



---

# **Responsabilidad penal juvenil en Colombia: de la ideología tutelar a la protección integral**

**Dinnora Jiménez Marín**  
Abogada Facultad de Derecho y  
Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia.  
Correo electrónico: [dijima@yahoo.com](mailto:dijima@yahoo.com)

## **Responsabilidad penal juvenil en Colombia: de la ideología tutelar a la protección integral\***

### **Resumen**

En contraposición a la tradicional doctrina de la “situación irregular”, el modelo de la “protección integral” que orienta la nueva legislación sobre menores en Colombia parte de la consideración del niño y el adolescente como sujetos de derechos. Por ello la legitimidad de la intervención penal en este ámbito presupone la satisfacción de las garantías que la Constitución consagra para todas las personas. El presente trabajo destaca de manera sucinta los cambios que en esta materia supuso el paso del Código del Menor (Decreto 2737 de 1989) al Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2008).

**Palabras clave:** Responsabilidad penal juvenil, ideología tutelar, protección integral, legislación, Código del Menor, Código de la Infancia y la Adolescencia, Derecho Penal.

---

\* Artículo presentado como trabajo de grado para optar al título de Abogada. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia.

## Introducción

El tema del tratamiento penal de los niños y de los adolescentes ha sido desde siempre objeto de preocupación para el derecho. Sin embargo, a lo largo de la historia dicho tratamiento ha oscilado entre dos ideas antagónicas: por un lado, la del joven indefenso o, en el mejor de los casos, en proceso de formación, y en cuanto tal necesitado de acompañamiento y comprensión. Y, por otro, la del delincuente juvenil peligroso, perteneciente a una “banda”, y de quien hay que defenderse. En otras palabras, si los de víctima y victimario se ha dicho que son roles fácilmente intercambiables en el ámbito de la justicia penal,<sup>1</sup> no cabe duda de que la justicia penal de menores constituye un buen ejemplo de ello.

Por lo anterior, no es de extrañar que en Colombia, como en tantos otros lugares del mundo y de América Latina en particular, haya perdurado hasta hace muy pocos años una ideología que entendía al niño y al adolescente como un sujeto “inmaduro” e “incapaz”, pero no para apoyarlo y satisfacer sus verdaderos derechos y necesidades, sino para excluir del discurso sobre los menores las exigencias derivadas del Estado de Derecho, vigentes en la intervención penal de adultos. Esta llamada “doctrina de la situación irregular” o “ideología tutelar” estuvo rigiendo, en mayor o menor grado, la legislación sobre menores en Colombia durante muchos años.

Recientemente, sin embargo, se expidió la Ley 1098 de 2006, la cual recogió la doctrina que durante muchos años fueron elaborando los organismos internacionales encargados de velar por los derechos de los niños, que se plasmó en la Convención de los Derechos del Niño, aprobada en Colombia mediante la Ley 12 de 1991. Tal doctrina es conocida como de la *protección integral*.

La incorporación de esta nueva filosofía a nuestra legislación supuso también unos importantes cambios en el sistema de responsabilidad penal juvenil, en comparación con la respuesta penal característica del sistema anterior. El presente trabajo busca precisamente destacar de manera sucinta los cambios que en esta materia supuso el paso del Código del Menor (Decreto 2737 de 1989) al Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2008).

### **A. La legislación penal de menores: de la ideología tutelar a la protección integral**

#### **1. Aspectos generales**

Antes del siglo XVII los menores se integraban totalmente al mundo de los adultos. La infancia se encontraba en el centro de la familia y el menor perdía totalmente su autonomía pues se debía proteger, y es por esto que en esta época existían dos categorías de niños: los infantes, que eran aquellos que asistían a la escuela y tenían familia, y los menores, que se encontraban excluidos, ya que no contaban ni con familia y mucho menos asistían a la escuela. Para los últimos existía el Tribunal

<sup>1</sup> Así, HASSEMER, Winfried y MUÑOZ Conde, Francisco (1989). *Introducción a la criminología y el derecho penal*. Tirant lo Blanch, Valencia. págs. 29-31.

de Menores que era la introducción de esa cultura sociojurídica de la protección-represión. En 1899 se creó el primer Tribunal de Menores en Illinois (Estados Unidos); posteriormente en Suramérica, en Argentina (1919) y en Venezuela (1939). Ya para ese entonces en Latinoamérica se introducía la idea en un contexto del pensamiento positivista.<sup>2</sup>

Esta cultura de la protección-represión se conoce como la doctrina de la situación irregular, la cual se configuró como resultado de las alternativas de las políticas sociales básicas en el contexto latinoamericano. Por ello se creó un marco jurídico que legitimara la intervención estatal discrecional a los menores, ya que a raíz de la crisis de los treinta, la masiva inmigración y la carencia de recursos y falta de voluntad política, se generó un ambiente propicio a esta judicialización. Es por ello que se dice que el menor delincuente “es un producto de la sociedad industrial”.

Luego, en los años cincuenta, los menores pasaron a ser objetos de derecho, objetos de las políticas públicas, de las políticas distribucionistas, siendo éste el momento en que los jueces adquirieron una facultad discrecional de declarar en abandono material o moral al menor. Posterior a ello, en los años setenta, hubo una disminución considerable del gasto social público, presentándose simultáneamente un crecimiento de menores que se agudizó en la época de los ochenta. A finales de esta década se da el cambio de paradigma de la situación irregular a la doctrina de la protección integral.

