la edad se subdivide en cuatro períodos: a) el de la infancia (desde el nacimiento hasta los 7 años) e impubertad próxima a la infancia (desde los 7 hasta los 12 años) en relación con el cual se presume de derecho que el menor carece de discernimiento y, por tanto, es absolutamente irresponsable; b) el de la impubertad (de los 12 a los 14 años) y minoría (de los 14 a los 18 años) durante el cual se presume legalmente que el sujeto tiene capacidad para delinquir, pero corresponde al juez examinar si aquel obró o no

---

<sup>14</sup> VELASQUEZ VELASQUEZ Óp. cit., p. 856.

<sup>15</sup> REYES ECHANDIA, Óp. cit., p. 43.

con suficiente discernimiento: se trata entonces de una responsabilidad condicional; c) el de la mayor edad (de los 18 años en adelante), período en el que se aplica el grado ordinario de imputación, con arreglo a las condiciones espirituales del hecho, lo que significa que a estas personas les cabe una responsabilidad plena; d) El de la vejez que daría lugar a una responsabilidad modificable en sus resultados.

Para los positivistas el problema de la edad no se vincula al fenómeno de la imputabilidad o la inimputabilidad, sino al mayor o menor grado de peligrosidad del agente. Respecto de la delincuencia infantil y juvenil consideraron las causas personales, sociales y familiares, lo que permitió dividir a los menores delincuentes en: a) no moralmente abandonados; b) moralmente abandonados; c) no moralmente pervertidos; d) moralmente pervertidos; e) con tendencia persistente al delito, y f) enfermos de mente. Para cada uno de ellos previeron sanciones diversas, tales como la libertad vigilada, la segregación, la condena condicional, la casa de trabajo o colonia agrícola y la casa de custodia, con una finalidad esencialmente tutelar y educativa<sup>16</sup>.

Ya en Colombia en 1.980 existía consenso doctrinal en reconocer que tomándose la inmadurez psicológica como una fuente de inimputabilidad, en este acápite se debe comprender el problema de la minoría de edad<sup>17</sup> pues “los menores de edad han de calificarse como inimputables en la medida en que su inmaduro psiquismo no les permita claramente comprender la ilicitud de su comportamiento; se está así mucho más cerca de la teoría clásica que de la concepción positivista, en cuanto que no se acepta que los menores de cierta edad puedan ser tenidos como delincuentes, en el sentido jurídico de la expresión. Solo a partir de la

---

<sup>16</sup> REYES ECHANDIA, Op. cit., p. 60.

<sup>17</sup> PABON PARRA, Op. cit., p. 163.

adolescencia, la conducta del joven comienza a tener importancia jurídica penal, porque es cuando empieza a emitir juicios de valor en el ámbito de lo social”<sup>18</sup>.

### **I.III El trastorno mental:**

“Este concepto se ha entendido más de carácter psiquiátrico que jurídico ya que es a dicha ciencia, la psiquiátrica, quien determina en cada caso la especie de anomalía mental que padece una persona y si ello ha influido o no en la comisión del delito que se le imputa, al juez le compete estudiar la peritación y de allí concluir si el sindicado es inimputable”<sup>19</sup>.

Con la anterior afirmación podemos decir que en materia penal el trastorno mental como fuente de inimputabilidad “Se entiende como cualquier perturbación de la personalidad en sus esferas afectiva, volitiva o intelectual, o en su conjunto, que lleva a la supresión o a la disminución de la capacidad de comprender y/o determinarse del sujeto que se juzga”<sup>20</sup>.

Bajo esta definición, sin embargo, a nuestro juicio, se ignora la importancia que la patología tiene para efectos de las consideraciones penales, esto es, en ella no se menciona y por ende no se cobija la base patológica que asume mayúscula importancia a la hora no tanto del juzgamiento sino a la hora de imponer la medida de seguridad.

Tomando una definición mucho más precisa y que corrige el error anterior, se puede citar a Velásquez Velásquez, el cual asegura que para efectos penales

---

<sup>18</sup> REYES ECHANDÍA, Óp. cit., p 45.

<sup>19</sup> REYES ECHANDIA, Óp. cit., p. 47.

<sup>20</sup> AGUDELO BETANCUR, Nodier. Lecciones de derecho Penal: Parte general. Citado por POSADA ARBOLEDA, Néstor Raúl., et al. Derecho Penal: parte general: Fundamentos. Medellín: Sello editorial Universidad de Medellín, 2010. 660 p.

“este concepto ha sido tomado por el legislador del lenguaje vulgar y no del técnico psiquiátrico y que se utiliza para designar toda perturbación del psiquismo humano, patológica o no, que le impide al agente motivarse de conformidad con las exigencias normativas por no poder comprender el carácter ilícito del acto o determinarse de conformidad con dicha comprensión o ambas; dicho estado es permanente cuando tiene duración indeterminada, y transitorio si cesa en un período de tiempo más o menos corto”<sup>21</sup>.

La jurisprudencia, en cabeza de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia ha venido sosteniendo que en la inimputabilidad por trastorno mental “no es el origen mismo de la alteración biosiquica sino su coetaneidad con el hecho realizado, la magnitud del desequilibrio que ocasionó en la conciencia del actor y el nexo causal que permita vincular inequívocamente el trastorno sufrido a la conducta ejecutada lo importante para su declaración judicial”<sup>22</sup> y lo trascendente –se agrega- a la hora de analizarla penalmente.

Lo verdaderamente importante aquí es que la determinación de la inimputabilidad obedezca “a la concurrencia de aspectos psiquiátricos, psicológicos y jurídicos”<sup>23</sup>. Como respuesta a esto se ha esgrimido que con el fin de establecer la mayor o menor influencia de la inimputabilidad por trastorno mental a la hora de determinar la responsabilidad penal y consecuente con ello saber si la misma es plena o atenuada, es necesario tener en cuenta la naturaleza del trastorno mental el cual puede ser:

---

<sup>21</sup> VELASQUEZ VELASQUEZ Óp. cit., p. 855.

<sup>22</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Radicado 11188 de 2.002. Citado por MOJICA ARAQUE, Carlos Alberto., et al. Derecho Penal: parte general: Fundamentos. Medellín: Sello editorial Universidad de Medellín, 2010. 660 p.

<sup>23</sup>MOJICA ARAQUE, Óp. cit., p. 661.

**I.III.I Temporal:** Entendido por tal como todo trastorno de causa inmediata y fácilmente percibible, de duración limitada en el tiempo y que una vez lograda su curación no deja secuelas de ninguna naturaleza<sup>24</sup>. Este se caracteriza por:

2.1.1. Debe tratarse de una reacción vivencial anormal, de causa inmediata, evidenciable, pasajera, que termina por la curación sin dejar huella.

2.1.2. No implica necesariamente base patológica.

2.1.3. Debe alterar profundamente la capacidad de comprender la ilicitud del acto o de autodeterminarse en el sentido de la norma.

2.1.4. Puede ser de índole exógena o endógena<sup>25</sup>.

**I.III.II Permanente:** “Definido como aquél cuya duración en el tiempo no es determinable y su causa es una enfermedad mental que presenta patologías somáticas duraderas”<sup>26</sup>.

En Colombia, penalmente hablando, podríamos afirmar que existen 2 grandes tipos de trastornos mentales, estos son los permanentes y los transitorios, y éstos, los transitorios, a su vez se subdividen en los que cuentan con base patológica, esto es “aquella condición que se presenta en una persona portadora de una determinada personalidad anormal o morbosa -situación distinta a que la respuesta misma sea anormal o morbosa, pues de ser así todo trastorno mental transitorio sería patológico y la distinción no tendría sentido<sup>27</sup>”; y a los que no les antecede una base patológica, que “suponen la ausencia de tales rasgos en la

---

<sup>24</sup> Ibíd. p. 661.

<sup>25</sup> VELASQUEZ VELASQUEZ Óp. cit., p. 856.

<sup>26</sup> MOJICA ARAQUE, Óp. cit., p. 661.

<sup>27</sup> VELASQUEZ VELASQUEZ Óp. cit., p. 856.

personalidad del agente”<sup>28</sup> y se caracterizan en el derecho comparado por ser: a) Una brusca aparición; b) irrupción en la mente del sujeto con pérdida de facultades intelectivas o volitivas, o ambas; c) de breve duración; d) curación sin secuelas; y e) que no sea auto provocado, es decir que no haya sido provocado por el que lo padece con propósito de sus actos ilícitos (acciones liberae en causa).

En este tipo de trastornos se consideran los estados de intoxicación alcohólica, el consumo de drogas alucinógenas o psicotrópicas, las sugestiones patológicas y las reacciones de los estados epilépticos, pero bajo la condición general de que tengan la entidad suficiente para anular la capacidad de comprensión o de determinación de la ilicitud de la conducta realizada, siempre que no hayan sido provocadas con la finalidad delictiva o que no hayan sido previstas, si la previsión fuera posible<sup>29</sup>.

Por ello es de hincapié la importancia de la existencia de una base patológica a la hora de determinar una inimputabilidad por trastorno mental ya que el legislador en los artículos 71 y 75 de la ley 599 de 2.000 ha querido establecer un tratamiento diferencial entre los agentes que la pregonan y los que la carecen para que, a la hora de determinar la sanción imponible, sea un criterio auxiliar, por así decirlo, para que el fallador en el examen del fragmento de realidad ya pasada puesto en su consideración cuente con el mayor número de elementos de valor y tome la mejor decisión.

Podemos decir que esta inimputabilidad pregonan dos componentes, uno clínico que por temor a cometer ligerezas conceptuales y no reporta mayor interés al objeto de estudio acá abordado no se comentarán y que son propios de la ciencia psiquiátrica; y otro componente de carácter jurídico. “Dentro del componente

---

<sup>28</sup> Ibíd. p. 856.

<sup>29</sup> MOJICA ARAQUE, Op. cit., p. 661.

jurídico su reconocimiento no solo está dentro de la discrecionalidad judicial, sino que debe ser analizado en el contexto de cada caso en concreto, se aconseja que, en obediencia al desarrollo de las ciencias del comportamiento y psiquiátricas se entienda ya no trastorno o enfermedad mental sino trastornos de la personalidad<sup>30</sup>.

Al encontrarnos en un campo eminentemente clínico, y para efectos de practicidad del presente estudio, y los más importantes en el derecho penal por su viabilidad y frecuencia, se puede confrontar que los trastornos mentales se dividen en tres grandes familias, “la psicosis, las psicopatías y la neurosis”<sup>31</sup>.

- **Psicosis:** Es el trastorno general y persistente de las funciones psíquicas que impide una adaptación lógica y activa a las normas del medio ambiente sin provecho para sí mismo ni para los demás; es pues una perturbación general del psiquismo que afecta las esferas intelectual, volitiva y afectiva de la personalidad. Son especies de la psicosis: la oligofrenia, la epilepsia, la esquizofrenia, la paranoia, la psicosis maniaco-depresiva, la psicosis tóxica, las psicosis lúeticas, la demencia senil y la demencia arterioesclerótica.

- **Psicopatías:** Son las conocidas personalidades psicópatas en las que se presentan disturbios más o menos leves, localizados preferiblemente en la esfera de los sentimientos y de la voluntad; son anomalías del carácter sentidas por el sujeto y que, por lo mismo, lo hacen sufrir. Se presenta una desproporción entre estímulo y respuesta, hay intemperancia y, en general, la inadaptabilidad social.

En estas personalidades se presentan impulsos-obsesivos y he aquí el mayor interés criminológico al presentarse en el individuo una idea fija que se impone en

---

<sup>30</sup> MOJICA ARAQUE, Op. cit., p. 660.

<sup>31</sup> REYES ECHANDIA, Op. cit., p. 47.

la conciencia y lo impele con fuerza irresistible a la realización de hechos frecuentemente delictivos; los esfuerzos que hace para detener el impulso, lejos de contrarrestarlo, aumentan su contenido energético y ocasiona disturbios psicomotores de tal magnitud que solo la ejecución de la conducta hacia la cual se orienta la impulsión les proporciona el necesario equilibrio emocional y les devuelve la tranquilidad; el sujeto experimenta, en efecto, después de consumado el hecho, una sensación de alivio y de liberación.

Acá la inimputabilidad no depende de la incapacidad para comprender la ilicitud del comportamiento, pues la psicopatía no elimina esa comprensión, sino de la imposibilidad de auto determinarse libremente; el agente solo puede actuar en la dirección que le traza su impulso anormal. Dentro de la personalidad de los psicópatas se presentan las hipertímicas, las depresivas, las inseguras, las fanáticas, las ambiciosas, las inestables y las anormales.

- **La neurosis:** También conocida como psiconeurosis, esta alteración se desarrolla en individuos constitucionalmente predispuestos; esta se presenta en dos formas, la obsesiva y la histérica; en estos estadios se presenta una excesiva sugestionabilidad en el agente que lo lleva a creerse víctima de males y dolores imaginarios (parálisis, ceguera, cefaleas, etc.)<sup>32</sup>.

#### **I.IV La diversidad sociocultural:**

“Aparece con este nombre solo con la vigencia de la ley 599 de 2.000”<sup>33</sup>. Esta sub clasificación legal obedece al reconocimiento constitucional que desde 1.991, con más ahínco por el desarrollo de principios constitucionales, tales como la pluralidad étnica y la diversidad cultural, se le ha hecho a las “minorías raciales

---

<sup>32</sup> Ibíd. p. 47.

<sup>33</sup> MOJICA ARAQUE, Op. cit., p. 665.

dentro de un determinado Estado que aun viven de acuerdo con sus propias tradiciones, conservan su lengua original y actúan siguiendo normas de cultura también propias”<sup>34</sup>, y en consecuencia de que “el concepto que de ilicitud ellos tiene no se acomoda en todos los casos al que rige en el mundo de la sociedad mayoritaria y gobernante; su criminalidad no depende entonces de una inmadurez mental intrínsecamente considerada o referida solamente a su edad o por enfermedad mental sino en fallas en los mecanismos de adaptación social, determinada casi siempre por una incursión brusca a un medio cultural hasta entonces desconocido para ellos”<sup>35</sup>.

Dentro de este género podemos encontrar la especie mas popular o de mayor consideración, la cual es la de los indígenas; la “inimputabilidad de los indígenas es también relativa, en cuanto supone un análisis previo de su situación personal para determinar el grado de conocimiento y comprensión que tienen de las leyes y costumbres de la sociedad gobernante pudiéndose asegurar inclusive que la criminalidad del indígena puro es el resultado de un conflicto de civilizaciones”<sup>36</sup>.

Sumado al hecho de que “la constitución política de Colombia de 1.991 reconoció en su artículo 246 la equivalencia jurisdiccional para el juzgamiento de los indígenas”<sup>37</sup>, al establecer la Carta que los territorios indígenas son entidades territoriales y confrontando “propuestas tales como el considerar su actuar delictuoso bajo el amparo absolutorio del error de prohibición de naturaleza invencible para comprender la ilicitud de su actuar en obediencia al amplio reconocimiento y participación de estas minorías de manera cada vez mas

---

<sup>34</sup> REYES ECHANDIA, Op. cit., p. 60.

<sup>35</sup> Ibíd. p. 61.

<sup>36</sup> Ibíd. p. 61.

<sup>37</sup> MOJICA ARAQUE, Op. cit., p. 665.

creciente en las decisiones y aspectos de naturaleza cultural, política, económica y religiosa”<sup>38</sup>.

“Es decir, la inimputabilidad por diversidad socio cultural se refiere al contexto diverso en el que habita el agente y que le imposibilita la socialización e interiorización del sistema jurídico imperante lo que configura una inmadurez de naturaleza cultural”<sup>39</sup>, “fruto de la cosmovisión diferente del agente”<sup>40</sup>. En otras palabras: “La situación particular del indígena es fruto de una diferencia valorativa y no de una inferioridad por lo que este obra en virtud de un error de prohibición culturalmente condicionado, causal de rango constitucional porque: 1. Los casos de inimputabilidad no distinguen acerca de la vencibilidad o no de la interpretación divergente del mundo, mientras que el error debe ser invencible para poder eximir de responsabilidad. 2. La inimputabilidad también cubre la incapacidad volitiva, mientras que para algunos, el error no”<sup>41</sup>.

En palabras de la Corte Constitucional<sup>42</sup>, la inimputabilidad por razones de diversidad socio cultural no opera de pleno derecho, es un análisis juicioso que solo puede aplicarse a aquellas personas que hagan parte de culturas que tengan no solo un medio cultural definido sino que además posean autoridades propias, reconocidas y aceptada por el Estado Colombiano lo que permite concluir que esta inimputabilidad es exclusiva pero no excluyente al poderse aplicar a culturas diferentes de los indígenas como a las comunidades negras del pacifico o los raizales de San Andrés siempre y cuando: a) La persona, al momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica, no haya tenido la capacidad de comprender su

---

<sup>38</sup> Ibíd. p. 665.

<sup>39</sup> Ibíd. p. 665.

<sup>40</sup> VELASQUEZ VELASQUEZ Óp. cit., p. 858.

<sup>41</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-370 de 2.002, Referencia: expediente D-3751. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

<sup>42</sup> Ibíd.

ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por diversidad socio cultural; b) que la persona haga parte de una cultura, que posea un medio cultural propio definido adonde ese individuo pueda ser reintegrado, y c) que esa cultura posea autoridades, reconocidas por el Estado, con las cuales se pueda coordinar dicho reintegro<sup>43</sup>.

#### **I.V Los estados similares:**

El artículo 33 del Código Penal actual dejó abierta las causales de inimputabilidad y más aun dejó en blanco los requisitos que se deben de cumplir por un determinado estado de la vida de alguien que le permitan pregonar que es un inimputable penal y que por ende su actuar no encaja en las descripciones abstractas sancionables por el legislador. “Esta causal que es de carácter relativa ya que no se puede extender a otras no contenidas expresamente en el artículo 33 del código penal vigente, es excepcional a los principios penales de prohibición de analogía, taxatividad y seguridad jurídica”<sup>44</sup>.

Este dispositivo amplificador de la inimputabilidad es aplicable tanto al trastorno mental como a la diversidad socio cultural y a la inmadurez psicológica “dejando abierta la clausula en lo que respecta a las causas del fenómeno de la inimputabilidad”<sup>45</sup> ya que no se circunscribe únicamente a la diversidad socio cultural.

---

<sup>43</sup> Ibíd.

<sup>44</sup> MOJICA ARAQUE, Óp. cit., p. 666.

<sup>45</sup> VELASQUEZ VELASQUEZ Óp. cit., p. 858.

## CAPÍTULO II

### EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DEL TRATAMIENTO DEL MENOR

Se podría decir que uno de los referentes más remotos del tratamiento penal del comportamiento del menor se dio con:

**II.I El código penal de Santander de 1.837:** Este estatuto penal pretérito consagraba en su artículo 106 que “son excusables, y no están por consiguiente sujetos a pena alguna (...) El menor de siete años”<sup>46</sup>. Más concretamente en el artículo 108 de dicho código se estableció que “En ningún caso se impondrá pena al menor de diez años y medio, y solamente se prevendrá a los padres, abuelos o curadores para que cuiden de él, le den educación y lo corrijan convenientemente. Pero si hubiere fundado motivo para desconfiar de que los padres, abuelos o tutores lo corrijan, o se comprobare que es incorregible, se le pondrá en una casa de reclusión por el término que se estime conveniente, según su edad y circunstancias del caso, con tal de que no pase de la época en que cumpla diez y siete años”<sup>47</sup>.

A este respecto se observa, como bien lo denotaba el profesor Reyes Echandía, que no se habla de inimputabilidad o ausencia de responsabilidad sino de sujetos penalmente excusables que, en palabras de este autor, “Se trataba coma causal de inimputabilidad la minoría de edad conformada por tres situaciones: la de menores de siete años, absolutamente inimputables (Concepción clásica pura); la de los mayores de siete y menores de diez años y medio a los cuales solo se les amonestaba o se le imponía medida asegurativa de reclusión si se consideraba

---

<sup>46</sup> REYES ECHANDIA, Op. cit., p. 105.

<sup>47</sup> *Ibíd.* p. 106.

que estos eran incorregibles; y la de mayores de diez años y medio, a quienes se consideraba como imputables”<sup>48</sup>.