La doctrina de la situación irregular tiene sus inicios en el siglo XIX en Estados Unidos y Europa, desde donde se expande como una cultura de la compasión-represión, que en Latinoamérica asume la forma de doctrina de la situación irregular.

Como si fuera poco, esta doctrina legitima al Estado para interferir absolutamente frente a estos sujetos vulnerados, de ahí que el Juez de Menores interviene con la figura del “buen padre de familia” y se aleja de su verdadera función jurisdiccional, lo que se ve reflejado claramente en la ideología de la “compasión-represión”.<sup>3</sup>

A finales de la década de los ochenta se presentó un cambio de paradigma de la doctrina de la situación irregular a la doctrina de la protección integral, cuyo precedente directo es la Declaración Universal de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en noviembre de 1989, y que tiene como base cuatro instrumentos que son: la Convención Internacional de los Derechos del Niño, las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil (Reglas de Beijing), las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Protección de los Jóvenes Privados de Libertad y las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad).

---

<sup>2</sup> Al respecto véase a GARCÍA Méndez, Emilio (1994). *Derecho de la infancia-adolescencia en América Latina: de la situación irregular a la protección integral*. Forum Pacis. Bogotá. págs. 22 y ss.

<sup>3</sup> Cfr. GARCÍA Méndez, Emilio (1999). *Infancia-Adolescencia. De los derechos y de la justicia*. Fontamara. México. págs. 76 y ss.

De este modo, esta Convención cambia totalmente el concepto que se tenía de la infancia; del menor como objeto de la compasión-represión a la condición de infancia-adolescencia como sujeto pleno de derechos, dado que en dicha Convención encuentran consagración y desarrollo formal los principios jurídicos básicos sustancial y procesal del derecho (principio de humanidad, principio de legalidad, principio de jurisdiccionalidad, principio de contradicción, principio de inviolabilidad a la defensa, principio de impugnación, principio de legalidad del procedimiento y principio de publicidad del proceso).

En este sentido, la doctrina de la protección integral reconoce al niño y al adolescente como sujetos plenos de derechos, puesto que se prohíben los arrestos ilegales o arbitrarios y se reconoce el principio constitucional de que ningún habitante del país podrá ser detenido, a menos que sea en flagrancia o por una orden judicial escrita y expedida por una autoridad judicial competente.

El juez debe interpretar correcta y ponderadamente la Ley para la Infancia, valga decir: la división de competencias y responsabilidad con el Ministerio Público y que el menor o el adolescente siempre deben estar en presencia de un abogado que defienda sus derechos, lo cual se ha entendido como las bases mínimas para pasar de una ley arbitraria a una ley justa. De esta manera el adolescente infractor comienza a mirarse como una categoría jurídica y no como una categoría sociológica.

## 2. Tratamiento jurídico penal del menor

Es importante destacar el cambio fundamental de paradigma de los menores como objeto de la compasión-represión a la infancia-adolescencia como sujeto pleno de derechos. Desde este punto de vista quizás la consecuencia más importante de la mencionada ideología tutelar orientadora durante muchos años del tratamiento jurídico del menor, fue la consideración de éste, como ya se dijo, como objeto de tutela y no como sujeto de derechos frente a la intervención punitiva estatal. Este aspecto aparece reflejado de manera clara en el tratamiento jurídico penal del menor, dada su consideración como un sujeto *incapaz* de comprender o de autodeterminarse a actuar conforme a derecho en razón de su edad, para lo cual se recurrió a la noción de imputabilidad.

En efecto, la imputabilidad de un individuo se predica cuando:

Se le puede atribuir plenamente las consecuencias de actos que constituyan violaciones a conductas previamente descritas en las leyes como crímenes, faltas o contravenciones. Por el contrario, son inimputables aquellos individuos que en razón de algunas características definidas por la ley (edad, estado de salud mental, etc.) no se les puede atribuir las mismas consecuencias que el Código Penal o leyes conexas prevén para aquellos individuos que la ley considera imputables.<sup>4</sup>

<sup>4</sup> GARCÍA Méndez, Emilio (1999). *Infancia-Adolescencia. De los derechos y de la justicia*, op. cit., págs.188-189. Sobre el tema de la imputabilidad del menor, véase también a CANTARERO, Rocio (1988). *Delincuencia juvenil y sociedad en transformación (derecho penal y procesal de menores)*.

Este problema sobre la imputabilidad e inimputabilidad también se ve reflejado en el tema de la culpabilidad. De acuerdo con el derecho penal de culpabilidad propio de los postulados clásicos, sólo frente a quien es declarado culpable de un hecho típico y antijurídico puede afirmarse responsabilidad penal. Por esta razón, dado que el inimputable no actúa de forma culpable, queda por fuera del sistema de responsabilidad (y de garantías) propio del derecho penal de culpabilidad. Es así como revive el derecho penal de autor, donde hay que revisar la peligrosidad del inimputable, pues si es del caso se le podría aplicar una medida de seguridad que podría ser el internamiento, que para el caso de los menores tiene una finalidad terapéutica o tutelar.