De este primer tratamiento normativo del menor se observan varias cuestiones, entre ellas: a) se consagraban causas de exculpación penal mas no de inimputabilidad penal; b) el menor de siete años era irresponsable penalmente, o sea que éste no era susceptible ni de sanción penal ni de imposición de medida de seguridad; c) al menor de 10 años y medio se le consideraba inimputable, por lo que tampoco se le imponían sanciones penales pero sí unas medidas pedagógicas o educativas como la amonestación y prevención a sus respectivos tutores legales, en el caso de que éstos no se consideren como personas idóneas para responsabilizarse del menor entonces se procedía con una medida pedagógica más severa consistente en la internación en una casa de reclusión; y d) la edad desde la cual se aplicaba la justicia penal a la persona era la de los diecisiete años.

**II.II Código penal de 1.858:** Posteriormente, en el año de 1858, con la expedición del código penal de tal época, se trató a los menores de edad en dos artículos: el 101, el cual consideraba a las personas excusables penalmente, entre ellos el menor de edad y se calcaron las cusas del código penal de 1.837; y el 102, asumiéndose respecto de ellos tres criterios: el de menores de siete años, fuera del derecho penal; el de los mayores de siete años y menores de doce años, quienes eran colocados “en una casa de reclusión” o puestos bajo el cuidado de una persona para que los eduque o corrija, a juicio del poder ejecutivo o del prefecto respectivo, hasta que cumpla diecisiete años; y el de los mayores de doce años, plenamente imputables<sup>49</sup>.

---

<sup>48</sup> Ibíd. p. 107.

<sup>49</sup> Ibíd. p. 108.

**II.III Código penal de 1.873:** Ya en el ocaso del siglo XIX y entrando al siglo XX se expide el Código penal de 1.873, en el cual nuevamente se calcan las fórmulas de los dos códigos penales anteriores bajo la enunciación de personas excusables “y respecto de los menores de edad, fijaba -como el de 1.858- la de 12 años como límite máximo de inimputabilidad”<sup>50</sup>. En dicho código se preceptuaba que “cuando el menor sea declarado irresponsable, será entregado a su familia, con cargo de vigilarlo y educarlo. Si no la tuviere ingresara a un establecimiento, para la corrección de jóvenes, o de beneficencia, destinado a la educación de huérfanos o desamparados, donde deberá permanecer durante el tiempo que el tribunal fije teniendo en cuenta las circunstancias de hecho”<sup>51</sup>.

Se observa en tal código que en tratándose de los menores la doctrina observó tres momentos cronológicos: a) los menores de nueve años, fuera del derecho penal; b) mayores de nueve y menores de quince años, inimputables en cuanto carezcan de discernimiento, en cuyo caso serían sometidos a vigilancia y educación en su hogar o en establecimientos oficiales; si el tribunal encontraba que el menor actuó con discernimiento, dejaba de ser inimputable y era sometido a pena; se trataba, pues, de un concepto relativo de imputabilidad; y c) los mayores de quince años, plenamente imputables y sometidos, por lo mismo, a sanciones penales<sup>52</sup>.

**II.IV Código penal de 1.890:** 17 años después se expide el que reemplazó la legislación penal rionegrina de 1.873. En dicho estatuto penal se acogió el criterio biológico para la minoría de edad como se desprende de sus artículos 29 y 30<sup>53</sup> y se mantuvo la enunciación de personas excusables en el capítulo segundo del título primero, copiando, en su artículo 29, las causales del código penal de 1.837.

---

<sup>50</sup> *Ibíd.* P. 108.

<sup>51</sup> *Ibíd.* P. 59.

<sup>52</sup> REYES ECHANDIA, *Óp. cit.*, p. 111.

<sup>53</sup> REYES ECHANDIA, *Óp. cit.*, p. 281.

**II.V. La ley 95 de 1.936 o código penal de Colombia 1.936:** regido por el “criterio de la imputabilidad social y legal”<sup>54</sup>, reguló en su libro primero, título primero, capítulo segundo, artículo 30, lo relacionado con la responsabilidad penal del menor como consecuencia de disposiciones fragmentadas que, desde 1.920, lo abordaron.

Como antecedentes legislativos de esta ley, en lo referente a la responsabilidad penal del menor de edad, podemos encontrar primeramente la ley 98 de 1.920, por la cual se crearon Juzgados de menores para que se ocuparan de la atención al menor con problemas de conducta que, “inspirada en las ideas de Ferri quien clasificó a los menores delincuentes como: 1. No moralmente abandonados. 2. Moralmente abandonados. 3. Moralmente pervertidos. 4. Con tendencia persistente al delito. Y 5. Enfermos de la mente”<sup>55</sup>, acogió los conceptos de los no moralmente abandonados y los moralmente abandonados, con base en la cual estableció la jurisdicción especial para menores delincuentes y la adopción de normas especiales respecto de los delitos por ellos cometidos.

Con esta ley se sustrajo la competencia de los jueces ordinarios a los menores entre 7 y 17 años que cometieran actos delictuosos; se ordena la obligatoria asistencia del médico; se autoriza al juez para intervenir en los casos de simple abandono material o moral; se establece un juicio verbal breve y sumario; se ordena averiguar las condiciones de familia y ambiente; se suprime toda pena de prisión; el fallo puede ser absolutorio, imponer una amonestación, confiar el menor a su padres o a una familia distinta o a un establecimiento industrial o agrícola, ordenar su internación en una “casa de reforma y corrección” por un tiempo

---

<sup>54</sup> ARCHILA, José Antonio. Código penal; ley 95 de 1936. Bogotá. Editorial Cromos. 1.938, P. 56.

<sup>55</sup> LOZANO Y LOZANO, Carlos. Elementos de derecho penal. Bogotá. Ediciones Lerner, 1.961, P. 378.

indeterminado hasta que dé muestras de haberse corregido, y enviar a los que pasen de la edad de 15 años a una colonia agrícola; así mismo, el juez puede reformar o modificar su fallo según los resultados<sup>56</sup>.

Continuando con las ideas inspiradoras de Ferri, agregando el criterio del discernimiento del menor, y desarrollando los postulados de la ley 98 de 1.920, se expidió “La ley 109 de 1.922 que estableció como criterio para la penalidad de los menores el del discernimiento que tenga el menor al tiempo de delinquir como lo hiciese de igual manera el código penal argentino de 1921”<sup>57</sup>.

Como muestra de la importancia que socialmente se tenía de atender las infracciones penales por parte de los menores de edad, se creó en 1.926, mediante la ley 79, el Ministerio de Instrucción Pública para la educación y guarda de menores<sup>58</sup>; y con la necesidad de darle una atención más especial e individual al menor, se expidió el decreto 1714 de 1.936, el cual dispuso la creación de un juzgado de menores en cada una de las capitales de los departamentos, sobre las mismas bases de la ley 98 de 1.920, pero dicho decreto no prosperó por insuficiencia de juzgados, entre otras causas de índole presupuestal.

Con el objetivo de homogenizar posturas, normas y criterios se emprendió un nuevo tratamiento legal de la responsabilidad penal del menor, esta vez no con normativa especialmente dirigida a éste sino otorgándole un acápite especial dentro del que sería el código penal para mayores de edad; con este objeto se instauró la ley 95 de 1.936 o código penal de la época, el cual expresa que “A los

---

<sup>56</sup> Ibíd. p. 377.

<sup>57</sup> ARCHILA, Op. cit., p. 58.

<sup>58</sup> COLOMBIA. COALICIÓN CONTRA LA VINCULACIÓN DE NIÑOS, NIÑAS Y JÓVENES AL CONFLICTO ARMADO EN COLOMBIA. Bases de datos de documentos legislación colombiana sobre niñez. [en línea]. [consultado 20 Abril. 2011]. Disponible en [http://www.coalico.org/publicaciones/legislacion\\_colombiana.htm](http://www.coalico.org/publicaciones/legislacion_colombiana.htm)

menores de diez y ocho años que incurran en alguna de las infracciones previstas en la ley penal, se aplicarán las medidas de seguridad de que trata el capítulo 2 del título 2 de este libro. Fórmula semejante a la de la misión italiana<sup>59</sup>, pero teniendo claro que, coherente con el tratamiento dado al menor hasta el momento, la legislación penal no había adoptado la idea de la incorregibilidad de los menores.

No es posible someter a los mismos procedimientos el juzgamiento de los delitos cometidos por los adultos y el de los consumados por menores de edad, lo que constituyó la base de la reforma aludida, reforma que consistió fundamentalmente en apartarse de los sistemas de castigo que predominaban anteriormente en las legislaciones para sustituirlos por medidas de carácter educativo y tutelares de la infancia<sup>60</sup>.

En consecuencia, el capítulo 2 del título 2 del libro primero de la ley 95 de 1936, en sus artículos 61 al 74, que trata sobre las medidas de seguridad, se dictaminó que los menores de edad que infrinjan la ley penal son susceptibles a título de medida de seguridad, de la imposición de una libertad vigilada o de una reclusión en una escuela de trabajo o en un reformatorio. Este régimen de medidas de seguridad traía una gama de instrumentos que, dependiendo de la gravedad de la conducta del menor y su edad, procede o no contra éste, así:

El artículo 67, literal b), establece que la libertad vigilada consiste, para los menores de 18 años, en confiarlos a su propia familia o a otra honorable, o a un instituto de educación, taller, fábrica o establecimiento privado, con la prohibición de que concurran a lugares públicos donde moralmente puedan correr peligro.

---

<sup>59</sup> ARCHILA, Op. cit., p. 57.

<sup>60</sup> *Ibíd.* p. 57.

Esto se hará en las condiciones que el juez señale adecuadas al caso, y bajo la inspección del mismo juez o de sus agentes<sup>61</sup>.

De igual manera, el artículo 69 establece que el menor de 14 años que sin estar moralmente abandonado cometa uno de los hechos previstos en la ley penal, se confiará en condiciones de libertad vigilada y bajo caución suficiente a su propia familia, por un tiempo que no podrá pasar del que le falte para cumplir 18 años; si el menor estuviere moralmente abandonado, deberá prescindirse de su familia y colocársele bajo libertad vigilada por un tiempo no menor de 2 años, ni mayor del que le falte para cumplir 18 años de edad; si dadas las circunstancias del menor no se estimare conveniente o no fuere posible colocarlo en condiciones de libertad vigilada, deberá internársele por el mismo tiempo en una escuela de trabajo<sup>62</sup>.

En igual sentido se pronuncia el artículo 70 al determinar que el menor de 18 años que cometa un delito podrá ser condenado condicionalmente, siempre que el hecho no estuviere sometido a la pena de presidio y que se reúna las demás condiciones legales para adoptar esa medida. Si no se reúnen tales condiciones, deberá recluirse en una escuela de trabajo por un tiempo no menor de dos años y hasta que se obtenga su corrección y mejora, siempre que la reclusión no se extienda más allá de la época en que el menor cumpla 25 años<sup>63</sup>.

El artículo 71 establece la salvedad a las normas anteriores en el sentido que cuando pueda concederse la condena condicional, pero hubiere fundado temor de que, en poder de las personas bajo cuyo cuidado esté el menor, no tenga éste el ambiente ni los elementos necesarios para su corrección o mejora, deberá el juez aplicarle la libertad vigilada con prescindencia de aquellas personas y por un

---

<sup>61</sup> Ibíd. p. 90.

<sup>62</sup> Ibíd. p. 90.

<sup>63</sup> Ibíd. p. 90.

tiempo no menor de un año, ni que exceda del que le falte al menor para cumplir 25 años<sup>64</sup>.

El artículo 72 establece que “cuando un menor de 18 años y mayor de 14 cometa una contravención el juez, teniendo en cuenta las circunstancias del hecho y las condiciones del menor y su familia, deberá aplicarle la libertad vigilada por un periodo de uno a dos años”<sup>65</sup>.

El artículo 73 dice que al menor de 18 años y mayor de 14 que cometa un delito sometida a la pena de presidio, se le recluirá en un reformatorio por un término de 15 años. Si al llegar a la edad de 25 años se hubiere obtenido la corrección y mejora del recluso, se le pondrá en libertad condicional; pero si no se hubiere obtenido dicha corrección y mejora, pasará a la penitenciaria correspondiente a pagar, en presidio, el tiempo que le falte para cumplir la sentencia”<sup>66</sup>.

Con este régimen de medidas de seguridad, implementado por la ley 95 de 1.936 en su capítulo segundo, se condensó no solo la normativa anterior respecto de la forma en que debía de tratarse al menor sino que se establecieron los sitios en los cuales debe purgarse una sanción, rangos de edad habilitantes para su imposición y forma en que se manejara la transición entre la minoría de edad y la mayoría en estado de reclusión.

De otro lado se superó la visión tierna del derecho penal respecto de los menores fundada en que, como el profesor Sighele<sup>67</sup>, piensan que todo niño que delinque no es sino la víctima de un delito que otro cometió anteriormente contra él. Se

---

<sup>64</sup> Ibíd. p. 91.

<sup>65</sup> Ibíd. p. 91.

<sup>66</sup> Ibíd. p. 91.

<sup>67</sup> Sighele, S. Psicología de las sectas. Citado por: LOZANO Y LOZANO, Carlos. Elementos de derecho penal. Bogotá. Ediciones Lerner, 1.961, P. 367.

debe abandonar el “criterio por el cual se imponen las medidas de seguridad con base a la expiación y disponerse ante todo con fines de adaptación y perfeccionamiento”<sup>68</sup>, ya que lo que se buscaba, “en palabras de Ferri, era los sustitutivos penales es decir, nuevas condiciones sociales menos injustas y caóticas que ataquen en su raíz las causas de la delincuencia”<sup>69</sup>.

Se tenía una visión diferente del derecho y sobre todo del derecho penal ya que se consideraba a éste como “el encargado de la disciplina social y de la tutela del derecho”<sup>70</sup> y más cuando éste a través de sus medidas de seguridad busca “educar, readaptar aconsejar, orientar y dar trabajo honesto y estas no tienen carácter definitivo ya que se busca ensayar y volver a ensayar y en este campo no debe operar la cosa juzgada”<sup>71</sup>.

Posteriormente, la Ley 83 de 1.946, llamada Orgánica de la Defensa del Niño<sup>72</sup>, reglamentó todo lo relacionado con la delincuencia juvenil y la protección del menor; en su momento se le definió como “la legislación penal de menores”<sup>73</sup>, y trajo disposiciones sobre pérdida de la patria potestad y guarda de los menores, paternidad, alimentos, trabajo de menores y juzgados de menores con equipo interdisciplinario; como novedad “habló por primera vez de la protección del menor con limitaciones; definió estados de peligro físico y/o moral, las medidas de protección y creó el Consejo Nacional de Protección”<sup>74</sup>.

---

<sup>68</sup> Ibíd. p. 367.

<sup>69</sup> Ibíd. p. 367.

<sup>70</sup> Ibíd. p. 375.

<sup>71</sup> Ibíd. p. 375.

<sup>72</sup> Ibíd. p. 379.

<sup>73</sup> REYES ECHANDIA, Óp. cit., p. 283.

<sup>74</sup> COLOMBIA. COALICIÓN CONTRA LA VINCULACIÓN DE NIÑOS, NIÑAS Y JÓVENES AL CONFLICTO ARMADO EN COLOMBIA. Bases de datos de documentos legislación colombiana sobre niñez. [en línea]. [consultado 20 Abril. 2011]. Disponible en [http://www.coalico.org/publicaciones/legislacion\\_colombiana.htm](http://www.coalico.org/publicaciones/legislacion_colombiana.htm)

Esta ley fue modificada por el decreto 1397 de 1.947, el cual modificó lo establecido respecto de la medidas de seguridad en el código penal de 1936 en el entendido que: 1) se le dieron más amplias facultades al juez, que ya no tiene pauta o norma precisa para escoger la medida que ha de aplicar, ni por la edad del menor ni por la naturaleza del delito; y 2) se dispuso que los mayores de 21 años pasaran a la penitenciaria o cárcel cuando no se hubieren corregido.

En 1.964, bajo el imperio del decreto-ley 1818 del mismo año, se consideró en sus artículos 5, 6 y 7 que los menores de 12 años no son sujetos activos de infracciones penales; de su conducta ilícita o de sus situación de abandono o peligro físico o moral se ocupa el instituto colombiano de bienestar familiar a través de las defensorías de menores. Así lo entendió la Corte Suprema de Justicia en la providencia del 03 de Agosto de 1.972 en la que postuló que: “La Corte considera que los menores de 12 años tampoco son sujetos activos de infracción penal”<sup>75</sup>.

La ley 75 de 1.968, en su artículo 48, disminuyó la edad límite de inimputabilidad a 16 años y creó los pabellones de menores de las cárceles. Las razones para ello fueron que el proceso de maduración de la personalidad era mucho más acelerado que anteriormente. Aunque el decreto 1699 de 1.964, sobre “conductas antisociales”, había disminuido ya la edad de imputabilidad a 16 años y la mayor parte de tales conductas constituían verdaderos delitos.

**II.VI Decreto ley 100 de 1.980 o Código penal de 1.980:** En 1970, en el campo de discusión para la expedición del nuevo código penal de Colombia de esa época, que se conocería como el decreto ley 100 de 1.980, y que derogaría la ley 95 de 1.936, se retoma nuevamente la polémica en torno a la cualidad que debe

---

<sup>75</sup> REYES ECHANDIA, Óp. cit., p. 151.

tener el menor de edad para la legislación penal, esto es, un inimputable, imputable o actor especial y de cómo se debe tratar a quién utiliza a un menor para cometer una conducta punible.

En un principio, para las discusiones de este decreto ley 100 de 1.980, se consideraron inimputables por inmadurez psicológica: “lo que se pretendía era establecer un criterio de tratamiento de inimputabilidad solo para los menores y no hacer referencia específica a los indígenas o los sordomudos”<sup>76</sup>. La razón de ello, según se sostenía, radicaba en que “en igual sentido se sostenía que la inimputabilidad se fundamenta tanto en la inmadurez psicológica, que se pregona de los menores, como del trastorno mental”<sup>77</sup>. Más específicamente, en el acta 49 del 6 de abril de 1973<sup>78</sup> del proyecto del código penal de 1.980, que trata el tema de la inimputabilidad de los menores de edad, se determina que éstos son inimputables por el fenómeno de la inmadurez psicológica.

Ahora bien, para efectos de establecer la inimputabilidad por razones de minoría de edad, se opta por un sistema cerrado según el cual, la ley, de manera directa, establece los límites de edad respectiva. Consecuente con lo anterior, en el acta número 51 del 11 de mayo de 1973<sup>79</sup>, se establece, en relación con la imputabilidad, que es inimputable la persona menor de 18 años. Se fija este límite porque no es conveniente dejar al arbitrio del juez el establecimiento de la imputabilidad o inimputabilidad por razón de la edad. El menor es inimputable porque no tiene el desarrollo psicobiológico que puede tener una persona mayor.

---

<sup>76</sup> MARÍN, Luis Carlos. Actas del nuevo código penal colombiano. Pequeño foro. Bogotá., 1.981, P. 538.

<sup>77</sup> Ministerio de Justicia. Proyecto de código penal colombiano. Bogotá. Imprenta nacional, 1978, P. 311.

<sup>78</sup> *Ibíd.*, p. 322.

<sup>79</sup> *Ibíd.*, p. 330.

Así se consagró finalmente en el Código Penal de 1980, en su artículo 34<sup>80</sup>, donde textualmente se dijo que para todos los efectos se considera penalmente inimputable al menor de dieciséis años (16) años; en su momento doctrinantes como Reyes Echandía<sup>81</sup> manifestaron que partiendo del artículo 31 de la ley en comento las causales de inimputabilidad y más precisamente la inmadurez psicológica encarnaban el asunto de los menores de edad y que en este código se adoptó el criterio biocronológico según el cual por debajo de él, los dieciséis años, los sujetos son inimputables y el comportamiento típico y antijurídico que realicen, dará lugar a medidas de seguridad.

**II.VII Decreto 2737 de 1989 o código del menor<sup>82</sup>:** Con posterioridad, más concretamente en 1989, se expide el código del menor el cual, en su título quinto, capítulo primero, artículo 165, estableció que para todos los efectos se considera penalmente inimputable al menor de dieciocho (18) años. “Aunque el Código del Menor define a los menores como inimputables, de todas maneras los somete a un proceso judicial ante jueces de menores para que sean estos quienes investiguen, acusen y juzguen a los adolescentes entre 12 y 18 años que han cometido cualquier delito tipificado en el Código Penal”<sup>83</sup>.

En efecto, el código del menor condensa las posibilidades del juez de menores, su tratamiento jurídico penal y las posibilidades de abordarlo así: En el inciso final

---

<sup>80</sup> COLOMBIA. INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR. Bases de datos de normatividad y legislación. [base de datos en línea]. [consultado 10 Oct.2010]. Disponible en <[http://www.icbf.gov.co/transparencia/derechobienestar/codigo/codigo\\_penal\\_1980\\_pr001.html#34](http://www.icbf.gov.co/transparencia/derechobienestar/codigo/codigo_penal_1980_pr001.html#34)>.

<sup>81</sup> REYES ECHANDIA, Op. cit., p. 292.

<sup>82</sup> COLOMBIA. ALTA COMISIONADA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA REINSERCIÓN. Bases de datos biblioteca. [base de datos en línea]. [consultado 10 Oct.2010]. Disponible en <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/01017.pdf>.

<sup>83</sup> COLOMBIA. MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL. Una ley para que de verdad los niños y las niñas sean primero. [base de datos en línea]. [consultado 20 Abril.2011]. Disponible en <http://www.mineducacion.gov.co/cvn/1665/article-108806.html>.

del artículo 201 se advertía que *“En ningún caso la medida de rehabilitación podrá ser superior a tres (3) años”*; y el artículo 217 disponía que *“si estando vigente la medida el menor cumpliera dieciocho (18) años, esta continuará en vigor hasta obtener su rehabilitación, pero no se prolongará más allá de la fecha en que este cumpla veintiún (21) años”*; también el artículo 219 limitaba la medida al señalar que *“De acuerdo con las circunstancias, se podrá prolongar la estancia del infractor en el establecimiento especial, hasta los veintiún (21) años, tomando en cuenta la naturaleza de la infracción, la conducta del mismo y su condición personal.”*

Se resalta de este tratamiento del menor dos cuestiones importantes, a saber: 1) el máximo de la sanción a imponer a un menor era de 3 años independientemente de la modalidad de la conducta o su gravedad y mucho menos de la naturaleza del delito o la infracción; y 2) el menor solo podría estar en estos sitios especializados de reclusión hasta los 21 años de edad con lo que si el mismo alcanzaba la mayoría de edad cumpliendo su sanción no era recluido en el sistema penitenciario de adultos sino que continuaba en el especializado para los menores hasta los 21 años, edad a partir de la cual quedaba nuevamente en libertad.

En aquel momento, en el cual la Corte Constitucional estudió lo referente a la defensa técnica en el juzgamiento de las conductas ilícitas de los menores, sostuvo en su sentencia C-817 de 1.999 que:

Los menores, que son tanto los niños como los adolescentes, se consideran inimputables frente a la ley penal, hasta los dieciocho (18) años, es decir, que no pueden ser declarados responsables de un hecho punible ni sometidos a medida o sanción penal como consecuencia de su realización, sino protegidos y educados de acuerdo con su situación personal o socio

familiar. El juez, ha dicho la Corte *“puede imponerle medidas al menor infractor de carácter protector o pedagógico, pero nunca de naturaleza condenatoria”*. Tales medidas están consagradas en el artículo 204 del Código del Menor, a saber: imposición de reglas de conducta, libertad asistida, ubicación institucional, y cualquiera otra que contribuya a la rehabilitación del menor

Así lo entendió también la doctrina cuando en la interpretación de tal pronunciamiento jurisprudencial aseveró que:

En conclusión tenemos que, desde un punto de vista técnico que los menores no ejecutan conductas punibles en el sentido de lo expuesto en la norma rectora consagrada en el artículo 9 del código penal, como quiera que al ser inimputables, sus conductas carecen de culpabilidad ya que no es posible hacer un juicio individual de reproche (...) El menor de 18 años no será jurídicamente culpable, su hecho constituye un injusto típico pero no delictivo; la declaración de responsabilidad del juez no tiene un carácter penal (...) No obstante la corte constitucional, en sentencia del 6 de Mayo de 1.993, señaló que existen dos clases de hechos punibles: el realizado por el sujeto imputable que surge como conducta típica, antijurídica y culpable, y el hecho punible realizado por el sujeto inimputable que surge como conducta típica y antijurídica pero no culpable.

Para el código del menor y para el desarrollo de la jurisprudencia, los menores de 18 años son inimputables y tiene responsabilidad penal sujeta a los principios de especificidad y de diferenciación, con una orientación educativa, rehabilitadora y protectora<sup>84</sup>.

---

<sup>84</sup> Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Nuevo código de infancia y

Posteriormente, en otro pronunciamiento jurisprudencial, más concretamente en la sentencia C-839 de 2001, la Corte constitucional, al examinar la exequibilidad de la responsabilidad penal del menor infractor, concluyó que ésta no vulnera el derecho fundamental a la especial protección de los niños, señalando que “los menores que se encuentran en situación irregular y quebrantan el ordenamiento jurídico, son responsables frente al Estado por las consecuencias de su conducta”<sup>85</sup>.

Y al año siguiente, en la sentencia C-578 de 2002, señaló la misma Corte que

Con relación a la exclusión de los menores de 18 de la competencia de la Corte Penal Internacional, la Corte observa que la norma es coherente con las normas constitucionales que protegen especialmente a los niños o menores de edad y, en el ámbito nacional, le otorgan un tratamiento especial como inimputables sujetos a medidas de seguridad y no a penas, cuando son encontrados responsables por los jueces nacionales de la comisión de un delito (artículo 33 del Código Penal, artículo 2º de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, ratificada por Colombia mediante la Ley 12 de 1992; y el artículo 2º del Código del Menor)<sup>86</sup>.

---

adolescencia: Antecedentes, análisis y trámite legislativo. Bogotá, Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. 2007. Pag.31.

<sup>85</sup> COLOMBIA. Corte Constitucional. Bases de datos de relatoría. [base de datos en línea]. [consultado 20 Abril.2011]. Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-839-01.htm>

<sup>86</sup> COLOMBIA. Corte Constitucional. Bases de datos de relatoría. [base de datos en línea]. [consultado 20 Abril.2011]. Disponible en [http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-578-02.htm#\\_ftnref223](http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-578-02.htm#_ftnref223)

La Corte Suprema de Justicia no guardó silencio en este aspecto; así, consideró que, en tal normatividad, se refiere al código del Menor o decreto 2737 de 1.989:

Se consideraba que el menor que perpetraba una conducta sancionada por la ley penal no podía ser censurado por carecer de imputabilidad, lo cual atendía a criterios eminentemente biológicos, en tanto se presumía que su desarrollo cognitivo y capacidad volitiva solamente obtenían una maduración suficiente al cumplirse la mayoría de edad; de suerte que el objetivo de las medidas de seguridad que se le imponían eran de carácter curativo, pedagógico y protector<sup>87</sup>.

Finalmente se expidió en Colombia la ley 599 de 2.000 o código penal colombiano actual, en el cual se estableció en su artículo 33, que habla sobre los inimputables, en el inciso final, que los menores de 18 años estarán sometido al sistema de responsabilidad penal juvenil. Esto lo señala luego de que en su inciso primero consagró que es inimputable quien en el momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez psicológica, entre otros aspectos.

Aquí se visualiza un cambio tangencialmente significativo respecto del menor, en comparación con su primigenio tratamiento legislativo en materia penal, ya que se le toma como no intangible penalmente hablando, ya que si bien no es tomado en cuenta para efectos penales, se abre la posibilidad y la obligación legal de establecer un sistema de responsabilidad penal juvenil para éstos.

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

---

<sup>87</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de febrero 24 de 2010, Proceso n.º 32889 M.P. José Leónidas Bustos Martínez.

“...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...”<sup>88</sup>.

La doctrina al respecto sostuvo que, entre el código penal de 1.980 y la ley 599 de 2.000, la diferencia estriba en que el primero asume un criterio objetivo de naturaleza socio-cronológica (todos los menores de 18 años son inimputables y estarán sujetos a jurisdicción y tratamientos especiales (Código del menor); el segundo no difiere expresamente tal situación jurídico-penal, sino que tan solo establece un sistema especial de responsabilidad.

Con el nuevo ordenamiento, el menor de 18 años que realiza conducta punible, está por fuera del derecho penal ordinario y por tanto no puede ser sujeto de pena, sino de medidas de carácter correccional de muy diversa naturaleza, finalidad y efectos; (...) pero ante la clara adopción de este parámetro objetivo-cronológico de 18 años (...) es aconsejable que los criterios de determinación de la minoría de edad sean complementados con la exigencia del análisis pericial, que dictamine la real inmadurez psicológica del sujeto en referencia estricta al momento del hecho.<sup>89</sup>

---

<sup>88</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de febrero 24 de 2010, Proceso n.º 32889 M.P. José Leónidas Bustos Martínez.

<sup>89</sup> PABON PARRA, Óp. cit., p. 164.

En consecuencia, como fundamentos de este cambio de la inimputabilidad penal del menor al concepto de responsabilidad penal diferenciada de los adultos, se ha esgrimido que,

Si se excluye al menor del derecho penal, se debe predicar su absoluta inimputabilidad, en cuanto presentaría incapacidad de comprender lo injusto de su comportamiento y de determinarse de acuerdo con dicha comprensión.

Habría también ausencia de responsabilidad para la sistemática que fundamenta la culpabilidad en el poder actuar de manera diferente, lo cual reduce el concepto al albedrío; con lo que estimo que los menores no poseen la capacidad y voluntad suficientes que permitan la valoración de la ilicitud de la propia conducta y por tanto para actuar de acuerdo con las exigencias del ordenamiento.

Dada la dificultad para demostrar la mencionada capacidad del sujeto para actuar en libertad, se explicó la irresponsabilidad de los menores en referencia directa a la consecuencia jurídica: la pena en tales casos sería una reacción abusiva por parte de las autoridades penales, del todo inútil para los fines de prevención especial y general; por lo primero la impunidad del menor no disminuye la finalidad de inhibición general de la norma penal y, por lo segundo, la sanción penal para el menor revestiría las características de una reacción inadecuada, desproporcionada, innecesaria y cruel<sup>90</sup>.

---

<sup>90</sup> PABON PARRA, Óp. cit., p. 27.

Hoy, al igual que en 1.980, es clara, profética y parece calcada la impresión en el legislador en el entendido de que la doctrina sigue aseverando que:

El menor modernamente, a muy temprana edad, cerca de los 12 años, ya está en capacidad de establecer y comprender relaciones de obligatoriedad con la norma, con lo que respecto de ellos es posible determinar plena capacidad de culpabilidad-imputabilidad; (...) a todas luces se observa incluso por parte de las ciencias del comportamiento que lo que se fundamenta no es la erradicación o exclusión de la responsabilidad penal sino una respuesta estatal especial y diferenciada<sup>91</sup>.

**II.VIII Ley 1098 de 2.006 o ley de infancia y adolescencia:** Fue así como en el marco de la ley en referencia, en el año 2.006 se expide el nuevo marco normativo dirigido al menor en el cual, desde su artículo 139 hasta el 200 establece todo un esquema normativo tanto procesal como sustancial respecto de cómo se deben tratar las infracciones en las que se vea envuelto un menor. Por ende, esta normativa entra a derogar expresamente el decreto 2737 de 1989 o anterior código del menor.

Con esta nueva normativa se supera el mito de la inimputabilidad genérica de los menores de edad ya que “su aceptación irrestricta significó la adopción de los desacreditados sistemas tutelares que trataron al menor como sujeto irresponsable penalmente”<sup>92</sup>; se implantó con esta ley 1098 de 2.006 el hito penal en Colombia de la responsabilidad penal de los menores por conductas que constituyen infracciones penales o como lo sostiene el doctrinante Pabon Parra “la concepción de la inimputabilidad del menor de 18 años ha sido superada por el

---

<sup>91</sup> Ibíd., p. 12.

<sup>92</sup> Ibíd., p. 26.

derecho penal contemporáneo, admitiéndose su plena capacidad de culpabilidad, la cual sin embargo ofrece todo un catálogo de características específicas<sup>93</sup>.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia ha sostenido sobre este tránsito legislativo entre el decreto 2737 de 1989 y la ley 1098 de 2.006 que:

La Ley 1098 de 2006 mediante la cual se actualizaron los compromisos internacionales en materia de tratamiento de niños, niñas y adolescentes, modificó el concepto del menor en situación irregular para asumir el de protección integral en corresponsabilidad entre la familia, la sociedad y el Estado (...).

Así, resulta lógico razonar que los delitos cometidos por un menor de edad no son sancionados con una pena, sino que tienen como consecuencia jurídica una medida con fines y principios sustancialmente distintos de aquélla, orientada por finalidades educativas, rehabilitadoras y protectoras y el llamado a imponerla, luego de agotar un procedimiento diferente con unos intervinientes especializados en el tratamiento de menores de edad, es el Juez que hace parte del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes<sup>94</sup>.

---

<sup>93</sup> *Ibíd.*, p. 22.

<sup>94</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de febrero 24 de 2010, Proceso n.º 32889 M.P. José Leónidas Bustos Martínez.

## **CAPÍTULO III**

### **EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL JUVENIL**

#### **III.I RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES**

Como se ha visto, han cambiado los conceptos de inimputabilidad penal del menor que reinaron hasta el año de 2.006; como lo reflejan los pronunciamientos constitucionales aludidos por el concepto de responsabilidad penal diferenciada en el niño, niña y adolescentes con la ley 1098 de 2.006 que introdujo nuevas acepciones a los conceptos de pena como sanción que esta ley entiende como una medida especial dados sus fines y objetos antagónicos con el sistema penal de adultos y se modernizó la institución jurídico penal juvenil; en efecto, como fundamentos para legitimar la intervención penal en la conducta de los menores de edad se han esgrimido:

1. La intervención rápida, proporcionada y especial evita posteriores intervenciones más lesivas y radicales.
2. Los medios de control educativos, administrativos, civiles, familiares y sociales se han revelado como insuficientes para restaurar el conflicto que puede generar determinadas conductas de los menores, razón por la cual un Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil respetaría el principio de mínima intervención o “última ratio” que ostenta el derecho penal colombiano.
3. La estructura del proceso penal contemporáneo hace que este rodeado de mayores garantías para el menor, que los rápidos y simples procedimientos administrativos.

4. Los estudios sociales han demostrado la inusitada frecuencia de comportamientos lesivos graves y violentos realizados por menores de 16 años, con lo que se ha concluido que si bien la adolescencia se puede prolongar, también se anticipa<sup>95</sup>.

Con el fin de atender dicha necesidad social y jurídica de una atención legislativa del menor, se puede asegurar que el nacimiento de la ley 1098 de 2.006 fue con “El órgano ejecutivo en Colombia, el cual presentó a consideración del Congreso de la República el proyecto de ley que crea el sistema de responsabilidad penal juvenil”<sup>96</sup>.

Se presentó el proyecto de ley de infancia y adolescencia con radicación número 215 Senado, dicha iniciativa ejecutiva estaba en mora desde el año 2.000 ya que en la ley 599 de ese año por medio de la cual se expidió el actual Código Penal de Colombia se habían comprometido el Gobierno Nacional, la Fiscalía General de la Nación, la Procuraduría General de la Nación y la Defensoría del Pueblo en el artículo 475 transitorio a estudiar, definir y recomendar al Congreso de la República la adopción de un proyecto de ley relativo al sistema de responsabilidad penal juvenil para personas menores de dieciocho (18) años.

En efecto, la Corte Constitucional ya se había pronunciado en el 2.001, como anteriormente se anotó, en la sentencia C-839 del mismo año cuando declaró la constitucionalidad de la creación del sistema de responsabilidad penal juvenil al que hace alusión el último inciso del artículo 33 de la ley 599 de 2.000 y declaró que los adolescentes sí son sujetos de responsabilidad penal; con estos

---

<sup>95</sup> PABON PARRA, Op. cit., p. 12.

<sup>96</sup> BOTERO BERNAL, Andrés y MUÑOZ GAVIRIA, Diego Alejandro. Análisis socio jurídico del sistema de responsabilidad penal juvenil: Énfasis en el caso colombiano. En: Revista Opinión Jurídica. Volumen 4, N° 7 (Enero-Junio 2.005); Págs., 106-124.

antecedentes solo faltaba que el gobierno nacional presentara a consideración del legislativo el proyecto de referencia contando con todo el aval legislativo plasmado en la ley 599 de 2.000, el aval judicial y constitucional dado por la Corte Constitucional en el 2.001 y el clamor social apoyado en los fundamentos enumerados anteriormente.

Se plasmó que:

Es necesario contar con un proceso judicial que investigue, acuse y juzgue a los adolescentes entre 12 y 18 años de acuerdo con los artículos 37 y 40 de la Convención de los Derechos del Niño y con la Constitución Política de Colombia que ha definido que frente a la comisión de delitos el procedimiento penal aplicable es el sistema acusatorio. En ese orden, el proyecto de ley 215 del Senado, se da a la tarea de articular un proceso penal diseñado solamente para adolescentes entre 12 y 18 años (en la comisión primera de Senado fue cambiada la franja de edad por 14 a 18)<sup>97</sup>.

Se pretendió en el acápite destinado a regular la llamada Responsabilidad Penal Juvenil:

Romper con la vieja tesis de inimputabilidad y afincarse en la doctrina de la protección integral, basada en la concepción de los niños y niñas como sujetos plenos de derechos y de deberes frente a la familia, la sociedad y el Estado.

---

<sup>97</sup> MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL. Op. cit., <http://www.mineducacion.gov.co/cvn/1665/article-108806.html>.

El Proyecto de Código en mención no funda su existencia en la nociva argumentación del Código del Menor vigente, que se basa en la tesis de la situación irregular y que, equívocamente, asume que los mal llamados "menores" son individuos anormales, carentes de volición y de conciencia para ajustar sus actos a sus pareceres y asumir sus libertades y obligaciones con la responsabilidad que ello implica, dentro del amplio ámbito del ejercicio de sus Derechos Fundamentales y bajo el certero límite que demanda el respeto inexorable a los derechos ajenos<sup>98</sup>.

En los eventos académicos<sup>99</sup> de discusión de lo que sería la ley de infancia y adolescencia eran antagónicas las posturas entre quienes defendían el reducir la edad para hacer imputables a los menores de edad y quienes optaban, todavía, por mantener al menor de edad como inimputable ya que este es "víctima, no responsable, y por tanto debe mantenerse la inimputabilidad para los menores de 18 años, como lo consagraba el código del menor"<sup>100</sup>. Se decía entonces, "no hablamos de una presunción de pleno derecho de inimputabilidad, sino de que los menores son considerados imputables, siempre que tengan capacidad de comprensión y autodeterminación"<sup>101</sup>.

Con la ley en comento se pretendieron seguir, entre otros, los lineamientos sentados por la corte constitucional en la sentencia C-203 de 2005 en la cual se declaró exequible el parágrafo 2 del artículo 19 de la Ley 782 de 2002 referente a menores vinculados a grupos armados ilegales; en dicha oportunidad la corporación constitucional estudió lo referente al tema de la mayoría de edad penal o edad mínima para efectos de atribución de responsabilidad penal a los menores y "se pronunció de fondo en relación con la responsabilidad penal que el

---

<sup>98</sup> Ibíd. <http://www.mineducacion.gov.co/cvn/1665/article-108806.html>

<sup>99</sup> Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Op. cit., p. 29.

<sup>100</sup> Ibíd. p. 38.

<sup>101</sup> Ibíd. p. 31.

Estado debe exigir a las personas menores de 18 años que cometen delitos”<sup>102</sup> sosteniendo que:

Es jurídicamente admisible, a nivel de la Constitución Política, del derecho internacional y del derecho comparado, que a los menores acusados de violar la ley penal se les tenga como responsables dentro de un sistema específico y diferente de responsabilidad (...) tanto el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho comparado, como la ley colombiana, la jurisprudencia constitucional y la jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia, junto con la doctrina especializada en la materia, coinciden en una premisa básica: los menores de edad que han cometido conductas constitutivas de violaciones de la ley penal son responsables frente al Estado y frente a la sociedad por sus acciones, y dicha responsabilidad se ha de traducir en la adopción de medidas de tipo judicial y administrativo (...).