Esta aplicación de la medida de seguridad a los menores viene a demostrar la contradicción interna del sistema penal, pues “la idea del sistema de derecho penal de que sólo es posible la aplicación de una pena al sujeto que ha cometido culpablemente un delito, frente al inimputable (quien teóricamente actúa sin culpabilidad) reacciona con medidas que en poco o nada se diferencian de las penas”.<sup>5</sup>

Por eso el derecho penal ha tenido que recurrir al sistema tutelar de menores para justificar la respuesta penal frente al menor delincuente, toda vez que ha representado ser el medio más idóneo para el control de la peligrosidad que la delincuencia juvenil representa para el orden social.

Por consiguiente, no se puede afirmar que el inimputable se encuentre excluido del derecho penal, como a veces se dice, sino más bien del derecho penal de culpabilidad, pues su consideración como inimputable en realidad genera su asignación a otro sistema igualmente punitivo pero sin las limitaciones al menos formales propias del derecho penal ordinario, como son, entre otros, el principio de legalidad y el principio de proporcionalidad. Se recurre ahora, para justificar la intervención penal en este ámbito, a la noción de peligrosidad, la cual por su vaguedad no alcanza a constituir ninguna garantía para el individuo y antes que un límite se erige más bien en un pretexto que facilita la intervención penal.<sup>6</sup>

De esta manera se produce una especie de bifurcación del sistema penal: por un lado el derecho penal de culpabilidad, el cual presupone la imputabilidad del individuo y en el cual encuentran plena vigencia los principios liberales que limitan la intervención punitiva estatal, tales como el de legalidad, proporcionalidad, humanidad, defensa, etc; por otro, para los inimputables, es decir, para los “incapaces de culpabilidad”, se crea un sistema penal fundado ya no en la filosofía de las garantías liberales sino en los principios de la defensa social: prevención especial, peligrosidad, medidas de seguridad, sentencias indeterminadas, etc.

---

Montecorvo. Madrid; GONZÁLEZ ZORRILLA, Carlos (1983). *Minoría de edad penal, imputabilidad y responsabilidad*. En: *Documentación Jurídica* número 37/40. Madrid; y BUSTOS Ramírez, Juan (1994). *Imputabilidad y edad penal*. En AAVV: *Criminología y derecho penal al servicio de la persona*. Libro en homenaje al Profesor Antonio Beristain. Instituto Vasco de Criminología. San Sebastián.

<sup>5</sup> SOTOMAYOR Acosta, Juan Oberto (1996). *Inimputabilidad y Sistema Penal*. Temis. Bogotá. pág.105.

<sup>6</sup> Cfr. *Ibidem*. págs. 135 y ss.

No debe extrañar entonces que también la justicia penal juvenil se haya erigido a partir de muchos de los postulados de la ideología positivista, con el agravante de que al asignársele a las medidas aplicables a los menores una finalidad supuestamente no penal sino “tutelar” o de “protección”, se consideraron innecesarias las garantías penales tradicionales. De ahí que algunos hayan entonces calificado dicho modelo de intervención como una “reacción penal reforzada”.<sup>7</sup>

Esta situación logra transformarse con la doctrina de la protección integral, en la cual surge la categoría jurídica del niño y el adolescente *infractor*, que, por lo tanto, sólo puede ser juzgado por la trasgresión de la ley y que: se le haya imputado dicha violación, se le haya realizado un debido proceso y se le hayan respetado las garantías procesales.

## **B. El sistema de responsabilidad penal juvenil en el Código del Menor (Decreto 2737 de 1989)**

### **1. La doctrina de la situación irregular como fundamento del Código del Menor**

El 1 de marzo de 1990 comenzó a regir el Código del Menor (Decreto 2737 de 1989), el cual, como ya se explicó, se encontraba enmarcado en la doctrina de la protección del menor, con una finalidad eminentemente pedagógica, de protección y rehabilitación frente a la reacción penal del menor.

Pese a esta plausible orientación teleológica de las medidas imponibles al menor infractor, en Colombia la realidad muestra otra cosa, pues la familia, aunque es el núcleo de la sociedad y es quien debe atender los requerimientos del menor, no siempre puede cumplir la misión que socialmente se le ha asignado, ya que en nuestro país para acceder a los mínimos elementos para vivir es necesario que no sólo el padre de familia trabaje sino que además también la madre lo haga. De esta manera, ese puesto de los padres, debido al mínimo tiempo con que cuentan para su cuidado, es ocupado por la “gallada”, con quien además el menor se siente identificado pues sus problemas y el de los demás son semejantes.

Otro aspecto a resaltar es que, en muchos casos, el menor debe buscar medios para su subsistencia y la de los otros miembros de su familia, y eso crea al niño de la calle, quien es explotado laboralmente, se prostituye y se integra a diversas formas de delincuencia,<sup>8</sup> ya que estos menores con carencias socioeconómicas y de estratos bajos son catalogados como delincuentes y, por lo tanto, su conducta es catalogada como “desviada” o “irregular”. Es así como al fracasar la institución

<sup>7</sup> ANDRÉS Ibáñez, Perfecto (1986). *El sistema tutelar de menores como reacción penal reforzada*. En: CLEMENTE Díaz, Miguel (coord.); JIMÉNEZ Burillo, Florencio (coord.). *Psicología social y sistema penal*. Alianza Editorial. págs. 209-228.