(...) Los menores de 18 años y mayores de 12 son responsables penalmente de acuerdo con los tratados internacionales de derechos humanos (Pacto de Derechos Civiles y Políticos y Convención de los Derechos del Niño) y que por lo tanto el proceso que les investigue, que les acuse y que les juzgue debe ser un proceso con reglas especiales, un proceso pedagógico y un proceso específico y especializado dada la perspectiva diferencial que el Estado debe asegurar cuando se trate de personas menores de 18 años<sup>103</sup>(...).

Con la ley 1098 de 2006 que trata en su libro II el sistema de responsabilidad penal para adolescentes y procedimientos especiales para cuando los niños, las

---

<sup>102</sup> Ibíd. p. 190.

<sup>103</sup> Sentencia C-203 de 2005. Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

niñas o los adolescentes son víctimas de delitos, se establece un catálogo sustancial y procedimental de cómo se debe tratar la participación y comisión de delitos por parte de menores de edad quizás con el objetivo de responder “la disyuntiva que se nos pretende plantear (entre un sistema penal juvenil represivo o la impunidad)”<sup>104</sup>.

Lo cierto es que “La situación de delincuencia entre los menores de edad es grave, y no puede negarse que los actores del conflicto armado, así como los grupos de delincuencia común están valiéndose de menores de edad para sus actividades, y que incluso son estos quienes lideran ya varias organizaciones criminales”<sup>105</sup>. En efecto, “el nuevo estatuto de niños y adolescentes al establecer la responsabilidad penal de los segundos, determina que el sistema al cuál se refiere la ley 599 de 2.000 se aplica en orden a la exigencia de responsabilidad penal a los mayores de 14 años y menores de 18 años que hayan cometido delitos”<sup>106</sup>.

La ley 1098 de 2.006 trae un conjunto de instituciones jurídicas y procesales innovadoras tanto a nivel penal como en las otras áreas del derecho que permea; desde el punto de vista penal que es el que acá se estudia tenemos las figuras de que trata por ejemplo el artículo 139 que define 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.

---

<sup>104</sup> BOTERO BERNAL, Óp. cit., p. 106.

<sup>105</sup> *Ibíd.*, Pág. 107.

<sup>106</sup> PABON PARRA, Óp. cit., p. 10.

Prosigue el artículo 140 de la ley en comento afirmando que la finalidad del sistema de responsabilidad penal para adolescentes tanto en el proceso como en las medidas que se tomen son de carácter pedagógico, específico y diferenciado respecto del sistema de adultos, conforme a la protección integral. El proceso deberá garantizar la justicia restaurativa, la verdad y la reparación del daño.

En caso de conflictos normativos entre las disposiciones de esta ley y otras leyes, así como para todo efecto hermenéutico, las autoridades judiciales deberán siempre privilegiar el interés superior del niño y orientarse por los principios de la protección integral, así como los pedagógicos, específicos y diferenciados que rigen este sistema.

También se ha entendido en la doctrina que este sistema de responsabilidad penal para adolescentes es:

Un sistema de administración de justicia que extiende los derechos y garantías del debido proceso a los adolescentes a quienes se acuse de haber participado en la comisión de una infracción a la ley penal. Lo que verdaderamente caracteriza al derecho penal de adolescentes es la finalidad educativa y restauradora de la pena, lo que, en primer lugar, permite la reparación del daño causado en cualquier fase del procedimiento y consecuentemente el archivo de la causa y, en segundo, aconseja la menor restricción de derechos posible a la hora de imponer la sanción, siendo la privación de la libertad el último recurso y solo para infracciones muy graves<sup>107</sup>.

---

<sup>107</sup> GONZALES NAVARRO, Antonio Luis. La responsabilidad penal de los adolescentes. Bogotá. Editorial Leyer, 2007, Pág. 48.

Desde el punto de vista sustancial, aunque la ley 1098 de 2006 en el capítulo sobre la responsabilidad penal del adolescente nada dice sobre las normas sustanciales a aplicarse a los menores, se debe sustraer vía interpretativa que al estar el catálogo de delitos en la ley 599 de 2.000 es con ésta de donde se sacarán las conductas que constituyen, en igualdad con el adulto, las conductas delictuales de los adolescentes; del código penal igualmente se sustraerán los principios y reglas que gobiernan la dogmática penal por lo que al adolescente le son aplicables las mismas causales de ausencia de responsabilidad del artículo 32 de dicho código como el consentimiento del sujeto pasivo, la legítima defensa, el estado de necesidad, el cumplimiento de un deber, el ejercicio de un derecho, actividad lícita, oficio o cargo; con lo que es de suyo concluir que, “la nueva ley 1098 de 2006 instituye como presupuestos de la responsabilidad penal del adolescente la tipicidad, la anti juridicidad y la culpabilidad de la conducta, incluida en esta la imputabilidad del agente”<sup>108</sup>.

La ausencia de responsabilidad penal para los adolescentes con arreglo al código penal sustancial vigente para los adultos, no se fundamenta en la clásica presunción de su inimputabilidad, pues el artículo 33 del referido estatuto, como innovación de trascendencia, la eliminó al prescribir en su inciso 3 “Los menores de dieciocho (18) años estarán sometidos al Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil”, con lo cual la ley sustancial no está diciendo que los menores de 18 años estén exentos de responsabilidad penal, sino por el contrario, que dichos menores son responsables penalmente bajo reglas diversas a las establecidas en ella<sup>109</sup>.

---

<sup>108</sup> PABON PARRA, Op. cit., p. 13.

<sup>109</sup> *Ibíd.*, Pág. 14.

De ello se resalta que se implantan nuevamente rangos diferenciales de edad en los cuales existe uno por medio del cual se puede predicar responsabilidad penal de los menores de edad y otro por medio del cual se considera irresponsabilidad penal por parte de los menores de edad; se establecen órganos de juzgamiento, persecución e investigación penal; defensoría; establecimientos especiales para purgar las sanciones impuestas; se adapta todo el sistema penal acusatorio imperante en Colombia desde 2004 con la ley 906; se establece un catalogo sancionador y punitivo especialmente para ellos; se establece la obligación de garantizar la justicia restaurativa, la verdad y la reparación del daño; existe presunción de minoría de edad ante el desconocimiento inicial de la misma; se consagra la prohibición de celebrar acuerdos entre la defensa y la fiscalía; la prohibición de adelantar el proceso penal sin la presencia del menor; la posibilidad de aumentar la prescripción de la acción penal por la circunstancia anterior; la prohibición de que, por consecuencia del proceso seguido contra un menor y en el cual se establezca una condena en su contra, ésta no podrá, bajo ninguna circunstancia, constituir un antecedente penal; se establece la aplicación del principio de oportunidad por parte de la fiscalía como un principio rector, excepto en los casos de violaciones al derecho internacional humanitario, entre otras disposiciones.

Toda esta gama de especificidades, excepciones y consideraciones no son más que el reflejo del respeto por la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada, abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de las naciones Unidas en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989 en la cual en el artículo 40 numeral 3 se conviene que los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber

infringido esas leyes, y en particular: a) el establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales; y b) siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales.

En igual sentido se habían pronunciado las reglas mínimas uniformes de las naciones unidas para la administración de la justicia de menores ("reglas de Beijing") adoptadas en 1.985 por la asamblea general según resolución 40/33 del 29 Noviembre de dicho año; en la regla 2 numeral tercero se dispuso que en cada jurisdicción nacional se procurará promulgar un conjunto de leyes, normas y disposiciones aplicables específicamente a los menores delincuentes, así como a los órganos e instituciones encargados de las funciones de administración de justicia de menores, conjunto que tendrá por objeto: a) responder a las diversas necesidades de los menores delincuentes, y al mismo tiempo proteger sus derechos básicos; b) satisfacer las necesidades de la sociedad; y c) aplicar cabalmente y con justicia las reglas que se enuncian a continuación (...)

Como aportes importantes para el estudio de este instrumento internacional se puede resaltar que en él se consagra en la regla 2.2. que la noción de menor se aplicará a jóvenes de edades muy diferentes, edades que van de los 7 años hasta los 18 o más. "Se recomienda la promulgación de leyes que instituyan jurisdicciones específicas para los menores. A renglón seguido se ordena el reconocimiento, por parte del Estado, de las garantías procesales fundamentales. En la regla número 4 se fija algunas recomendaciones generales para la determinación de la mayoría de edad. En la regla 5 se recomienda que el sistema de justicia de menores se elabore sobre el bienestar de estos, garantizando que la

respuesta estatal a la delincuencia del menor se rija por el principio de proporcionalidad, respecto de las circunstancias del delincuente y del delito”<sup>110</sup>.

Para los efectos de la aplicación del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes consagrado en la ley 1098 de 2.006 es de suyo afirmar que se estará a las definiciones consagradas en las “Reglas de Beijing” en su regla numero 2 numeral 2º literales a, b y c, así: se entenderá por **Menor** todo niño o joven que, con arreglo al sistema jurídico respectivo, puede ser castigado por un delito en forma diferente a un adulto; **Delito** es todo comportamiento (acción u omisión) penado por la ley con arreglo al sistema jurídico de que se trate; y **Menor delincuente** es todo niño o joven al que se ha imputado la comisión de un delito o se le ha considerado culpable de la comisión de un delito.

Respecto de la **mayoría de edad penal** la regla 4ª numeral 1º establece que en los sistemas jurídicos que reconozcan el concepto de mayoría de edad penal con respecto a los menores, su comienzo no deberá fijarse a una edad demasiado temprana habida cuenta de las circunstancias que acompañan a la madurez emocional, mental e intelectual; por lo que se estará a lo resulto por el ordenamiento jurídico colombiano actualmente o sea de la ley 1098 de 2.006 y sus rangos de edades estos es de 14 a 18 años de edad.

En este sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional en la sentencia C-839 de 2001, con ponencia del magistrado Marco Gerardo Monroy Cabra, en la que se examinó la constitucionalidad de la responsabilidad penal del menor y se concluyó que “ella no vulnera el derecho fundamental a la especial protección de los niños”. Y más específicamente en la sentencia C-684/09 la Corte aceptó que “el ordenamiento jurídico colombiano admite la responsabilidad penal de los menores

---

<sup>110</sup> PABON PARRA, Óp. cit., p. 95.

de edad, situación que se ha encontrado ajustada a la constitución”, pero estas medidas, se refiere a la detención en flagrancia de los menores bajo el imperio de la ley 1098 de 2.006, “no obedecen a un enfoque punitivo sino a una aproximación protectora, educativa y resocializadora, en razón de su especial vulnerabilidad”.

Claro que, “respaldado por los tratados internacionales, la ley y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, es precisamente que los menores infractores de la ley penal son responsables ante ésta a través de un sistema específico y diferente de responsabilidad”<sup>111</sup>.

Posteriormente y en igual sentido esta Corporación manifestó que ***el interés superior y prevalente del menor es un concepto relacional, es decir, que se predica de situaciones en las cuales deben armonizarse los derechos e intereses de un determinado niño con los de otra u otras personas con las cuales han entrado en conflicto, lo que significa que no puede otorgárseles un carácter excluyente o absoluto***<sup>112</sup> (Negrilla y cursiva fuera del texto).

### III.II CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO PENAL JUVENIL.

En la ley 1098 de 2.006, en lo que toca a su capítulo de Responsabilidad Penal juvenil, se pueden enunciar una serie de características del derecho punitivo juvenil. Veamos:

1. Identificación de las conductas tipificadas como prohibidas por el derecho penal de adultos.

---

<sup>111</sup> Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Op. cit., p. 30.

<sup>112</sup> Sentencia C-684 de 2.009. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

2. Fijación estricta del límite máximo de duración de cada medida, la cual se individualiza mediante factores peculiares como la naturaleza y gravedad del hecho, la edad del adolescente o la necesidad de la medida.
3. Vigencia del principio procesal de congruencia por el cual la declaratoria de responsabilidad plasmada en la sentencia no puede agravar la acusación formulada.
4. Determinación del derecho penal juvenil como aquel conjunto de normas que plasman una reacción jurídica y social frente a la infracción de la ley penal por parte de un adolescente<sup>113</sup>.

Otros autores han esgrimido como características especiales para el juzgamiento de los jóvenes en razón de su edad, las siguientes:

1. Especificidad del derecho penal juvenil en relación con el derecho penal de adultos.
2. Especialidad que se manifiesta en el uso de sanciones de carácter educativo, en primer lugar; y en segundo lugar, por la estructuración particular del proceso.

La especialidad lleva a que este derecho deba estar organizado exclusivamente para personas menores de edad con mayores atenuantes que las utilizadas para adultos. No obstante, el derecho penal común nutre a este derecho penal juvenil en sus principios, como por ejemplo: el principio de legalidad, el principio de tipicidad y el principio de culpabilidad.

---

<sup>113</sup> PABON PARRA, Óp. cit., p. 69.

### 3. Desjudicialización o diversificación de la intervención penal.

Al contrario del derecho penal de adultos, este *modelo* de justicia penal juvenil se caracteriza por la acentuación en resolver el menor número de conflictos en un nivel judicial, de ahí que las medidas desjudicializadoras forman parte fundamental de él. La diversificación de la intervención penal obliga a que en determinados casos la posible intervención penal sea referida a otros órganos de control informal por medio de la remisión y la conciliación entre autor y víctima.

### 4. Intervención mínima y principio de subsidiariedad.

La intervención mínima se refleja en este modelo desde la fase de la denuncia y la investigación. El derecho penal juvenil debe tener un carácter subsidiario y sus aspiraciones deben ser modestas, especialmente en la intervención y en la imposición de sanciones, debido a que las infracciones o delitos cometidos por la mayoría de los jóvenes son en muchos casos “episodios” de una delincuencia juvenil y corresponden a conductas generalmente de bagatela de pequeña y mediana criminalidad.

### 5. Diferenciación de grupos etarios.

Ya que se diferencia la intervención penal según criterios objetivos como por ejemplo el establecimiento de una edad mínima en la cual los sujetos son destinatario de estas leyes penales juveniles. La diferenciación de grupos etarios se justifica por el período de desarrollo en que se encuentran los destinatarios de estas leyes entre la niñez y la edad adulta. Existen distintas categorías, por ejemplo de 12 a 15 o 16 años, esto para que los grupos etarios o más jóvenes

puedan obtener aun más garantías y ventajas en comparación no solo con los adultos sino también con los sujetos mayores que aquellos.

#### 6. Proceso garantista, flexible, sumario, único y confidencial.

Este proceso plantea que se le den al menor de edad los derechos que le corresponden, sea por su condición de persona y por su especial condición de persona en desarrollo. La *flexibilidad* trata de dar alternativas de terminación del proceso diferentes a la sentencia, como es el caso de la conciliación, arreglos con la víctima, etc. También se presenta la flexibilidad en el gran número de sanciones aplicables. Respecto al carácter *sumario* del proceso penal juvenil, este modelo propone que la intervención procesal debe ser mínima y con la mayor celeridad posible, se establecen plazos cortos, situaciones máxima prioridad y la prorroga de estos plazos es excepcional.

Además se establece un proceso *único*, no existe una pluralidad de procesos como en la legislación penal de adultos, donde se diferencia el proceso de instrucción formal, la querrela, el proceso contravencional, el proceso de citación directa, etc., lo que consideramos reduce la intervención judicial.

#### 7. Amplio cuadro de sanciones.

Lo que se pretende con este modelo en cuanto a las sanciones es reducir las potestades discrecionales del juez en la imposición de sanciones, prohibir las sanciones indeterminadas, establecer una variedad de sanciones y preferir las sanciones educativas en lugar de las privativas de libertad<sup>114</sup>.

---

<sup>114</sup> GONZALES NAVARRO, Óp. cit., p. 28.

Todas y cada una de estas características reflejan sobre todo la especialidad de este sistema en acatamiento a los compromisos internacionales en la materia adquiridos por Colombia que se reflejan en la parte orgánica del libro segundo de la ley 1098 de 2.006.

### **III.III LA EDAD Y LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS ADOLESCENTES**

Uno de los principales objetivos de esta ley fue el de tratar las conductas criminales por los menores cometidas. Su libro segundo sobre responsabilidad penal del menor es quizás el de más relevancia e importancia ya que es la respuesta al fenómeno cada vez más creciente de la delincuencia juvenil,

Para este fin la ley 1098 de 2006 optó por un criterio más o menos científico y menos social como las concepciones del discernimiento y el abandono moral o no de éste; este criterio científico lo podremos denominar la edad cronológica “con la que por debajo de una determinada edad no es dable atribuir al menor infracción de la norma, aunque la sanción estuviere justificada por razones de prevención”<sup>115</sup>. Dicho criterio, el cronológico, se establece con sustento en los tratados internacionales ratificado por Colombia como la Convención sobre los Derechos del Niño de la O.N.U. de 1.990 que en su artículo 1 prescribe: “Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”.

---

<sup>115</sup> PABON PARRA, Óp. cit., p. 12.

No obstante, el nuevo código distingue entre niños y adolescentes, para comprender dentro de los primeros a los menores de 14 años y los segundos como aquellas personas que se encuentran entre los 14 y 18 años de edad<sup>116</sup>.

En la misma forma se han pronunciado los artículos 37 y 40 de la Convención Internacional sobre los derechos del niño de las Naciones Unidas del 20 de Noviembre de 1.989 adoptadas en Colombia por medio de la ley 12 de 1.991 en los que “se declara que el menor tiene capacidad para infringir la ley penal y presenta todas las condiciones necesarias para ser declarado responsable penalmente”<sup>117</sup>.

Internacional y recientemente, al analizarse para Colombia el Estatuto de la Corte Penal Internacional (Ratificado por Colombia mediante la ley 742 de 2.002, cuya constitucionalidad fue revisada en la sentencia C-578 de 2.002), se dispone en su artículo 26 (Titulado “Exclusión de los menores de 18 años de la competencia de la Corte”) que este tribunal internacional “no será competente respecto de los que fueren menores de 18 años en el momento de la presunta comisión del crimen”<sup>118</sup>.

Postura que fue avalada, como ya se anotó, por la Corte Constitucional en la sentencia C-578 de 2002 en la que se consideró la inimputabilidad por trato especial de los menores de edad tanto a nivel nacional como internacional.

Desde el punto de vista meramente sustantivo y de la responsabilidad penal de los menores de edad propiamente dicho es importante llamar la atención en que no todas las conductas tipificadas en el código penal actual de adultos, ley 599 de 2.000, pueden ser verificadas por un adolescente; como por ejemplo, a título

---

<sup>116</sup> *Ibíd.*, p.8.

<sup>117</sup> *Ibíd.*, p.33.

<sup>118</sup> GONZALES NAVARRO, *Óp. cit.*, p.66.

general, algunas especies delictuales contra el orden económico y social como el uso indebido de patentes, la exportación o importación ficticia, la aplicación fraudulenta de crédito oficialmente regulado o la evasión fiscal, que no podrían ser realizados por un menor no emancipado.

La perspectiva a través de la cual se deben evaluar todas las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las cuales se ve inmersa una conducta delictual juvenil concluye bajo 3 grupos de edades a partir de los cuales se analiza el tratamiento que se debe dar al menor; estos grupos están compuestos por:

1. Los menores de 14 años: Se establece en el artículo 142 de esta ley que “las personas menores de catorce (14) años no serán juzgadas ni declaradas responsables penalmente, privadas de libertad, bajo denuncia o sindicación de haber cometido una conducta punible”<sup>119</sup>.

Esto es, se establece un criterio legal cerrado en el que el legislador dice que independientemente de la naturaleza de la conducta, su gravedad, grado de participación o aporte del menor si este es menor de 14 años de edad no será sujeto pasivo de ius puniendi estatal.

El artículo 143 dice que cuando una persona menor de catorce (14) años incurra en la comisión de un delito sólo se le aplicarán medidas de verificación de la garantía de derechos, de su restablecimiento y deberán vincularse a procesos de educación y de protección dentro del Sistema Nacional de Bienestar Familiar, los cuales observarán todas las garantías propias del debido proceso y el derecho de defensa<sup>120</sup>.