<sup>8</sup> LONDOÑO Berrío, Hernando; SOTOMAYOR Acosta. Juan Oberto (1990). *El Código del Menor: ¿una nueva política criminal?* En: *Nuevo Foro Penal* número 49. Editorial Temis. Bogotá. pág.317

“familia”, el Estado interviene penalmente pero con una finalidad supuestamente protectora frente al menor.

No obstante, esa función protectora se desdibuja cuando el menor es privado de su libertad, con el argumento de que resulta lo más adecuado y mejor para él, puesto que se encuentra en un entorno de pobreza o “insolvencia moral” que se debe proteger con el encierro. De esta manera, y a partir de estos planteamientos, la práctica de la justicia penal de menores convierte el sistema de responsabilidad penal juvenil en un mecanismo más de selectividad y discriminación, pues al fin de cuentas el ingreso al sistema lo determina la pertenencia del sujeto a una familia desestructurada, lo cual suele predicarse, principalmente, de los sectores sociales más pobres y marginados.

Esta ideología resulta a todas luces cuestionable: por un lado, por cuanto reproduce la idea de que la criminalidad juvenil es un problema casi exclusivo de las personas pertenecientes a los estratos sociales más bajos, con lo cual se construye el estereotipo del delincuente juvenil a partir de las características de los jóvenes de estratos bajos. Así mismo, reproduce las desigualdades sociales, por cuanto el ingreso del joven en el ámbito de la justicia penal juvenil aumenta su exclusión social, al tiempo que la estructura social se mantiene inmune como factor que de alguna manera explica la existencia de la criminalidad de los jóvenes.

Como si fuera poco, dado que el problema supuestamente está en la desadaptación social del joven o en su entorno familiar y no en la sociedad, las medidas que se proponen como solución se dirigen de forma exclusiva a él, pero sin renunciar a un contenido represivo que se ve notoriamente potencializado por el hecho de no existir en el ámbito de la justicia penal juvenil un sistema de garantías semejante al del derecho penal de adultos.

## **2. La responsabilidad penal del menor**

Según el modelo constitucional, “el sistema de derecho penal tiene como una de sus misiones principales la de delimitar las fronteras entre el derecho y la arbitrariedad. Por ello también se convierte en sistema de garantías y sólo en tal sentido encuentra justificación.”<sup>9</sup>

No obstante, en la legislación anterior el menor quedaba por fuera de este sistema de garantías penales, o al menos de un importante número de ellas, a pesar de que para dicho Código los derechos de los niños prevalecían sobre los derechos de los demás (artículo 44). En efecto, se consideraba al menor de dieciocho (18) años inimputable para todos los efectos penales, pero esta inimputabilidad por minoría de edad no implicaba necesariamente la exclusión de la sanción, ya que de todas maneras el menor de 18 y mayor de 12 años podía ser sometido a otras sanciones penales, diferentes de la pena prevista para los adultos, pero sanciones al fin y al cabo.<sup>10</sup>

---

<sup>9</sup> SOTOMAYOR Acosta, Juan Oberto (1996). *Op. cit.* pág. 250

<sup>10</sup> El carácter sancionatorio de las medidas aplicables a los sujetos catalogados como inimputables, bien por trastorno mental o inmadurez psicológica, o bien por minoría de edad, ha sido destacado por



La primera dificultad que enfrentaba la anterior legislación tenía que ver con la consideración misma del menor como inimputable, pues entendida ésta como un juicio de “incapacidad” de comprensión, no sólo resulta negada por la realidad sino, además, convertida en un mecanismo de descalificación existencial del sujeto,<sup>11</sup> por lo que se termina desconociendo el carácter de persona del menor, pues ello es tanto como desconocer la existencia de un ser autónomo dotado de derechos y obligaciones, lo cual lleva a que el menor sea visto y tratado como un ser dependiente del Estado al que hay que proteger.

Como si fuera poco, el anterior Código del Menor tenía un carácter eminentemente pedagógico y de protección. No es otra cosa, sin embargo, que el fin asignado a una medida de carácter penal, la cual no hace más que legitimar medidas como el encierro “tutelar”, mediante el que se dice estar protegiendo al menor al privarlo de la libertad, pero con la considerable desventaja de que no goza de los mismos derechos que los adultos al momento de ser acusado de infringir la ley penal.

Los artículos 166, 167 y 169 establecieron la edad para juzgamiento del menor infractor entre los doce (12) y dieciocho (18) años, señalando que los jueces de menores o promiscuos de familia conocerían en única instancia de las infracciones de la ley penal en que intervengan como autores o partícipes los mayores de doce (12) años y menores de dieciocho (18) años, con lo cual se produce una flagrante violación de la garantía de la doble instancia.