---

<sup>119</sup> ARBOLEDAD VALLEJO, Mario. Código penal y de procedimiento penal. Bogotá. Editorial Leyer. 2010, P. 975.

<sup>120</sup> Ibíd. p. 975.

De lo anterior se infiere que al menor de 14 años no se le impone sanción alguna más que una evaluación de su situación personal y la vinculación a procesos especiales de educación y protección, es decir, no hay responsabilidad penal. “Las personas menores de 14 años de edad no tienen responsabilidad penal solo un procedimiento especial de verificación de garantías y restablecimiento de derechos, siempre de orden administrativo y nunca sancionatorio, sin perjuicio, de la responsabilidad por función de garante como la estrecha comunidad de vida entre persona y la responsabilidad civil por los daños ocasionados”<sup>121</sup>.

2. Los mayores de 14 años hasta los 16 años: El segundo grupo está compuesto por los mayores de 14 hasta los 16 años; quizás este es el rango de edad más interesante ya que el artículo 169 de la ley en comento dictamina que desde esta edad, los 14 años de edad, hay lugar a responsabilidad penal y civil, conforme a las normas consagradas en la presente ley por las conductas por estos desplegada.

El artículo 161 de la ley en comento dictamina que estos son susceptibles de la imposición de una privación de la libertad ya que el mismo artículo dice que la privación de la libertad sólo procede para las personas que al momento de cometer el hecho hayan cumplido catorce (14) y sean menores de dieciocho (18) años. La privación de la libertad sólo procederá como medida pedagógica.

Consecuente con lo anterior la ley prosigue diciendo taxativamente que estos, los mayores de 14 años son responsables penalmente ya que las conductas punibles realizadas por personas mayores de catorce (14) años y que no hayan cumplido

---

<sup>121</sup> PABON PARRA, Óp. cit., p. 102.

los dieciocho (18) años de edad, dan lugar a responsabilidad penal y civil, conforme a las normas consagradas en la presente ley.

De estas disposiciones se infieren 2 cuestiones: la primera, que existe la posibilidad de establecer responsabilidad penal a los menores de edad que tengan 14 años pero esta responsabilidad no es genérica toda vez que, y esta es la segunda cuestión, solo procede para la imposición de la privación de la libertad en cuanto a los delitos de alto impacto en la sociedad, o sea el homicidio doloso y el secuestro o extorsión en todas sus modalidades; para los demás delitos puede establecerse responsabilidad penal del menor pero la sanción a imponer nunca podrá ser la privación de la libertad como se desprende del artículo 187 inciso 2 de la ley 1098 de 2006.

3. Los menores de edad de 16 a 18 años de edad: El tercer y último grupo cronológico está compuesto por los menores de edad que tengan de 16 a 18 años de edad; el mencionado artículo 187 de la ley 1098 de 2006 dice que estos menores de 18 años y mayores de 16 años son responsables penalmente y susceptibles de una privación de la libertad en establecimientos especializados, por un lado; o sea que acá, al contrario de lo que sucede con los menores de 14 años a 16 años, responsabilidad penal sí es sinónimo de sanción con privación de la libertad.

Por otro lado, esta sanción no está dada por la gravedad de la conducta sino porque ésta tenga como sanción en el código penal para adultos pena privativa de la libertad de 6 años de prisión o que exceda de este rango. Dicha privación de la libertad tiene un mínimo de 1 año y un máximo de 5 años como lo dictamina el artículo 187 de la ley 1098 de 2006.

### **III.IV SANCIONES PARA LAS CONDUCTAS DELICTIVAS DE LOS MENORES DE EDAD**

Coherente con este criterio, a partir del cual se pregona responsabilidad penal del menor, es de suyo la existencia de una sanción; si un sujeto es imputable es sancionable y si hay responsabilidad luego hay sanción, ya que es el antecedente de ésta por ello.

El artículo 177 del capítulo V del título primero de la ley en cuestión trae una gama de sanciones a los jóvenes que estén entre los rangos de edades anteriores y sean encontrados responsables penalmente; dichas sanciones se desarrollan del artículo 182 al 187 en el mencionado capítulo, así:

1. La amonestación.
2. La imposición de reglas de conducta.
3. La prestación de servicios a la comunidad.
4. La libertad asistida o vigilada.
5. La internación en medio semi-cerrado.
6. La privación de libertad en centro de atención especializado.

- La amonestación la define el artículo 182 de la ley en comento como la recriminación que la autoridad judicial le hace al adolescente sobre las consecuencias del hecho delictivo y la exigencia de la reparación del daño. En

todos los casos deberá asistir a un curso educativo sobre respeto a los derechos humanos y convivencia ciudadana que estará a cargo del Instituto de Estudios del Ministerio Público.

En caso de condena al pago de perjuicios el funcionario judicial exhortará al niño, niña o adolescente y a sus padres a su pago en los términos de la sentencia.

De la amonestación es importante tener presente que se aplica a cualquier joven dentro del rango de edades procedente, o sea entre los 14 y 18 años de edad; es una sanción de carácter eminentemente pedagógica, procede contra cualquier conducta contraventora del derecho penal independientemente de su naturaleza o modalidad y se materializa la solidaridad de los padres para con las consecuencias punibles de sus hijos que tengan repercusiones de naturaleza civil, esto es, los padres como lo manda el código civil colombiano y ahora esta ley de infancia y adolescencia están obligados al pago de los perjuicios por el joven ocasionados.

- La imposición de reglas de conducta es la imposición por la autoridad judicial al adolescente de obligaciones o prohibiciones para regular su modo de vida, así como promover y asegurar su formación. Esta sanción no podrá exceder los dos (2) años.

La imposición de reglas de conducta trae consigo el espíritu de más severidad a comparación de su antecedente sanción ya que, de alguna manera limita y hasta suspende el ejercicio de ciertos derechos del menor considerados como fundamentales y más en su naturaleza de ser en formación; algunos de estos derechos pueden ser los de circulación, reunión, libre desarrollo de la personalidad, entre otros; llama la atención que de manera comparativa con la

sanción anterior en esta no se visualiza la posibilidad de una condena en perjuicios con carga a los tutores o familiares del menor.

La presente sanción, como limitante de derechos que es, inferido anteriormente, tiene un límite temporal, esto es, la misma no podrá ser superior a 2 años, límite que, como todos los límites en las sanciones penales, es arbitrario ya que no existe un estudio juicioso o por lo menos pseudo-científico que permita concluir que a un menor que se le imponga una regla de conducta como sanción en 2 años, la finalidad de la misma estará por el cumplida. ¿Cómo se sabe que la medida logrará su mayor eficacia a los 2 años y no en 3 o 1 año?

- La prestación de servicios a la comunidad es la realización de tareas de interés general que el adolescente debe realizar, en forma gratuita, por un período que no exceda de 6 meses, durante una jornada máxima de ocho horas semanales preferentemente los fines de semana y festivos o en días hábiles pero sin afectar su jornada escolar.

En la prestación de servicios a la comunidad llama la atención que, a pesar de ser más severa desde el punto de vista físico por el desgaste al que se somete al menor en comparación con la imposición de reglas de conducta, no hay limitaciones tan severas ni de mayor consideración como sí existen en las reglas de conducta; a pesar de ser una sanción jerárquicamente más severa, es temporalmente más benévola ya que la prestación de servicios a la comunidad no puede ser en situación alguna superior a 6 meses.

Esta sanción parece ser un rezago de lo que se intentara con las otras legislaciones de la responsabilidad penal del menor como la granja agrícola o los trabajos sociales y que por estar en la mitad de esta pirámide sancionadora de las

conductas punibles es difícil que se imponga en un sistema legal polarizado o de extremos.

- La libertad asistida o vigilada es la concesión de la libertad que da la autoridad judicial al adolescente con la condición obligatoria de someterse a la supervisión, la asistencia y la orientación de un programa de atención especializada. Esta medida no podrá durar más de dos años.

La libertad asistida es lo que se denomina en el derecho penal para mayores de edad la suspensión condicional de la ejecución de la pena ya que como en ésta, en la libertad asistida, como lo determina el párrafo segundo del artículo 179 de la ley 1098 de 2006, si el menor incumple esta sanción deberá concluir el tiempo que le faltare en internamiento.

Desde un punto diferente al símil con el sistema penal de los adultos se puede decir que esta libertad asistida también tiene un límite temporal máximo, esto es 2 años, tiempo en el cual se espera la rectificación de la conducta del menor; acá la libertad del menor deja de ser un derecho adquirido para convertirse en una mera expectativa normativa, esto es, pierde el derecho pero lo puede recuperar estando en un período de prueba bajo el cual se evalúa si este es lo suficientemente maduro para administrar y soportar su libertad en coexistencia social con los demás, esto es respetando los derechos ajenos.

- La internación en medio semi-cerrado 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. Esta sanción no podrá ser superior a tres años.

Esta sanción, en contraposición con las anteriormente analizadas, extraña ya que es demasiado indeterminada y gaseosa lo que atenta contra el principio de las sanciones penales de la certeza y legalidad; no parece ser tan severa como debería ser, salvo por qué comparada con las hasta ahora analizadas es la más severa al tener como duración máxima los 3 años y no deja de parecer extraño que su sustancia nada tiene que ver con su postulado, o sea se denomina internación en medio semi cerrado pero la norma habla de un programa especializado que en parte alguna menciona la obligatoriedad de alguna modalidad de internamiento.

- La privación de libertad en centro de atención especializado se aplicará a los adolescentes mayores de dieciséis (16) y menores de dieciocho (18) años que sean hallados responsables de la comisión de delitos cuya pena mínima establecida en el Código Penal sea o exceda de (6) años de prisión. En estos casos, la privación de libertad en centro de atención especializada tendrá una duración de uno (1) hasta cinco (5) años.

En los casos en que los adolescentes mayores de catorce (14) y menores de dieciocho (18) años sean hallados responsables de homicidio doloso, secuestro o extorsión, en todas sus modalidades, la privación de la libertad en centro de atención especializada tendrá una duración de dos (2) hasta ocho (8) años.

Parte de la sanción impuesta podrá ser sustituida por el establecimiento de presentaciones periódicas, servicios a la comunidad, el compromiso de no volver a delinquir y guardar buen comportamiento, por el tiempo que fije el juez. El incumplimiento de estos compromisos acarreará la pérdida de estos beneficios y

el cumplimiento del resto de la sanción inicialmente impuesta bajo privación de libertad.

Si estando vigente la sanción de privación de la libertad el adolescente cumpliera los dieciocho (18) años, ésta podrá continuar hasta que éste cumpla los veintiún (21) años. En ningún caso esta sanción podrá cumplirse en sitios destinados a infractores mayores de edad.

Los Centros de Atención Especializada tendrán una atención diferencial entre los adolescentes menores de dieciocho (18) años y aquellos que alcanzaron su mayoría de edad y deben continuar con el cumplimiento de la sanción. Esta atención deberá incluir su separación física al interior del Centro.

Estos centros de reclusión deben ser especiales y específicos para menores de edad en el entendido de que éstos en ningún momento pueden estar en contacto con las personas mayores de edad procesadas por delitos o condenadas; esto, en obediencia a los tratados internacionales ratificados por Colombia sobre derechos humanos y más particularmente la Convención Americana sobre Derechos Humanos ratificada por la ley 16 de 1.972, la cual preceptúa en su artículo 5 numeral 5 que “cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento”.

En igual sentido se había pronunciado la ley 74 de 1.968 que ratificando el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ordena en su artículo 10 numeral 2 literal B que los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica.

Debe ser la última medida y opción dentro del régimen de Sistema de Responsabilidad penal Juvenil dado su gran carácter de aflicción, limitación y suspensión de un gran número de derechos fundamentales y sociales de los cuales se tiene que privar obligatoriamente al menor para la purga de dicha sanción. “La justicia penal adolescente establece una serie de restricciones, incluyendo la prohibición de pena de muerte y el encarcelamiento de por vida”<sup>122</sup>, lo que hace que la detención y el encarcelamiento de un adolescente debe ser utilizada como el último recurso para delitos graves, y siempre por el menor tiempo posible; al fin y al cabo en la justicia penal adolescente prima por encima de todo la educación y la reinserción social del infractor.

En el inciso tercero del artículo en comento encontramos la posibilidad de sustituir la privación de la libertad por presentaciones periódicas ante la autoridad correspondiente; podríamos decir que continuando con el símil del sistema de responsabilidad penal para adultos consagrado en la ley 599 de 2000, dicha posibilidad se asemeja a la libertad condicional consagrada en el artículo 64 de la precitada ley que permite, una vez purgada parte de la sanción, las 2/3 partes de la pena, la posibilidad al sentenciado de no concluir el cumplimiento de la misma sumados a otros requisitos; en el ámbito del menor la cuestión es semejante en el entendido de que éste, cumplida parte de la sanción privativa de la libertad, se le puede otorgar la libertad con la promesa de cumplir compromisos sociales y otras sanciones dispersas en los artículos mencionados de la ley 1098 de 2006, como presentaciones periódicas, servicios a la comunidad, el compromiso de no volver a delinquir y guardar buen comportamiento, por el tiempo que fije el juez.

---

<sup>122</sup> GONZALES NAVARRO, Op. cit., p. 49.

- El internamiento preventivo, no siendo propiamente una sanción, sino una medida preventiva, lo encontramos en el artículo 181 de la ley 1098 de 2006, el cual señala que en cualquier momento del proceso y antes de la audiencia de juicio, el juez de control de garantías, como último recurso, podrá decretar la detención preventiva cuando exista:

1. Riesgo razonable de que el adolescente evadirá el proceso.
2. Temor fundado de destrucción u obstaculización de pruebas.
3. Peligro grave para la víctima, el denunciante, el testigo o la comunidad.

Por su parte, el párrafo primero de dicho artículo manifiesta que el internamiento preventivo no procederá sino en los casos en que, conforme a la gravedad del delito, sería admisible la privación de libertad como medida. Se ejecutará en centros de internamiento especializados donde los adolescentes procesados deben estar separados de los ya sentenciados.

Y el párrafo segundo expone que el internamiento preventivo no podrá exceder de cuatro meses, prorrogable con motivación, por un mes más. Si cumplido este término el juicio no ha concluido por sentencia condenatoria, el Juez que conozca del mismo lo hará cesar, sustituyéndola por otra medida como la asignación a una familia, el traslado a un hogar o a una institución educativa.

Establece un requisito subjetivo, el internamiento preventivo, el cual es la gravedad de la conducta; y dos objetivos, dados porque la conducta y el agente cumplan la exigencia de poder ser sancionados con privación de la libertad en centro especializado, o sea, que el joven por regla general tenga de 16 a 18 años

y que el delito tenga como sanción como mínimo 6 años de prisión en el código penal.

A diferencia de lo que ocurre con los mayores de edad a los cuales se les puede imponer medida de aseguramiento en establecimiento carcelario o lugar de residencia, este régimen, en tratándose de menores, es mucho más rígido ya que el internamiento preventivo, dice la ley, se cumplirá siempre en centros de internamiento especializados, donde los adolescentes procesados deben estar separados de los ya sentenciados, o sea, el joven será separado de su seno familiar y sin excepción, como muy pocas veces se observa en el tratamiento de las conductas punibles de los menores de edad el interés superior del niño se sacrifica para garantizar el debido proceso, la verdad, justicia, reparación y legalidad en las actuaciones.

El internamiento preventivo es temporal, esto es que no podrá exceder de 4 meses prorrogables por un mes más de manera motivada; pero de igual manera puede ser indefinido ya que este artículo 181 en su parágrafo dispone que si cumplido el término anteriormente referenciado no se ha celebrado el juicio, al menor se le podrá sustituir la medida por otras, cualquiera sea, sin más requisitos, motivación, exigencias o finalidades que el arbitrio del juez, tales como la asignación a una familia, el traslado a un hogar o a una institución educativa.

### **III.V FINES DE LAS SANCIONES PENALES DE LOS MENORES DE EDAD**

El artículo 178 de la ley 1098 de 2006 establece que las sanciones señaladas en el artículo anterior tienen una finalidad protectora, educativa y restaurativa, y se aplicarán con el apoyo de la familia y de especialistas. El juez podrá modificar en

función de las circunstancias individuales del adolescente y sus necesidades especiales las medidas impuestas.

Respecto de esta finalidad de las sanciones a los menores de edad sobresalen dos cuestiones a analizar: la primera consistente en que tratándose de sanciones y no penas propiamente dichas, sus finalidades distan en exceso de las penas del código penal; esto es, el código penal enuncia las funciones de la pena en su artículo como la prevención general y especial, la retribución justa, la reinserción social y protección al condenado.

Podríamos decir que la finalidad protectora del artículo 178 del C.I.A. es la misma protección al condenado del artículo 4 del código penal; y que la finalidad restaurativa del C.I.A. es ambigua, esto es, no se puede afirmar con certeza si lo que se busca es restaurar al joven de manera que vuelva a su estadio incólume o sea libre de pecado a como estaba antes de infringir la legislación penal y poder seguir con el proyecto social de formar un hombre de bien que en ultimo es el fin teleológico de la ley 1098 de 2006, o si por el contrario lo que se busca es que la sociedad obtenga una justicia restaurativa.

Llama poderosamente la atención la facultad que le brinda esta ley al juez de poder modificar las sanciones por él impuestas al menor, lo que hace pregonar que en este campo no existe la cosa juzgada y de que más allá de la reforma impejus o principios como el de la favorabilidad, el menor no tiene certidumbre sobre su sanción, lo que hace pensar que éste puede saltar de una sanción a otra pero respetando la favorabilidad, o sea de una más severa a una más laxa, lo que impide, dogmáticamente hablando, que una sanción cumpla con su finalidad totalmente al no estar ésta vigente en el infractor el tiempo por ella requerida.

Desde otro punto de vista encontramos que no necesariamente los fines de las sanciones penales de los menores de edad coinciden con la finalidad de la justicia penal para adolescente, al ésta ser solo una especie de aquel; así, la doctrina ha considerado como finalidades:

- Administrar justicia de forma democrática.
- Fomentar la responsabilidad del adolescente que ha cometido una infracción penal.
- Promover su integración social.
- Favorecer la participación de la comunidad en el proceso de reinserción social, mediante la oferta de servicio y programas para el cumplimiento de medidas socio-educativas<sup>123</sup>.

Así mismo, el mandato de la justicia penal adolescente es contribuir a que los adolescentes se responsabilicen de sus actos, asegurando siempre su bienestar. Para conseguir estos fines el juez tiene que tener en cuenta a la hora de imponer la sanción no solo la infracción cometida, sino toda una serie de factores psicológicos, familiares y sociales en base a los que se determinarán las medidas que mejor incidan en su educación, procurando causarle la menor aflicción y restricción de derechos<sup>124</sup>.

“Por tratarse precisamente de un sistema de responsabilidad penal se debe considerar, en principio, que las sanciones que se impongan son la expresión del reproche jurídico-penal que la conducta del adolescente merece; sin embargo

---

<sup>123</sup> GONZALES NAVARRO, Óp. cit., p. 48.

<sup>124</sup> *Ibíd.*, p. 49.

dicha característica no puede predicarse en estricto sentido de las sanciones que hemos catalogado como preponderantemente terapéuticas o las que hemos ubicado como adminatorias, pues estas guardan mayor relación con las medidas de seguridad que el derecho penal de adultos adopta en relación con los inimputables”<sup>125</sup>.

### **III.VI CRITERIOS PARA LA DEFINICIÓN DE LAS SANCIONES PENALES DE LOS MENORES DE EDAD**

El artículo 179 de la ley 1098 de 2006 establece que para definir las sanciones aplicables se deberá tener en cuenta:

1. La naturaleza y gravedad de los hechos.
2. La proporcionalidad e idoneidad de la sanción atendidas las circunstancias y gravedad de los hechos; las circunstancias y necesidades del adolescente y las necesidades de la sociedad.
3. La edad del adolescente.
4. La aceptación de cargos por el adolescente.
5. El incumplimiento de los compromisos adquiridos con el Juez.
6. El incumplimiento de las sanciones.

---

<sup>125</sup> PABON PARRA, Óp. cit., p. 362.