Asimismo, el artículo 166 disponía que -durante el proceso- el menor podía estar asistido por el defensor de familia o por su apoderado “si lo tuviese”, situación que refleja una flagrante violación al artículo 29 de la Constitución Política que afirma que todos tenemos derecho a un debido proceso, lo cual significa también derecho a la defensa y por consiguiente a un abogado, bien sea escogido por uno mismo o nombrado de oficio.

Pese a esta clara exigencia constitucional, el Código del Menor siguió aplicándose una vez expedida la Constitución de 1991 por fuera del marco constitucional, pues en la práctica al menor se le imponían medidas sin que hubiera un abogado que lo representara y garantizara su derecho a la defensa, bajo el entendido de que dicha función podía cumplirla el defensor de familia. Todo ello pese a que el artículo 164 del mismo estatuto expresamente establecía: “igual que todos los demás procesos, en aquellos donde se involucre un menor se respetarán las garantías procesales consagradas en la Constitución y en las leyes, especialmente las que se refieren a la presunción de inocencia, al derecho de defensa y a ser informado de las circunstancias de su aprehensión.”

---

SOTOMAYOR Acosta, Juan Oberto (1996). *Op. cit.* págs. 162 a 170. En igual sentido, AGUDELO Betancur, Nódier (1984). *Inimputabilidad y responsabilidad penal*. Editorial Temis. Bogotá. págs. 47-49.

<sup>11</sup> Al respecto, en un sentido crítico, BUSTOS Ramírez, Juan (1992). *La imputabilidad en un Estado de Derecho*. En: *Bases críticas de un nuevo derecho penal*. Editorial Temis. Bogotá. págs. 88 y 89.

En consecuencia, conforme al Código de 1989, el sistema de responsabilidad penal del menor podría resumirse de la siguiente manera:<sup>12</sup>

En primer lugar, los jóvenes de 12 años deben considerarse inimputables en cuanto exentos de pena. De la misma manera, también deben ser considerados como sujetos carentes de responsabilidad penal, ya que para ellos no se prevé sanción penal alguna. Estos menores podrán quedar sometidos a medidas de carácter administrativo, siempre y cuando sean declarados en “situación de abandono o de peligro”, caso en el cual la medida administrativa no encuentra fundamento en la comisión de un delito sino en la existencia de una “situación de abandono o de peligro” del menor (la que de todas formas deberá comprobarse siempre en cada caso concreto), de la que, a lo sumo, la comisión del delito podrá entenderse como indicio.

Por su parte, si bien los mayores de 12 y menores de 18 años también se encuentran exentos de pena, y en tal sentido deben ser igualmente considerados como inimputables, a diferencia de los menores de 12 años sí son penalmente responsables de los hechos delictivos que realicen, pues son sancionados. Lo que sucede es que, dada su condición de menores y por fundadas razones, incluso de rango constitucional,<sup>13</sup> son merecedores de una respuesta penal diversa, adecuada a su edad; de ahí que no se les impongan las sanciones previstas en el Código Penal sino las establecidas en el Código del Menor.

### 3. El juzgamiento

El artículo 209 establecía que “será obligatoria la ubicación del menor en una institución de carácter cerrado, en los siguientes casos: 1. Cuando se trate de una infracción a la ley penal, cometida mediante grave amenaza o violencia a las personas; 2. Por reiterada comisión de infracciones penales y 3. Por incumplimiento injustificado de la medida anteriormente impuesta.”

Aún cuando desde el punto de vista teórico las garantías procesales tienen plena vigencia para el inimputable, y por lo tanto la imposición de las medidas acabadas de mencionar presupone el efectivo cumplimiento de las exigencias constitucionales vinculadas al debido proceso, lo cierto del caso es que en el anterior Código del Menor se veía claramente reflejada una disminución de estas garantías a la hora de los procesos frente a los menores, debido a la informalidad que históricamente ha caracterizado a los sistemas de control de los menores.<sup>14</sup>

En primer término, la ley no limitó la imposición de las medidas privativas de la libertad, las cuales podrían entonces imponerse en cualquier caso, de manera independiente a la gravedad del delito. Así mismo, respecto al tiempo máximo de condena de privación de la libertad, sólo a modo de restricción consagró en el

<sup>12</sup> Al respecto, SOTOMAYOR Acosta, Juan Oberto (1998). *¿Responsabilidad o irresponsabilidad penal del menor?: un falso dilema*. En: *Estudios de Derecho*, número 130. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia. Medellín.

<sup>13</sup> SOTOMAYOR Acosta, Juan Oberto (1996). *Op. Cit.* págs. 258-260

<sup>14</sup> Al respecto, *Ibidem.* págs. 274-277.

artículo 217 lo siguiente: “si estando vigente la medida el menor cumpliera dieciocho (18) años, ésta continuará en vigor hasta obtener su rehabilitación, pero no se prolongará más allá de la fecha en que éste cumpla veintiún (21) años. En ningún caso podrá cumplirse estas medidas en sitios destinados a infractores mayores de edad.”

De otra parte, se estableció un procedimiento en el cual las funciones de investigación y juzgamiento se encontraban en cabeza del mismo funcionario (juez de menores), en claro detrimento del principio acusatorio y de la imparcialidad del juez (artículos 178 a 202). En igual sentido, se aludió ya a las deficiencias de la legislación de 1989 en materia de derecho de defensa, toda vez que, en algunas ocasiones, el estatuto del menor se refería al abogado defensor del menor “si lo tuviere” o “si lo hubiere” (artículos 185, 191 y 199), como si el derecho de defensa fuera algo facultativo y no una exigencia de rango constitucional.