Así mismo, el párrafo primero señala que al computar la privación de la libertad en centro de atención especializada, la autoridad judicial deberá descontar el período de internamiento preventivo al que haya sido sometido el adolescente.

Y el párrafo segundo estipula que los adolescentes entre 14 y 18 años que incumplan cualquiera de las sanciones previstas en este Código, terminarán el tiempo de sanción en internamiento. El incumplimiento por parte del adolescente del compromiso de no volver a infringir la ley penal, ocasionará la imposición de la sanción de privación de libertad por parte del juez.

De lo anterior resalta que el numeral segundo habla sobre la proporcionalidad en la sanción respecto de la conducta; ello quiere decir que no basta con que el menor cumpla los requisitos por la ley exigidos para que su conducta le acarree una sanción, tales como la edad y sanción consagrada en el código penal, sino que la proporcionalidad está reforzada por la idoneidad; esto, sumado al amplio margen de movilidad que tiene el sentenciador, provoca que éste pueda prescindir de imponer determinada sanción grave, incluso si cree que la misma no es ni proporcional ni idónea con la conducta por el joven desplegada y por los fines buscados en el sistema de responsabilidad penal para adolescentes.

En igual sentido este numeral segundo establece que las necesidades de la sociedad y el menor serán consultadas por el fallador a la hora de emitir su pronunciamiento, esto es que si como ocurre en muchos delitos en estricto sentido hablando, el reproche o trascendencia social puede determinar el grado de antijuridicidad en la conducta y la misma naturaleza de querellable del delito, si para la sociedad no representa mayor trascendencia el actuar por el joven desplegado, el sentenciador podrá, así estén dadas todas las circunstancias de tipicidad, prescindir de la imposición de la sanción.

Pero si por el contrario el interés de la sociedad es mucho en la conducta por el menor desplegada, se le podrían incluso vulnerar sus derechos ya que en un Estado mediático como el colombiano una conducta puede ser tan abismalmente inflada por su “trascendencia” social que puede ser enmarcada como una primera necesidad a cubrir por el legislador, como ocurre en los casos en que mayor participación tiene los menores de edad a saber: homicidio, hurto calificado y agravado, concierto para delinquir, porte ilegal de armas; las anteriores conductas con sus respectivas aristas mediáticas como las bacrim o bandas criminales, las balas perdidas, micro tráfico de drogas, utilización o instrumentalización de los menores como “carritos o campaneros”, pueden hacer que el interés de la sociedad ejerza una presión en el juzgador que obligado por el numeral segundo en análisis debe socorrer la necesidad de la sociedad, incluso, parece, a costa del interés superior del niño.

La aceptación de cargos consagrada en el numeral 4 como criterio para decidir el tipo de sanción a imponer al menor cumple también otra función, esto es que tal actitud vincula al juez en su razonabilidad a la hora de sustituir una sanción a imponer por otra, o sea, otorgar un subrogado o sustitutivo penal o pasar de una pena rígida a una más laxa como lo posibilita el inciso final del artículo 157 de la ley 1098 de 2006, el cual reza textualmente que el Juez al proceder a seleccionar la sanción a imponer tendrá en cuenta la aceptación de cargos por el adolescente.

### **III.VII EL TRATAMIENTO PROCESAL DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN LA LEY 1098 DE 2006**

Desde el punto de vista eminentemente procesal se puede otra mixtura o proceso penal colombiano impuro ya que se ha manifestado por parte de la corte constitucional que “el legislador puede configurar reglas procesales especiales y en particular, donde existe un mandato constitucional de diferenciación procesal no se puede reclamar un trato igual (...) se trata de un mandato legal supeditado a los principios de diferenciación y especialidad tantas veces aludidos”<sup>126</sup>; siendo de tendencia acusatoria y regido por la ley 906 de 2004, pero en parte, ya que como comentamos con antelación en los procesos penales adelantados contra menores de 18 años la aplicación del principio de oportunidad es la regla mientras que en la ley 906 de 2004 es la excepción.

Está prohibido celebrar preacuerdos y negociaciones entre un menor de 18 años y el ente acusador encarnado por la fiscalía, mientras que en el sistema penal acusatorio implantado por la ley 906 de 2004 son plenamente validos entre las partes; está prohibido así mismo la utilización de menores de 18 años en actividades de inteligencia, mientras que en virtud de la aplicación del principio de oportunidad de la ley 906 de 2004 sí es posible; en la ley 906 la publicidad es un principio rector ponderante durante todo el proceso y todos los procesos mientras que en la ley 1098 de 2006 la publicidad de las actuaciones está vedada y por ende restringida; la responsabilidad penal de los menores de edad en Colombia se tramita por la cuerda de audiencias como en la ley 906 de 2004 pero de manera abreviada o sumaria, esto es que no se cumplen todas las etapas procesales y por ende la mayoría de sus audiencias en su integridad; no existe flexibilidad del

---

<sup>126</sup> Sentencia C-684 de 2.009. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

principio del debido proceso como lo manifestó la Corte Constitucional en la sentencia C-684 de 2.009 al indicar que

En la investigación y juzgamiento de los menores de edad, tiene plena aplicación el derecho al debido proceso y las garantías judiciales reconocidas en la Constitución y en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, en los cuales se han establecido una serie de estándares aplicables en los procesos penales. En particular, resultan relevantes las reglas establecidas en los artículos 37 y 40 de la Convención de los Derechos del Niño, incorporado al ordenamiento colombiano mediante la ley 12 de 1991.

La corte Constitucional, en la providencia referida, sintetizó el proceso en 4 etapas, *(i)* conducción inmediata ante el Fiscal delegado, *(ii)* presentación dentro de las 36 horas siguientes ante el Juez de control de garantías para que se expongan las circunstancias en que se produjo la aprehensión, *(iii)* envío de la actuación por el juez de control de garantías al juez de conocimiento y *(iv)* citación a audiencia de juicio oral dentro de los diez (10) días hábiles siguientes.

Bajo esta perspectiva, cuando a un menor de 18 años se le pretende endilgar responsabilidad penal, el sistema penal acusatorio se moldea así:

Dada la especialidad, en tratándose de menores de edad hay que mencionar que esta ley 1098 de 2006 introdujo órganos especializados solo para los menores, tales como la policía de infancia y adolescencia, los fiscales de infancia y adolescencia y los juzgados penales para adolescentes.

Lo anterior determina que el proceso por delitos cometidos por adolescentes mayores de 14 años y menores de 18 años comienza su trasegar por la captura de éstos una vez han cometido conductas penalmente reprochables por parte de la policía de infancia y adolescencia o por la policía nacional en función de vigilancia quien los tendrá que poner a disposición inmediatamente de sus colegas encargados de la infancia y adolescencia; posteriormente éstos los pondrán a disposición del fiscal delegado para la autoridad judicial quien dentro de las 36 horas siguientes máximo, los presentará al juez de control de garantías y le expondrá cómo se produjo su captura; posterior a éstos se continuará con el sistema de audiencias establecido por la ley 906 de 2004 a saber, las audiencias preliminares integradas por la audiencia de legalización de captura, formulación de imputación y solicitud sobre internamiento preventivo en caso de que se solicite; concluidas estas etapas se pasa a las etapas de juzgamiento compuestas por la audiencia de formulación de acusación, la audiencia preparatoria y el juicio oral en el que se realiza la práctica de las pruebas y debate probatorio-alegatos de las partes; se prosigue con la audiencia de lectura de fallo o anuncio del sentido de este y la individualización e imposición de sanción en caso de encontrarse responsabilidad penal en cabeza del menor de 18 años.

Una vez se emitirá el sentido del fallo en este se declara responsable al adolescente y se declara la necesidad de una medida sancionatoria “(con carácter protectorio, educador y restaurador)”<sup>127</sup>; al momento de proceder a la imposición de dicha sanción el juez escuchará al defensor de familia respectivo, el cual presentará un estudio que contendrá por lo menos los siguientes aspectos: Situación familiar, económica, social, psicológica y cultural del adolescente y

---

<sup>127</sup> COLOMBIA. Consejo Superior De La Judicatura. Base de datos documentales. base de datos en línea]. [consultado 25 Enero.2011]. Disponible en <<http://www.ramajudicial.gov.co/csj/downloads/UserFiles/File/ALTAS%20CORTES/CONSEJO%20SUPERIOR/CENDOJ/Series%20documentales/Contenido%20Sistema%20Penal%20para%20Adolescentes.pdf>>

cualquier otra materia que a juicio del funcionario sea de relevancia para imposición de la sanción.

Escuchada la Defensoría de Familia el juez impondrá la sanción que corresponda. “No se utilizan los conceptos de “pena” y “condena” en el sentido que tiene dentro del régimen penal ordinario dadas las características específicas y diferentes de la responsabilidad penal de los menores de edad”<sup>128</sup> siguiendo posturas jurisprudenciales pretéritas como las de la sentencia C-019 de 1.993 en la que la Corte Constitucional subrayó la necesidad de constitucionalizar la legislación de menores y abolir instituciones que responde a una ya superada visión del tratamiento de sus problemas; en este sentido, el juez puede imponer medidas al menor infractor de carácter protector y pedagógico, pero nunca de naturaleza condenatoria.

Otra decisión posible es la absolución por no encontrarse responsable del hecho al menor.

La privación de la libertad en caso de imponerse se cumplirá en centro de atención especializada, respecto de los otros tipos de sanciones analizadas en este capítulo y de carácter no privativo de la libertad se encargará de su vigilancia, diseño y ejecución el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), como lo dictamina el parágrafo del artículo 148 de esta ley 1098 de 2006 y demás entes integrantes del Sistema Nacional de Bienestar Familiar, integrado por: Las Defensorías de Familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, las Comisarías de Familia o los Inspectores de Policía, cuando deban tomar las medidas para la verificación de la garantía de derechos, y las medidas para su restablecimiento.

---

<sup>128</sup> GONZALES NAVARRO, Óp. cit., p. 73.

## CAPÍTULO IV

### LA CIRCUNSTANCIA DE MAYOR PUNIBILIDAD DEL NUMERAL 11 DEL ARTÍCULO 58 DEL CÓDIGO PENAL COLOMBIANO A PARTIR DE LA LEY 1098 DE 2.006.

#### IV.I LAS CIRCUNSTANCIAS DE MAYOR PUNIBILIDAD

Las circunstancias de mayor punibilidad son una especie del género de las circunstancias en el delito, mismas que no han sido ajenas a un desarrollo histórico en la legislación penal colombiana; así, no se han conocido siempre como circunstancias de mayor punibilidad, al tiempo que de otro lado han sido consideradas también como circunstancias de mayor y menor peligrosidad o agravantes y atenuantes.

Ello obedece a que “No siempre el delito se presenta en la forma simple en que aparece conformado en la norma penal; frecuentemente se manifiesta acompañado de una o varias situaciones que modifican, sin alterarlo, su contenido criminosos; el reato recibe en tal caso el nombre de circunstanciado y los aspectos en cuestión se denominan circunstancias”<sup>129</sup>.

Se ha considerado que “las circunstancias no constituyen, pues, elementos esenciales del delito en cuanto no son necesarios para configurarlo; son, por lo contrario, notas accesorias que inciden sobre su gravedad y que consecuentemente modifican la sanción, pero que dejan inalterada su denominación jurídica”<sup>130</sup>.

---

<sup>129</sup> REYES ECHANDIA, Alfonso. Derecho penal: parte general. Bogotá. Editorial Universidad Externado de Colombia. 1.987, P. 279.

<sup>130</sup> *Ibíd.* Pág. 278.

Actualmente, la legislación penal colombiana contempla circunstancias genéricas de mayor y menor punibilidad en los artículos 57 y 58 de la ley 599 de 2.000; la presencia de una cualquiera de ellas incide en la mayor o menor cantidad de pena que debe aplicarse en el caso concreto al autor del ilícito en quien concurra, ya que su observancia guían al juzgador sobre el cuarto dentro del cual se debe de mover y la dosimetría penal a adoptar.

La doctrina de antaño ha sostenido que “Las circunstancias genéricas de agravación punitiva son aquellas modalidades antecedentes, concomitantes o subsiguientes al hecho punible, cuya función es la de agravar cuantitativamente la pena que habría de imponerse al responsable de un delito de no existir ninguna de tales circunstancias”<sup>131</sup>

#### **IV.II CLASIFICACIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS DE PUNIBILIDAD**

Seguiremos en este estudio la clasificación adoptada por el profesor Reyes Echandía ya que para los fines metodológicos propuestos se considera la más acertada; este afirmó que las circunstancias de mayor punibilidad o de mayor peligrosidad, como se consideraron en aquel entonces, se podrían subdividir en agravantes y atenuantes, subjetivas y objetivas, antecedentes, concomitantes y subsiguientes, generales y especiales.

---

<sup>131</sup> Ibíd. Pág. 278.

#### **IV.II.I Agravantes y atenuantes:**

Son circunstancias agravantes aquellas que, sin modificar la estructura del delito, comportan una mayor gravedad en la sanción.

Son atenuantes, en cambio, aquellas circunstancias cuya presencia determina una disminución de la pena.

#### **IV.II.II Subjetivas y objetivas:**

Son circunstancias subjetivas las que se refieren a la intensidad del dolo, al grado de la culpa, a las condiciones personales del agente o a las relaciones entre éste y el ofendido y se puede ubicar igualmente en este acápite el delito emocional como el de ira e intenso dolor.

Son circunstancias objetivas, las que se relaciona con las varias modalidades de la acción (naturaleza, especies, medios, lugar, tiempo) o a las condiciones personales del sujeto pasivo. Un ejemplo podría ser el cometer el delito durante la noche, en despoblado o con armas.

#### **IV.II.III Antecedentes, concomitantes y subsiguientes.**

Las primeras preceden, las segundas acompañan y las terceras siguen a la conducta típica. La diferencia entre unas y otras es, pues, de orden cronológico.

La asechanza, el abuso de las condiciones de inferioridad del sujeto pasivo y la espontánea confesión del delito cometido son ejemplos, respectivamente, de cada una de las tres especies de circunstancias anotadas.

#### **IV.II.IV Generales y específicas.**

Generales son aquellas circunstancias que pueden predicarse de cualquier figura delictiva y están previstas en la parte general del código.

Especiales son las que solo acompañan a determinados ilícitos precisamente indicados en la parte especial del código.

Cuando en un mismo hecho concurren circunstancias genéricas y específicas idénticas, el juzgador tendrá en cuenta únicamente estas últimas porque el conflicto que surja entre normas generales y normas especiales debe resolverse a favor de éstas<sup>132</sup>.

Desde el punto de vista jurisprudencial se ha señalado que es necesario distinguir entre las genéricas y las específicas<sup>133</sup>.

Con relación a las agravantes genéricas, el criterio de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha sido el de que, como norma general, deben ser imputadas en el pliego de cargos, salvo las objetivas, esto es, aquellas evidentes con la sola narración del aspecto fáctico del proceso, por lo cual se hace innecesaria su mención expresa como agravante en la respectiva resolución de acusación<sup>134</sup>.

“En síntesis, se tiene que la Corte, en la actualidad, es del criterio que todas las circunstancias que impliquen incremento punitivo, específicas o

---

<sup>132</sup> REYES ECHANDIA, Alfonso. Derecho penal parte general. 5ª edición. Bogotá. Editorial Universidad externado de Colombia. 1.977, P. 319.

<sup>133</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de Febrero y Abril de 1.998, Procesos n.º 10746 y 11248.

<sup>134</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia 2005, Proceso n.º 21356.

genéricas, valorativas o no valorativas, en cualquiera de sus modalidades, deben hacer parte de la imputación fáctica de la acusación para que puedan ser deducidas en la sentencia, siendo suficiente para que esta exigencia se cumpla que el supuesto de hecho que las estructura aparezca claramente definido en ella, de surte que su imputación surja inequívoca de su contenido.”<sup>135</sup>

La corte Constitucional no ha sido pasiva al respecto, la postura que sigue en la actualidad sobre la materia es que

Establecer circunstancias de agravación genéricas, no vulnera el principio del *non bis in ídem*, ni el debido proceso, ni la Constitución. Interpretar y aplicar, de manera razonable, las normas que establecen dichas circunstancias agravantes tampoco los vulnera. Las circunstancias de una conducta, sean de atenuación o agravación, sean genéricas o específicas, son elementos relevantes de la misma, y no otra conducta, como parece insinuarlo la actora. La conducta de una persona no puede ser juzgada penalmente dos o más veces, pero cuando se juzga debe hacerse de manera integral y completa, valga decir, con todas las circunstancias relevantes que la configuran y, entre ellas, están, como es obvio, las circunstancias de agravación genéricas<sup>136</sup>.

---

<sup>135</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de casación penal, sentencia del 4 de abril de 2001, M.P. Fernando Arboleda Ripoll.

<sup>136</sup> Sentencia C-842 de 2010. Magistrado ponente: Dr. Mauricio González Cuervo.

#### **IV.III ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DE LA CIRCUNSTANCIA DE MAYOR PUNIBILIDAD CONSAGRADA EN EL NUMERAL 11 DEL ARTÍCULO 58 DEL CÓDIGO PENAL DE 2000.**

1. Partiendo desde el año 1.936, se consagraron en los artículos 37 y 38 del Código Penal de dicho año, bajo el título de circunstancias de mayor peligrosidad, las agravantes de la época, recogiendo así la orientación positiva del proyecto Ferri que veía en la peligrosidad del delincuente el fundamento de la pena; “este código partió de la aceptación del principio de la responsabilidad social o legal y su complementario, el principio de la peligrosidad”<sup>137</sup>.

En su momento la discusión sobre si se estaban tratando circunstancias de mayor peligrosidad o verdaderas agravantes penales, propició que no obstante ser evidente que lo que se agravaba era la pena y que se analizaban eran circunstancias pos facto de hechos consumados y que inclusive el agente podría no haber incurrido en ellos antes, se optó por plasmarlas como circunstancias de mayor peligrosidad con las implicaciones que esto conlleva; en efecto, imputarle a un agente una de estas lo hacía ver no solo ante el juzgador sino ante la sociedad como un delincuente sino como un sujeto de peligrosidad mayúscula que, ni con la purga de la pena, dejaría de ser observado como tal por sus semejantes.

Lo cierto es que las circunstancias a que se refiere al artículo 36 de este Código Penal, son realmente de agravación o atenuación punitivas, porque su papel es el de inclinar al juez hacia la aplicación de una pena más o menos elevada, según que predominen una u otras. Se trata, pues, de

---

<sup>137</sup> AGUDELO BETANCUR, Nodier. Homicidio en las circunstancias del numeral 5 del artículo 324 del Código Penal. En: Revista nuevo foro penal nº 27, 1.985; Pág., 44-61.

circunstancias reguladoras de la punibilidad porque no tiene influencia alguna en la estructura del delito sino en su dosimetría penológica<sup>138</sup>.

El artículo 37 consagró como circunstancias de mayor peligrosidad: los antecedentes de depravación y libertinaje; el haber incurrido, anteriormente, en condenas judiciales o de policía; el haber obrado por motivos innobles o fútiles; los deberes especiales que las relaciones sociales o de parentesco impongan al delincuente, respecto del ofendido o perjudicado; la preparación ponderada del delito; el tiempo, el lugar, los instrumentos o el modo de ejecución del delito, cuando hayan dificultado la defensa del ofendido o perjudicado, o demuestren una mayor insensibilidad moral en el delincuente; el abusar de las condiciones de inferioridad personal del ofendido, o de circunstancias desfavorables al mismo; el ejecutar el delito con insidia o artificios, o valiéndose de la actividad de menores, alcoholizados, deficientes o enfermos de la mente; el obrar con la complicidad de otro previamente concertada; el ejecutar el delito aprovechando una calamidad pública o privada o un peligro común; el abusar de la credulidad pública o privada; el hacer más nocivas las consecuencias del delito; el perjudicar u ofender con una misma acción, y no por mero accidente, a más de una persona; en las culpas, el haberse ocasionado el daño en circunstancias que lo hacían muy probable o fácilmente previsible; la posición distinguida que el delincuente ocupe en la sociedad por su ilustración, riqueza, dignidad u oficio; la ejecución del delito sobre objetos expuestos a la buena fe del público o custodiados en oficinas públicas, o destinados a la utilidad, defensa o reverencia pública.