Según el artículo 184: “Los menores deberán ser puestos a disposición del juez o autoridad competente el primer día hábil siguiente a la fecha de la aprehensión”; y aunque este artículo fue declarado exequible por la Corte Constitucional en Sentencia C-019 de 1993, lo hizo bajo el entendido de que se interprete y aplique en el sentido de que el menor deberá ser puesto a disposición del juez o autoridad competente el primer día hábil siguiente a la fecha de su aprehensión, siempre y cuando ese término no exceda las 36 horas establecidas en la Constitución Política en su artículo 28 como plazo máximo de retención para cualquier persona.

Como se indicó antes, se desconocía también la garantía de la doble instancia (artículo 167), la cual sólo fue admitida por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-019 de 1993 para aquellos eventos en los cuales la medida fuera privativa de la libertad, en razón de que la Convención de los Derechos del Niño establece el derecho del niño a impugnar la imposición de medidas privativas de la libertad.

### **C. El sistema de responsabilidad penal juvenil en el Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006)**

#### **1. La doctrina de la protección integral como fundamento de la nueva legislación: las exigencias del derecho internacional**

En los últimos años se ha generado una profunda crisis del sistema de justicia penal en Colombia, que ha conllevado a diferentes reformas penales.<sup>15</sup> Una de las más importantes ha sido precisamente la del Código de la Infancia y la Adolescencia, mediante la cual se pretendió actualizar la legislación de menores conforme a las exigencias de la Convención de los Derechos del Niño aprobada en nuestro país mediante la Ley 12 de 1991. Y ello fue así por cuanto ya en reiteradas ocasiones la Corte Constitucional colombiana había tenido la oportunidad de señalar la existencia

<sup>15</sup> Al respecto, SOTOMAYOR Acosta, Juan Oberto (2008). *Las recientes reformas penales en Colombia: Un ejemplo de irracionalidad legislativa*. En: DÍEZ Ripollés, J. L.; GARCÍA Pérez O (coord.). *La política legislativa penal iberoamericana en el cambio de siglo. Una perspectiva comparada (2000-2006)*. Montevideo-Buenos Aires-Madrid, BdeF-Edisofer. págs. 75-118.

de compromisos internacionales que de alguna manera debían conducir a una reforma de la legislación existente, con el fin de ponerla a tono con los estándares internacionales sobre la materia.<sup>16</sup>

## 2. El Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006)

Como primera y más importante referencia a los derechos de los niños, en el ordenamiento jurídico colombiano se encuentra la propia Constitución Política de 1991, que consagró la protección especial de los niños al disponer en su artículo 44 que son derechos fundamentales de los mismos la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión.

La Ley 1098 de 2006, por medio de la cual se establece el Código de la Infancia y la Adolescencia, entró a regular la responsabilidad penal de los niños y adolescentes tratando de adecuarse a las exigencias del derecho internacional antes referidas. Dicho Código entró a regir el 1 de enero de 2007, si bien está prevista su implementación de manera gradual en la totalidad del territorio nacional, hasta el 31 de diciembre de 2009.

Como han puesto de presente algunos autores, este Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006)

Constituye un buen ejemplo de las contradicciones y vaivenes de la política legislativa penal en Colombia, pues a diferencia de las leyes más recientes, en términos generales puede decirse que satisface en buen grado las demandas de mayores garantías en el ámbito de responsabilidad penal juvenil, no obstante su severidad en materia de privación de libertad, las dudas sobre el tratamiento de los menores vinculados al conflicto armado y de los rasgos de populismo punitivo apreciables en los casos de delitos contra menores (artículos 199 y 200). Ello no deja de llamar la atención, por cuanto el Código fue tramitado en medio de una serie de leyes claramente orientadas al endurecimiento punitivo (leyes 890 de 2004 y 1142 de 2007 por citar sólo dos ejemplos).<sup>17</sup>

Asimismo, no parecen superados aún los estereotipos sociales que tienden a identificar la delincuencia juvenil con la figura del sicario,<sup>18</sup> que se ha concretado en

<sup>16</sup> En efecto, desde la Declaración de Ginebra de 1924, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, la Declaración de los Derechos del Niño, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en noviembre de 1959, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1966 y aprobado por Colombia mediante la Ley 74 de 1968, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1966 y aprobado en Colombia mediante la Ley 74 de 1968, el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), suscrita en 1969 y aprobada en Colombia mediante la Ley 16 de 1972 y finalmente, la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de Noviembre de 1989 y aprobada en Colombia mediante la Ley 12 de 1991.

<sup>17</sup> SOTOMAYOR Acosta, Juan Oberto (2008). *Op. Cit.* p. 96.

<sup>18</sup> En lo que han contribuido enormemente los medios de comunicación y cierta literatura callejera.

el cuestionamiento de la edad de responsabilidad penal juvenil y las permanentes propuestas de bajarla a los 18, 16 ó 14 años, o de volver al caduco criterio del discernimiento.<sup>19</sup>

De la propia exposición de motivos se desprende que el Código de la Infancia y la Adolescencia pretende, como ya se indicara, actualizar la legislación sobre la materia conforme a las exigencias de la Convención de los Derechos del Niño que Colombia había aprobado años atrás (Ley 12 de 1991), después de varios intentos fallidos.

Este compromiso internacional, y sobre todo el hecho de que el proyecto hubiese sido el producto de un trabajo colectivo durante varios años de importantes organizaciones nacionales e internacionales, gubernamentales y no gubernamentales, reunidas bajo la “Alianza por la Niñez Colombiana”,<sup>20</sup> hizo posible la aprobación de una legislación que en términos generales satisface los estándares internacionales sobre la materia, no obstante el complicado trámite en el Congreso de la República, que implicó algunas modificaciones sustanciales, sobre todo en lo atinente a la regulación de las medidas privativas de la libertad (artículo 187).

En el marco de la denominada doctrina de la protección integral (artículo 7), se pueden mencionar como rasgos relevantes en el tema de la responsabilidad penal para adolescentes, los siguientes:

1. Están sometidos al sistema de responsabilidad penal para adolescentes las personas que tengan entre catorce (14) y dieciocho (18) años al momento de realizar el hecho, aumentando de esta manera la edad de los doce (12) años prevista en la legislación anterior (que por cierto se mantenía en el proyecto original presentado a la Cámara). En consecuencia, se excluye cualquier tipo de responsabilidad penal a los menores de catorce (14) años que cometieren un hecho previsto en la ley como punible (artículo 142), al que sólo le serán aplicables las correspondientes medidas de garantía y restablecimiento de derechos previstas en los artículos 51, 52 y 143. En tal caso no sobra aclarar que las medidas que pudieran imponérsele al niño no estarían fundadas en la comisión de un delito sino en la necesidad de restablecer los derechos del menor cuando se encuentren amenazados. Son, pues, medidas administrativas, muy diferentes a aquellas de carácter propiamente *penal* previstas en el artículo 177 de la Ley 1098 de 2006.
2. En cuanto a las medidas imponibles al adolescente, se consagran como sanciones aplicables la amonestación, la imposición de reglas de conducta, la prestación de

<sup>19</sup> Véase los comentarios a algunas de estas propuestas en SOTOMAYOR Acosta, Juan Oberto (1998). Op. Cit. pp. 143 y ss.; GALLEGU García, Gloria María (1997). *Tratamiento jurídico-penal del menor en Colombia*. En: *Jueces para la Democracia*, número. 29, Madrid, 1997. pp. 231 y ss

<sup>20</sup> De la cual, entre otras, formaron parte, la UNICEF, la Oficina contra la Droga y el delito de las Naciones Unidas, la Procuraduría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, etc. Los antecedentes del proyecto de CIA son relatados de forma minuciosa en CONGRESO DE LA REPÚBLICA (2005). Gaceta del Congreso número 551. Exposición de motivos. Imprenta Nacional. Bogotá, Imprenta Nacional. págs 25-26. Disponible en <http://www.secretariasenado.gov.co>. Sobre estos aspectos, véase a SOTOMAYOR Acosta, Juan Oberto (2008). Op. Cit. págs. 96-97.

servicios a la comunidad, la libertad asistida, la internación en medio semi-cerrado y la privación de la libertad en centro de atención especializado (artículo 177). Una diferencia muy importante con el régimen anterior tiene que ver con los criterios para definir la aplicación de las medidas a imponer al joven, los cuales aparecen ahora claramente plasmados en el artículo 178, desapareciendo de esta forma la discrecionalidad que en esta materia caracterizaba la regulación anterior.

3. Otra novedad importante es la relacionada con la imposición de las medidas privativas de la libertad. Según el artículo 187, la privación de la libertad en centro de atención especializada sólo es aplicable, en principio, a las personas entre los dieciséis (16) y los dieciocho (18) años de edad, responsables de delitos “cuya pena mínima establecida en el Código Penal sea o exceda de seis (6) años de prisión”. No obstante, dicha medida podrá imponerse incluso a los sujetos de catorce (14) años en adelante, cuando su responsabilidad sea por homicidio doloso, secuestro o extorsión, evento en el cual la sanción tendrá una duración de dos (2) a ocho (8) años. Aunque según el mismo artículo, en cualquier caso una parte de la sanción privativa de la libertad “podrá ser sustituida por el establecimiento de presentaciones periódicas, servicios a la comunidad, el compromiso de volver a delinquir y guardar buen comportamiento, por el tiempo que fije el juez.”

Esta norma sobre la privación de la libertad fue producto de un intenso debate en el Senado de la República, donde se modificó sustancialmente la mucho más razonable propuesta original;<sup>21</sup> pese a su severidad, es sin embargo preferible a las propuestas de los ponentes en el Senado, que propugnaban la imposición a los adolescentes de dieciséis (16) años de las mismas penas previstas para los adultos, dejando un régimen diferenciado sólo en el cumplimiento de la misma.