De estas circunstancias referenciadas, para efectos del presente trabajo, es de importancia ***el ejecutar el delito con insidia o artificios, o valiéndose de la***

---

<sup>138</sup> REYES ECHANDIA, Óp. cit., p. 318.

**actividad de menores, alcoholizados, deficientes o enfermos de la mente;** en efecto:

Refiriéndonos al caso específico del homicidio agravado que en esta legislación tomaba el nombre de asesinato se consagraba que ésta traía una pena de 15 a 24 años de presidio si se cometía valiéndose de la actividad de menores, deficientes o enfermos de la mente, o abusando de las condiciones de inferioridad personal del ofendido. No se conocen antecedentes de esta agravante ni en la doctrina ni en la legislación nacional o extranjera. La doctrina comenzó a fundar la razón de ser de la agravante, de manera más o menos expresa, en el criterio de la peligrosidad. La agravante se fundaba en el aprovechamiento de una formación personal incompleta, la inmadurez del desarrollo, o la perturbación síquica para la consumación homicida. Y mayor maldad, enseña el que utiliza en el designio criminoso, a menores, (el delincuente está dando muestras de especial cobardía y de notoria falta de sentido moral)<sup>139</sup>. (Cursiva y subrayado fuera del texto)

El sujeto que actuaba dentro de esta causal no solo revela una desmedida perversidad, sino que es causante directo del aumento de la delincuencia, ya que para emplear a tales personas como elementos de esos atentados, tiene primero que iniciarlas en el camino del crimen, y al privar a los menores de su pulcritud de conciencia para atentar contra la vida de sus semejantes prácticamente se convierten en homicidas en potencia<sup>140</sup>.

---

<sup>139</sup> BARRIENTOS RETREPO, Samuel. Delitos contra la vida e integridad personal, Medellín, Editorial Bedout. 1.965 pág. 90 y 91. Citado por: AGUDELO BETANCUR, Nodier. Homicidio en las circunstancias del numeral 5 del artículo 324 del Código Penal.

<sup>140</sup> JIMÉNEZ GUTIERREZ, Luis. Derecho penal especial. Bogotá, Ed. Temis, 1.965. Pág. 444. Citado por: AGUDELO BETANCUR, Nodier. Homicidio en las circunstancias del numeral 5 del artículo 324 del Código Penal.

No fueron pocas las voces calificadas y no calificadas que aplaudieron la existencia de esta agravante, al fin y al cabo era otro tipo de sociedad y al menor de edad de ese entonces no se le miraba ni siquiera bajo el paradigma tutelar de los derechos ya que era considerado poco más que el valor de una mujer o sea como un simple objeto o instrumento carente de voluntad, invisible ante la ley e instrumentalizable por los demás.

En efecto, concentrándonos en el adulto, que es a quien se le hacia el reproche jurídico penal, Luis Eduardo Mesa Velásquez asegura que, “acá se manifiesta una mayor perversidad y cobardía, una mayor cantidad en el delito, lo cual explica la agravación de la infracción”<sup>141</sup>.

Pero se requería incluso un elemento adicional en el adulto que de un menor se valía, esto es el conocimiento de la condición de este de su inmaduro psiquismos, ya que como se ha visto, en ese entonces los menores de edad eran a todas luces inimputables para la legislación de 1.936, semejante a los inmaduros psicológicos; ello llevaba a la natural consideración de que “Si la razón de la agravante esta en el aprovechamiento del subdesarrollo mental del sujeto que sirve de instrumento para el homicidio, es esencial entonces que el homicida conozca la situación de inmadurez o de subdesarrollo mental del sujeto de quien se vale para cometer el homicidio”<sup>142</sup>. Un menor por su inmadurez es más fácil embarcarlo en la empresa criminosa, se pensaba.

---

<sup>141</sup> MESA VELASQUEZ, Luis Eduardo. Delitos contra la vida e integridad personal, delitos contra la propiedad, Bogotá. Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, 1.972. pág. 33. Citado por: AGUDELO BETANCUR, Nodier. Homicidio en las circunstancias del numeral 5 del artículo 324 del Código Penal.

<sup>142</sup> BERNAL PINZON, Jesús. El homicidio: comentarios al código penal colombiano. Bogotá, Ed. Temis, 1.971 pág. 195 y 196. Citado por: AGUDELO BETANCUR, Nodier. Homicidio en las circunstancias del numeral 5 del artículo 324 del Código Penal.

De esta legislación penal de 1.936 llama la atención el hecho de que el ejecutar el delito... **valiéndose de la actividad de menores**...es un agravante, pero cometer el delito cuando se tiene entre 18 a 21 años de edad es una atenuante según el numeral 13 del artículo 38 del código penal de 1.936; en efecto, se consagra que tal circunstancia “fue prevista por el artículo 40 de la ley 83 de 1.946 -Orgánica de la Defensa del Niño- y se explica como medida de protección de la juventud descarriada que va al delito impulsada por factores que no siempre está en sus manos evitar”<sup>143</sup>. Desde acá parten las dicotomías legislativas a la hora de abordar al adolescente que infringe la ley penal.

Tal disposición en cuanto a la edad fue modificada por el artículo 48 de la ley 75 de 1.968 en razón de la cual la edad penal quedó fijada en 16 años para todos los efectos legales pertinentes. Trátase de una circunstancia que envuelve política proteccionista en relación con adolescentes que delinquen. Debe advertirse, sin embargo, que las mismas razones que se tuvieron en cuenta para disminuir la edad penal a 16 años debieron servir para reducir el máximo de 21 años mencionado en esta norma, a 18 años<sup>144</sup>.

2. Posteriormente, en lo que se conocería como el código penal de 1.980 instituido por el decreto ley 100 de dicho año, mediante las discusiones de éste salió adelante la recomendación del profesor Reyes Echandía en el entendido de que tales circunstancias no se denominaran de mayor o menor peligrosidad “sino que se llamará circunstancias que agravan o que atenúan la pena, pues el término “peligrosidad” (la capacidad en que se encuentra un sujeto de cometer actos criminales) que ha sido empleado especialmente por la escuela positiva y que en

---

<sup>143</sup> REYES ECHANDIA, Alfonso. Derecho penal Colombiano: parte general. Bogotá. Editorial Universidad externado de Colombia. 1.964, P. 255.

<sup>144</sup> REYES ECHANDIA, Óp. cit., p. 328.

definitiva se adoptó en Colombia por un tiempo con el decreto 0014 de 1.955 en el cual se estatuyó la represión para la llamada peligrosidad presuntiva y anterior al delito, no es de buen recibo en las modernas tendencias del derecho penal y podría crear problemas de interpretación”<sup>145</sup>.

Se optó por demás por tal postura en el entendido de que en aquel entonces no existía unanimidad sobre el lugar dogmático que ocupaban tales circunstancias en la construcción del delito; así, mientras que para unos tales circunstancias se ubican en el acápite de “la responsabilidad, para otros en el lugar de la culpabilidad y para otros en la punibilidad”<sup>146</sup>.

En consideración a que la pena es una consecuencia de todos los elementos que integran el delito, prevaleció una posición netamente objetiva; en ese entonces y para efectos de este Código Penal de 1.980, se adoptaron los mismos primeros 14 numerales del código penal de 1.936 en el artículo 37 de aquél. Así se marcó la nueva tendencia a explicar la agravación como un fenómeno con incidencia sobre la pena, para eludir o suprimir la posibilidad de que se piense que se agrava la responsabilidad, la imputabilidad o cualquiera otro factor diverso, ya que las circunstancias directamente inciden sobre el resultado final de todo proceso, cual es la condena.

De este cambio normativo se sostuvo que “algunas de estas circunstancias pueden crear un cierto grado de duda porque aparecen como instituciones supérstites del viejo código, en pugna con los criterios filosóficos vascos que inspiran el nuevo código; o porque son inútiles repeticiones de algo que ya está incluido en el estudio de la personalidad o en el grado de culpabilidad. (...) Todas

---

<sup>145</sup> ARCHILA, José Antonio. Anteproyecto del código penal colombiano. Bogotá. Editorial Cromos. 1.974, P. 376.

<sup>146</sup> ARCHILA, Óp. cit., pág. 376.

estas circunstancias habrían podido ser eliminadas sin que pasara nada, pues con el grado de la culpabilidad y el estudio de la personalidad se puede dosificar sin dificultad alguna la pena, sin descuidar la gravedad del hecho”<sup>147</sup>.

En este código penal de 1.980 quedó estatuida, en el numeral 6 del artículo 66, como circunstancia de agravación punitiva, ejecutar el hecho con insidias o artificios o valiéndose de la actividad de inimputables. Curiosa esta consagración legal por demás si tenemos en cuenta dos cuestiones:

La primera es que en el acta de motivos de este código penal tal circunstancia quedó en el numeral 8 y con redacción distinta: el ejecutar el delito con insidias o artificios o valiéndose de la actividad de menores, alcoholizados, deficientes o enfermos de la mente; la doctrina entendió que “alcoholizados son los que sufren de intoxicación crónica o son ebrios habituales, por deficientes se consideraba a quienes padecen de alteraciones sicosomáticas de leve entendida y enfermos de la mente son quienes presentan alteraciones biosíquicas de carácter sicótico, sicopático o neurótico más o menos graves”<sup>148</sup>.

La supresión final de estos sujetos puede obedecer, y esta es la segunda cuestión peculiar, a que este decreto ley 100 de 1.980 en su artículo 31 ya había definido al inimputable como 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; lo que hacía inane y superficial reproducir en el numeral 6 del artículo 66 lo que ya se había definido en los artículos precedentes de la misma descripción legal.

---

<sup>147</sup> ESTRADA VELEZ, Óp. cit., Pág. 379.

<sup>148</sup> REYES ECHANDIA, Alfonso. La punibilidad. Bogotá. Editorial Universidad externado de Colombia. 1.978, Pág. 251.

Respecto de los menores, el código penal también se había pronunciado en sus primeros artículos, más precisamente en el 34 en el cual determinó, para todos los efectos, que se consideran penalmente inimputables los menores de dieciséis (16) años. Así tenemos que bajo ese único rótulo de valerse de inimputable del numeral 6 del artículo 66 se cobijaba a quienes para ese entonces se pregonaban inimputables de pleno derecho, o sea a los menores de edad y los alcoholizados, deficientes o enfermos de la mente que se ubican en el artículo 31.

Para la doctrina la supresión del menor de 18 años como circunstancia genérica de mayor punibilidad no ha sido pacífica ya que se sostiene que “el sujeto activo de la conducta criminal tendría que ponerse en el lugar del juzgador para hacer dicho discernimiento, como si no fuera tarea del juez la determinación de la capacidad de culpabilidad o no del sujeto”<sup>149</sup>; lo acertado hubiera sido mantener la causal como nació y se mantuvo en el código penal de 1.936 a saber, “el que se valga de un trastornado mental, de un inmaduro psicológico o de un menor de 18 años”, o como se hablaba en pretéritas ocasiones, quien se valga de la actividad de menores.

Desde el punto de vista social o criminológico se podría asegurar que “el valerse para la realización del hecho punible de la actividad de inimputables demuestra indudable perversidad y una extraordinaria insensibilidad moral”<sup>150</sup>. Con lo cual se pretendía seguir legitimando la existencia de la causal en más pretextos sociales que jurídicos asegurando inclusive que “La simple implicación de un menor en la traza comportamental, manifiesta temibilidad en el actor, ánimo directo de procurarse la impunidad y de imprimir eficacia a la actividad; además, y parece ser lo más importante, involucra al menor en el medio delictual”<sup>151</sup>.

---

<sup>149</sup> VELASQUEZ VELASQUEZ, Óp. cit., p. 1124.

<sup>150</sup> ESTRADA VELEZ, Óp. cit., Pág. 383.

<sup>151</sup> PABON PARRA, Óp. cit., Pág. 58.

Sin duda se manifiestan actitudes un poco peligrosistas sobre el tema que para los años 80's ya comenzaba a inquietar a la sociedad colombiana dada la creciente delincuencia juvenil que ingenuamente se pensaba era ocasionada por adultos que instigaban o motivaban su temprano delinquir: "Ese delincuente está poniendo de presente una mayor capacidad ofensiva contra la sociedad y, naturalmente, esto significa que su víctima esta en mayor grado de indefensión; el agente revela una mayor capacidad ofensiva y una mayor insensibilidad social cuando no actúa de manera directa sino a través de la actividad de menores"<sup>152</sup>.

El menor no obstante todo lo anterior era objeto de íntima protección y ternura lo que "Fundamenta la razón de la agravante en el mayor respeto que mueve el inimputable y en el riesgo que éste corre si el atacado reacciona"<sup>153</sup>.

Se comenzaron entonces a vislumbrar posibilidades de autoría mediata o instigación si se observan consideraciones como las de Antonio Vicente Arenas el cual dice que "no es necesario que el inimputable obre por precio o promesa remuneratoria. La razón de la agravante está en que el victimario se aprovecha de la inmadurez o enfermedad mental de otra persona para determinarla a cometer el homicidio, aunque no medie interés alguno"<sup>154</sup>.

3. Ya en el marco del Estado Social y Democrático de Derecho se expide la ley 599 de 2.000 o el Código Penal actual; éste trae bajo el rótulo de circunstancias de mayor punibilidad, en el artículo 58, 17 causales, mejor elaboradas que las del código penal anterior.

---

<sup>152</sup> AGUDELO BETANCUR, Óp. cit., Pág. 48.

<sup>153</sup> *Ibíd.* Pág. 48.

<sup>154</sup> *Ibíd.* Pág. 49.

Ya no estamos hablando como en el código anterior de circunstancias que agravan la pena sino de circunstancias de mayor punibilidad, quizás haciendo caso a las directrices de que en este código ya no hablamos de hecho punible sino de conducta punible, acorde esto con el corte finalista del código del 2.000; en un estatuto en que se habla de conducta y no de hecho se deben observar son las circunstancias, entre ellas las de mayor y menor punibilidad, los delitos circunstanciados y las circunstancias de tiempo, modo y lugar de ejecución de la conducta punible.

En el caso específico que nos atañe trae en su numeral 11 este artículo 58, como circunstancia de mayor punibilidad, ejecutar la conducta punible valiéndose de un inimputable; se ve que la circunstancia es menos descriptiva, más cerrada, pero no menos equívoca, lo que obliga al juzgador e intérprete a remitirse a lo que para efectos penales este código entiende por inimputables, que como ya lo vimos los consagra en su artículo 33: la inmadurez psicológica, el trastorno mental, la diversidad sociocultural y los estados similares.

Con las salvedades hechas en los capítulos anteriores, esto es que este artículo 33 no consagra una lista de inimputables sino causales de inimputabilidad, o más bien las circunstancias que hacen que un determinado sujeto sea inimputable ante la legislación penal, y el hecho de que así estemos hablando de fuentes de inimputabilidad, mas no inimputables, esta lista es abierta en el entendido de que el legislador ha dictaminado “los estados similares” sin que a la fecha se conozca pronunciamiento alguno sobre la materia que pretenda restringir tan ambigua disposición, esto es una ley o pronunciamiento jurisprudencial o científico que permita pregonar qué otras circunstancias, y solo esas circunstancias, se tiene como causales de inimputabilidad en la legislación penal colombiana.

#### **IV.IV LA INIMPUTABILIDAD PENAL DEL MENOR POSTERIOR A LA LEY 1098 DE 2006**

El legislador, con la expedición del código penal vigente en Colombia, evidenció su timidez en el tratamiento de la figura ya que no obstante ubicarlo en el artículo 33 como un término medio entre la imputabilidad y la inimputabilidad, no tomó partido definitivo, como se exige en materia penal, sobre su consideración; esto es, no determinó si hablamos de un inimputable, de un imputable especial, de un responsable penal o de un irresponsable penalmente hablando, así como entre qué rangos de edad iría una u otra categoría.

En el articulado en comento no consagró en el inciso inicial la minoría de edad como una fuente generadora de inimputabilidad pero consagró en este mismo artículo 33, que trata sobre la inimputabilidad en materia penal, en el inciso final, a los menores de edad, quedando en el aire un ambiente de vaguedad entorno a éstos; a lo anterior se suma que la figura de la inimputabilidad tomada por el legislador en la ley 599 de 2.000 es de carácter abierta y relativa, o sea, las causales de inimputabilidad no son taxativas, son meramente enunciativas ya que el articulado en su inciso inicial culmina asegurando que los estados similares a la inmadurez psicológica, al trastorno mental, y a la diversidad sociocultural serán generadores de inimputabilidad,

La doctrina nacional, entre ellos Fernando Velásquez Velásquez, considera que los menores de edad como inimputables no se pueden entender cobijados dentro de la causal genérica de inmadurez psicológica ya que para ellos se ha redactado una norma específica, la ley 1098 de 2.006, mediante la cual el legislador cumplió la promesa legal consagrada desde 2.000 en la ley 599 en su artículo 33 según la cual los menores de edad quedarían sometidos al sistema de responsabilidad

penal juvenil y por vía de abstracción éstos ya no se deben considerar envueltos en tal artículo como inimputables; es más, el autor en comento permite deducir que los mismos gozan de responsabilidad penal.

Otros tratadistas abordan el tema de los menores de edad dentro del acápite de la inmadurez psicológica pero consideran por un lado que la ley 1098 de 2006 introduce cambios fundamentales respecto de la determinación de la responsabilidad penal de los menores de edad y adolescentes y consideran que dicha ley modifica indudablemente el artículo 33 del código penal colombiano vigente en lo relativo a la inimputabilidad, y también en consideración de este servidor, el numeral 11 del artículo 58 del código penal. O sea, vuelve a parecer que la minoría de edad sí es causal de inimputabilidad penal.

A tales efectos consideran que la ley hace una discriminación entre los menores de 14 y los menores de 14 a 18 años; pero aseguran que los menores inferiores cronológicamente a los 14 años son irresponsables penalmente y los menores de 14 a 18 años son inimputables.

De dichas aseveraciones se pueden concluir dos cuestiones: la primera es que parecía que el nuevo código penal había abandonado el criterio cronológico como elemento determinante de la inimputabilidad por minoría de edad, pero según estos tratadistas el código penal actual no solo no abandonó el criterio cronológico sino que, por lo contrario, persistió y se modificó por la ley 1098 de 2006.

Y como segunda consideración es que los menores ya no son simplemente inimputables sino que la ciencia penal colombiana ha avanzado al punto de considerar dos posible posturas validas pero no absolutas y por ende controvertibles respecto de los menores; estas consideraciones son que existen

irresponsables penales ( los menores que se ubican entre los rangos de edad inferiores a los 14 años) y que coexisten los inimputables penalmente (quienes se encuentran comprendidos entre los 14 y 18 años de edad).

Si tomamos dichas consideraciones solo asalta una cuestión ¿con qué objeto entonces se adapta todo un sistema penal creándose audiencias especiales, policía especial y fiscalías especiales, para atender a un agente que al fin de cuentas en el peor de los escenarios será declarado inimputable y en el mejor es un irresponsable penal?

Creo que adoptando una posición interpretativa de la teología de la norma 1098 de 2006 lo que verdaderamente quiso el legislador fue dar un tratamiento punitivo al menor, endilgarle responsabilidad penal cuando éste supera los 14 años de edad y no los 18, otorgándole a la jurisdicción una carta de navegación entre la cual se puede mover a la hora de imponer sanciones a los menores de edad y con ello eliminar de todo el ordenamiento jurídico los rezagos que puedan existir respecto de la inimputabilidad de tales agentes.

Esta postura es dogmáticamente compatible a nivel penal ya que si el menor es consciente, debido a su alto grado de madurez, dado por las circunstancias en que se desenvuelve socialmente a diario, de la ilicitud de su conducta, y tiene libre autodeterminación, éste debe ser considerado como sujeto penalmente responsable.

En este orden de ideas, la circunstancia de mayor punibilidad del artículo 58 numeral 11 de la ley 599 de 2.000 no cobija al menor de edad ya que como se ha advertido éste no es un inimputable a la luz del ordenamiento jurídico colombiano

con la expedición de la ley 1098 de 2.006 y en especial de su libro segundo que trae el Sistema de Responsabilidad Penal para adolescentes.

## GLOSARIO

**Agravante:** “Circunstancias que aumentan la responsabilidad penal al denotar una mayor peligrosidad o perversidad en el autor de un delito. Comprendidas en el CP, además de las específicas previstas para delitos concretos”<sup>155</sup> encontramos las genéricas del artículo 58 de la ley 599 de 2.000 o Código Penal colombiano vigente.

**Antijuridicidad:** “Uno de los elementos considerados por la teoría del delito para la configuración de un delito o falta. Se le define como aquel disvalor que posee un hecho típico que es contrario a las normas del Derecho en general, es decir, no sólo al ordenamiento penal. La antijuridicidad supone que la conducta que se ha realizado está prohibida por el ordenamiento jurídico; en otras palabras, que dicho comportamiento es contrario a Derecho”<sup>156</sup>.

**Atenuante:** “Circunstancia que concurre en la persona que comete un delito, o en el delito mismo”<sup>157</sup>, o en las circunstancias de tiempo, modo y lugar y que disminuye la responsabilidad penal.

**Autor:** “Es autor quien realice la conducta punible por sí mismo o utilizando a otro como instrumento”<sup>158</sup>. “Aquél sujeto a quien se le puede imputar un hecho como

---

<sup>155</sup>[base de datos en línea]. [consultado 15 De Julio de 2011]. Disponible en <http://www.definicionlegal.com/definicionde/Agravantes.htm>

<sup>156</sup> [base de datos en línea]. [consultado 15 De Julio de 2011]. Disponible en <http://es.wikipedia.org/wiki/Antijuridicidad>

<sup>157</sup> [base de datos en línea]. [consultado 15 De Julio de 2011]. Disponible en <http://www.definicionlegal.com/definicionde/Atenuante.htm>

suyo, es decir, aquel sujeto que lo realiza y del cual se puede afirmar que lo ha realizado él”<sup>159</sup>.

**Autor mediato:** “Es autor mediato quien realiza el hecho típico utilizando a otro como instrumento. El autor es el que está detrás del que realiza directamente la acción típica, puede ser porque actúa sin libertad o sin conocimiento de la situación. Por tanto solo es imputable el autor mediato debido a la falta de dolo e imprudencia de los que realizan directamente el supuesto típico en este supuesto”<sup>160</sup>.

**Culpabilidad:** “Es la conciencia de la antijuridicidad de la conducta, es decir supone la reprochabilidad del hecho ya calificado como típico y antijurídico, fundada en que su autor, pudiendo someterse a los mandatos del Derecho en la situación concreta, no lo hizo ejecutándolo”<sup>161</sup>.

**Determinador:** “Es la persona que mediante instigación, mandato, inducción, consejo, coacción, orden, convenio o cualquier medio idóneo, logra que otra realice material y directamente conducta de acción o de omisión descrita en un tipo penal”<sup>162</sup>.

---

<sup>158</sup> [base de datos en línea]. [consultado 15 De Julio de 2011]. Disponible en <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=6388>

<sup>159</sup> [base de datos en línea]. [consultado 15 De Julio de 2011]. Disponible en [http://es.wikipedia.org/wiki/La\\_autor%C3%ADa\\_\(Derecho\\_Penal,\\_parte\\_general\)](http://es.wikipedia.org/wiki/La_autor%C3%ADa_(Derecho_Penal,_parte_general))

<sup>160</sup> [base de datos en línea]. [consultado 15 De Julio de 2011]. Disponible en [http://es.wikipedia.org/wiki/La\\_autor%C3%ADa\\_\(Derecho\\_Penal,\\_parte\\_general\)](http://es.wikipedia.org/wiki/La_autor%C3%ADa_(Derecho_Penal,_parte_general))

<sup>161</sup> [base de datos en línea]. [consultado 15 De Julio de 2011]. Disponible en <http://es.wikipedia.org/wiki/Culpabilidad>

<sup>162</sup> [base de datos en línea]. [consultado 15 De Julio de 2011]. Disponible en <http://gavillan1.blogspot.com/2008/01/determinadordefinicion.html>

**Inimputabilidad:** “Es inimputable quien en el momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez psicológica, trastorno mental, diversidad sociocultural o estados similares”<sup>163</sup>.

**Partícipe:** Es quien coopera dolosamente en un delito doloso ajeno.

**Tipicidad:** “Elemento constitutivo del delito, que consiste en la adecuación del hecho que se considera delictivo a la figura o tipo descrito por la ley”<sup>164</sup>.

---

<sup>163</sup> [base de datos en línea]. [consultado 15 De Julio de 2011]. Disponible en <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=6388>

<sup>164</sup> [base de datos en línea]. [consultado 15 De Julio de 2011]. Disponible en <http://www.wordreference.com/definicion/tipicidad>

## RECOMENDACIONES

La primera y principal recomendación va dirigida al legislativo colombiano en el entendido de que es necesario realizar un alto en el trasegar normativo ya que toda ley necesita un tiempo mínimo de digestión que permite pregonar de esta que es clara y exigible a su destinatarios; en efecto, el Sistema de Responsabilidad Penal para adolescentes con sus escasos 5 años de implementación, desde el 2.007, y culminó su aplicación global el 31 de Diciembre de 2.009 ya cuenta en su haber con 1 modificación importante a saber, la ley 1453 de 2.011, por medio de la cual no solo se modifica este sistema sino que trae consigo como delito autónomo el valerse de un menor de edad para cometer una conducta punible. Esta natural evolución analizada del menor de edad de inimputable a sujeto imputable y agravante de las conductas punibles, obliga de suyo a amalgamas dogmático penales que garanticen desde una y otra cara un debido proceso tanto para el adulto como para el adolescente que actúan de consumo en la comisión de delitos.

La otra recomendación va dirigida a la academia en el entendido de que es esta la llamada a digerir los vertiginosos cambios normativos sobre una determinada materia por lo que se debe, consolidar la entidad normativa que tiene el menor de edad para el derecho penal, esto es, tomar postura que lo alejen completamente del campo de la inimputabilidad y se le comience a tratar como sujeto imputable pero irresponsable penalmente lo que obliga a precisar este concepto y limitarlo; una vez superado este estadio es necesario digerir la figura del menor de edad en la parte especial del código penal, esto es, los delitos que presuponen en el

valerse de este una agravante punitiva se deben de repensar y considerar desde la perspectiva de las categorías de la autoría y participación con el fin de determinar si la agravante decae es por inoperante o el título de la imputación que se le hace al mayor de edad que se vale de este debe de variar dadas las nuevas circunstancias normativas, piénsese por ejemplo en instigación o determinación.

La recomendación final y quizás más importantes está dirigida a la judicatura en el entendido de que es el juez el llamado a aplicar la norma, es en esta cautelosa tarea que debe adecuar sus conocimientos y conceptos no solo a los precitados de la norma sino al abanico de opciones que estas nuevas disposiciones le traen y no limitarse al silogismo, ello implica una visión sistémica del delito en relación con la norma, relación que implica como natural sentido que un sujeto del tipo penal no puede ser abordado como agravante y al mismo tiempo sujeto pasivo de la acción penal en la jurisdicción de menores, se debe de analizar verdaderamente el juicio de reproche a quién se vale de estos menores ante las nuevas leyes no solo por favorabilidad normativa sino por la exquisitez en la interpretación así, hay que analizar la armonía que con estas nuevas normas en comento, ley 1098 de 2.006 y 1453 de 2.011, se perturba en el código penal y quizás lograr por esta vía la armonía que el legislativo perturba con cada promulgación legislativa con el objeto de responder un clamor social de seguridad pero sin el mas mínimo asomo de una política criminal.

## CONCLUSIONES

1. El menor de edad es imputable penalmente en la actualidad. Es imposible arribar a una conclusión más obvia y práctica en este estudio; consecuencia de ello es la inoperancia de la circunstancia de mayor punibilidad del artículo 58 numeral 11 del Código Penal actual en relación con los menores de edad.

En efecto, “Si el ordenamiento ha considerado que los menores no son por el hecho mismo de la edad inimputables -Art. 33Inc. 3 C.P.- ha afirmado también su imputabilidad especial y, como consecuencia, la posibilidad de su inimputabilidad cuando no puedan comprender lo ilícito de su actuación o de determinarse de acuerdo con dicha comprensión. Si la relación fáctico-jurídica entre imputabilidad e inimputabilidad no fuere posible, no estaríamos dentro de un régimen de responsabilidad penal de adolescentes sino en un sistema de presunción de inimputabilidad”<sup>165</sup>.

2. El menor de edad ha pasado por: ser inimputable, ser una circunstancia de mayor punibilidad, ser responsable penalmente bajo criterios diferenciadores pero sin ser imputable.

Ante este trasegar normativo surge una natural inquietud ¿como formularle una imputación a un sujeto que aun no se está seguro sobre su inimputabilidad o imputabilidad?

---

<sup>165</sup> PABON PARRA, Óp. cit., Pág. 105.

Se esperaba que la ley 1098 de 2.006 arrojara luces sobre la cuestión, más lo que sucedió fue agregar más ingredientes normativos y conceptuales; así, “La nueva codificación de la infancia y la adolescencia no predica que los menores sean inimputables, ya que se trata de una legislación que avanzó hacia la doctrina de la protección integral, dejando atrás la doctrina tutelar, y esto parte de lo dispuesto en el artículo 33 de la ley 599 de 2.000 donde se definió ‘Los menores de dieciocho (18) años estarán sometidos al Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil’<sup>166</sup>.

Es claro entonces que el código de la infancia y la adolescencia no equipara la minoría de edad al concepto de inimputabilidad.

Lo que se hacía era presumir de pleno derecho que el menor de edad era inimputable. Este nuevo modelo de justicia le ampara considerándolo al interior del proceso penal como un sujeto de derechos, de lo cual le despojaba el modelo de justicia tutelar en la visión de situación irregular.

3. Considero que el legado más relevante del estudio abordado es que se deben desarrollar de manera imperativa los conceptos de inimputabilidad, responsabilidad penal juvenil e irresponsabilidad penal juvenil con la misión de armonizar la antinomia jurídica que se ha planteado; así como superar las cuestiones acá propuestas y solucionar las hipótesis viables que implica tener un subsistema penal dentro de un gran sistema punitivo que exige ante todo la legalidad en el trato.

En este punto se deben observar los planteamientos de la Corte Suprema de Justicia en el entendido de que “La existencia y el grado de responsabilidad penal

---

<sup>166</sup> GONZÁLEZ NAVARRO, Óp. cit., p. 78.

de cada menor implicado en la comisión de un delito durante el conflicto tiene que ser evaluado en forma individual, con la debida atención no sólo a su corta edad y su nivel de desarrollo psicológico, sino también a una serie de factores que incluyen (a) las circunstancias específicas de la comisión del hecho y (b) las circunstancias personales y sociales del niño o adolescente implicado, entre ellas si ha sido, a su turno, víctima de un crimen de guerra de la mayor seriedad; así mismo, en cada caso concreto deberá establecerse (c) ***el grado de responsabilidad que cabe atribuir a los culpables del reclutamiento del menor que impartieron las órdenes,*** (d) ***la responsabilidad de quienes, además de los reclutadores, han obrado como determinadores de su conducta –entre otras, bajo la amenaza de ejecución o de castigos físicos extremos, como se mencionó en acápite precedentes-***, y (e) *la incidencia de estas circunstancias sobre la configuración de los elementos de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad necesarios para la existencia de un delito.* También habrá de determinarse en cada caso individual (f) si es posible, por las conductas específicas y concretas del menor involucrado, que su comportamiento configure un determinado delito político a pesar de haber sido reclutado, si fuere el caso, en forma contraria a su voluntad, así como (g) la relación entre la configuración de estos delitos políticos y la posible responsabilidad penal que proceda por los delitos conexos, al igual que (h) las conductas que quedarían excluidas de su órbita, tales como la ferocidad, barbarie, terrorismo, etc. Estos son factores a los que el juzgador individual habrá de conferir la mayor trascendencia dentro de su análisis de responsabilidad. En esta medida, los procesos judiciales que se adelanten en relación con los menores combatientes, si bien deben ser respetuosos de la totalidad de las garantías que rodean el juzgamiento de menores infractores, deben además tener un carácter especialmente tutelar y protectorio de los niños o adolescentes implicados, por su condición de víctimas de la violencia política y por el status de protección especial y reforzada que les

confiere el Derecho Internacional en tanto menores combatientes – carácter tutelar que hace imperativa la inclusión de este tipo de consideraciones en el proceso de determinación de la responsabilidad penal que les quepa, así como de las medidas a adoptar. Todo ello sin perjuicio de la coordinación entre las autoridades judiciales competentes y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, encargados de desarrollar el proceso de protección y reinserción social que ordena la ley<sup>167</sup> (Cursiva, negrilla y subrayado fuera del original).

---

<sup>167</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Proceso n.º 32889 Magistrado Ponente JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ, febrero veinticuatro (24) de dos mil diez (2010).

## BIBLIOGRAFÍA

AGUDELO BETANCUR, Nodier. Homicidio en las circunstancias del numeral 5 del artículo 324 del Código Penal. Revista nuevo foro penal n° 27, 1.985.

ARBOLEDA VALLEJO. Mario. Código Penal y de procedimiento penal colombiano. Vigésima sexta edición. Bogotá. Editorial Leyer, 2010.

ARBOLEDAD, Carlos Ignacio. Et al. La inimputabilidad del menor en el sistema penal colombiano. Revista Univesrsitas Estudiantes. N° 7. (Enero-diciembre de 2010):

[http://www.javeriana.edu.co/Facultades/C\\_Juridicas/pub\\_rev/univ\\_est/documents/7Laimputabilidad.pdf](http://www.javeriana.edu.co/Facultades/C_Juridicas/pub_rev/univ_est/documents/7Laimputabilidad.pdf)

ARCHILA, José Antonio. Código penal. Ley 95 de 1936. Bogotá. Editorial Cromos, 1.938.

----- . Anteproyecto del código penal colombiano. Bogotá. Editorial Cromos. 1.974.

BOTERO BERNAL, Andrés y MUÑOZ GAVIRIA, Diego Alejandro. Análisis socio jurídico del sistema de responsabilidad penal juvenil: Énfasis en el caso colombiano. En: Revista Opinión Jurídica. Volumen 4, N° 7 (Enero-Junio 2.005).

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-839 del 09 de Agosto de 2.001, Referencia: expediente D-3387. M.P. Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA.

----- . CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-370 del 14 de Mayo de 2.002,

Referencia: expediente D-3751. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

-----, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-578 del 30 de Julio de 2002.

Referencia: expediente LAT-223. M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

-----, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-203 de 08 de Marzo de 2005.

Referencia: expediente D-5366. M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

-----, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-355 del 10 de Mayo 2006.

Referencia: expedientes D- 6122, 6123 y 6124. M.P. Dr. Jaime Araujo Rentería y Dra. Clara Inés Vargas Hernández.

-----, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-684 del 30 de Septiembre de

2.009. M.P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

-----, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-842 de Octubre 27 de 2010.

Referencia: Expediente D-7811. M.P. Dr. Mauricio González Cuervo.

-----, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal, Sentencia del 25 de Febrero de 1.998, Proceso n.º 10746 M.P. Dídimo Páez Velandia.

-----, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal, Sentencia del 28 de Abril de 1.998, Proceso n.º 11248. M.P. Dr. Ricardo calvete Rangel.

-----, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal, Sentencia del 4 de abril de 2001, Proceso n.º 10868. M.P. Fernando Arboleda Ripoll.

----- . CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal, Sentencia del 06 de Abril de 2005, Proceso n.º 21356. M.P. Mauro Solarte Portilla.

----- . CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal, Sentencia de febrero 24 de 2010, Proceso n.º 32889 M.P. José Leónidas Bustos Martínez.

ESTRADA VELEZ, Federico. Derecho Penal parte general 2da Edición. Bogotá. Editorial Temis, 1.986.

GONZALES NAVARRO, Antonio Luis. La responsabilidad penal de los adolescentes. Bogotá. Editorial Leyer, 2007.

LOZANO Y LOZANO, Carlos. Elementos de derecho penal. 2ª ed. Bogotá: Ediciones Lerner, 1.961.

MARÍN, Luis Carlos. Actas del nuevo código penal colombiano. Pequeño foro. Bogotá., 1.981.

Ministerio de justicia. Proyecto de código penal colombiano. Bogotá. Imprenta nacional, 1978.

MOJICA ARAQUE, Carlos Alberto, et al. Derecho Penal-Parte general-Fundamentos. Medellín. Sello editorial Universidad de Medellín, 2010.

PABON PARRA, Pedro Alfonso. Comentarios al nuevo sistema de responsabilidad penal para adolescentes. Bogotá, Ediciones doctrina y ley Ltda., 2007.

----- . La inimputabilidad: Comentarios comparativos al código penal vigente y a la ley 599 de 2.000. En Revista de derecho penal N°23 (2.001).

[REYES ECHANDIA, Alfonso](#). Derecho penal Colombiano: parte general. Bogotá. Editorial Universidad externado de Colombia, 1.964.

----- . Derecho penal parte general. 11ª edición. Bogotá. Editorial TEMIS S.A, 1987.

----- . Derecho penal: parte general. Bogotá. Editorial Universidad externado de Colombia, 1.987.

----- . Derecho penal parte general. 7ª edición. Bogotá. Editorial Universidad externado de Colombia, 1.980.

----- . Derecho penal parte general. 5ª edición. Bogotá. Editorial Universidad Externado de Colombia, 1.977.

----- . Imputabilidad. Quinta edición. Bogotá. Editorial TEMIS S.A., 2004.

----- . La imputabilidad. 2ª Edición. Bogotá. Editorial Universidad Externado de Colombia, 1.978.

[REYES ECHANDIA, Alfonso](#).. La punibilidad. Bogotá. Editorial Universidad Externado de Colombia, 1.978.

Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Nuevo código de infancia y adolescencia: Antecedentes, análisis y trámite legislativo. Bogotá, Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 2007.

VELASQUEZ VELASQUEZ. Fernando. Derecho penal-parte general-. 4ª ed. Medellín: Librería Jurídica comlibros, 2009.

### **Web grafía:**

COLOMBIA. ALTA COMISIONADA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA REINSERCIÓN. Bases de datos biblioteca. [Base de datos en línea]. [Consultado 10 Oct.2010]. Disponible en <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/01017.pdf>.

----- . Coalición contra la vinculación de niños, niñas y jóvenes al conflicto armado en Colombia. Bases de datos de documentos legislación colombiana sobre niñez. [En línea]. [Consultado 20 Abril. 2011]. Disponible en [http://www.coalico.org/publicaciones/legislacion\\_colombiana.htm](http://www.coalico.org/publicaciones/legislacion_colombiana.htm).

----- . Consejo Superior De La Judicatura. Base de datos documentales. [Base de datos en línea]. [Consultado 25 Enero.2011]. Disponible en <<http://www.ramajudicial.gov.co/csj/downloads/UserFiles/File/ALTAS%20CORTES/CONSEJO%20SUPERIOR/CENDOJ/Series%20documentales/Contenido%20Sistema%20Penal%20para%20Adolescentes.pdf>>

----- . INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR. Bases de datos de normatividad y legislación. [Base de datos en línea]. [Consultado 10 Oct.2010]. Disponible en [http://www.icbf.gov.co/transparencia/derechobienestar/codigo/codigo\\_penal\\_1980\\_pr001.html#34](http://www.icbf.gov.co/transparencia/derechobienestar/codigo/codigo_penal_1980_pr001.html#34) >.

----- . MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL. Una ley para que de verdad los niños y las niñas sean primero. [Base de datos en línea]. [Consultado 20 Abril.2011]. Disponible en <http://www.mineducacion.gov.co/cvn/1665/article-108806.html>.

----- . MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA. Bases de datos de proyectos legislativos. [Base de datos en línea]. [Consultado 17 Mayo 2011]. Disponible en <http://www.mij.gov.co/Ministerio/NewsDetail/335/1/SeguridadCiudadana>.

----- . Secretaria del Senado. Base de datos Leyes. [base de datos en línea]. [Consultado 25 Enero.2011]. Disponible en [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2006/ley\\_1098\\_2006\\_pr003.html#158](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2006/ley_1098_2006_pr003.html#158) >