La nueva previsión legal resulta en todo caso preferible a la muy cuestionable situación anterior a la que nos hemos referido antes, que obligaba a la imposición de medidas privativas de la libertad en aquellos eventos de entorno familiar desfavorable, con lo cual esta medida terminaba operando de manera casi exclusiva para los sectores más pobres y marginados de la sociedad. De igual manera, con la nueva reglamentación se superan también los criterios del Decreto 2737 de 1989 que imponía dicha medida en los eventos en los cuales el delito se hubiera cometido mediante violencia, con lo cual se podía imponer tanto en un caso de homicidio, como de lesiones personales, hurto calificado, constreñimiento ilegal y otros, cuando no todos estos delitos revisten la misma gravedad.<sup>22</sup>

No obstante, resulta cuestionable el criterio finalmente adoptado en el Congreso de la República de hacer depender la privación de la libertad del mínimo de pena prevista para el delito en el Código Penal, pues podría dar lugar a problemas como

<sup>21</sup> Según el párrafo del artículo 200 de la propuesta original, la privación de la libertad era imponible a los sujetos entre 15 y 18 años por la comisión de delitos graves y de especial gravedad (clasificación que también se hacía en la propuesta) y en ningún caso podría exceder los 5 años.

<sup>22</sup> Así lo explica también DÍAZ CORTÉS. Lina Mariola (2008). *Modelos de reacción penal frente al menor infractor: análisis en el derecho positivo español y colombiano*. Bogotá. Editorial Temis (en prensa). pág.11

el ya detectado respecto a la detención preventiva;<sup>23</sup> es decir, que comiencen a aumentarse las penas en el Código Penal atendiendo de forma exclusiva a sus efectos sobre la sanción en el sistema de responsabilidad penal juvenil, para lo cual, dadas las condiciones actuales, sólo serían necesarios un hecho debidamente dramatizado y un cubrimiento “adecuado” de los medios de comunicación. Además, el incremento generalizado de las penas mínimas que se ha producido, supone hoy por hoy un cuestionable incremento del número de supuestos en los cuales los menores se pueden ver privados de la libertad, pues podrían serlo hasta por falso testimonio.

Vale comentar, igualmente, la contradicción que supone el tope de privación de libertad de los ocho (8) años previsto para los casos de homicidio, secuestro y extorsión, teniendo en cuenta que según el parágrafo del mismo artículo 187, la medida sólo podrá extenderse hasta el cumplimiento de los veintiún (21) años de edad por parte del sujeto; pero como la responsabilidad penal juvenil sólo empieza a los catorce (14) años, significa entonces que la privación de libertad no podría en la práctica superar los siete (7) años.

4. Las mejores y más importantes novedades del Código de la Infancia y la Adolescencia se encuentran en el ámbito procesal, pues se regulan de forma detallada las garantías procesales en el sistema de responsabilidad penal de adolescentes (artículos 151 a 162), bajo el entendido de que los derechos del adolescente acusado de cometer o participar en un delito “son, como mínimo, los previstos por la Ley 906 de 2004” (artículo 151). Adicionalmente, se establecen saludables medidas adicionales como la exclusión de los acuerdos entre defensa y fiscalía, no juzgamiento en ausencia, separación de los adultos en la ejecución de las sanciones, la creación de salas especiales de asuntos penales para adolescentes en los tribunales superiores, entre otras. De esta manera se supera la situación anterior, en la que al menor acusado de cometer un delito veía conculcadas sus más elementales garantías procesales, comenzando por el derecho de defensa, tal como se señaló con anterioridad.

Entre los aspectos procesales cabe destacar, en primer término, la limitación del internamiento preventivo, previsto en el artículo 181 sólo para tres casos específicos: “1. Riesgo favorable 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.”

Siguiendo con las nuevas normas del Código encontramos que se consagra la doble instancia como principio y garantía en el juzgamiento de los adolescentes, la cual se surtirá ante las Salas Penales y de Familia de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial que integran las salas de asuntos penales para adolescentes.

Otro aspecto que fue resuelto por la nueva ley es el relativo al tiempo de aprehensión de los adolescentes sospechosos de haber participado en una actividad delictiva, los cuales deben ser puestos a disposición del juez o autoridad competente

<sup>23</sup> SOTOMAYOR Acosta, Juan Oberto (2008). *Op. Cit.* págs. 97-103.

dentro de las 36 horas siguientes, y allí se dispondrá la legalidad o no de la detención, así como las medidas provisionales o la liberación del menor.

También se prohíbe el juzgamiento de menores en su ausencia como lo establece el artículo 158, que consagra la prohibición de juzgamiento en ausencia.

De esta manera, la Ley 1098 de 2006 resolvió de forma favorable a los derechos del niño y del adolescente, muchos aspectos que dejaban mucho que desear en la regulación anterior. Tales cambios se explican, en lo fundamental, por el cambio de perspectiva que supuso dejar de mirar al joven como un individuo “inmaduro” o “incapaz”, y por consiguiente merecedor más de la compasión estatal que de la tutela de sus derechos. La doctrina de la protección integral que sustenta la nueva legislación supuso pues, en este sentido, un cambio que va mucho más allá del cambio de las palabras: se trata de entender que el adolescente es un sujeto de derechos y que, en consecuencia, cualquier intervención que lo involucre requiere necesariamente, para que sea legítima, de la satisfacción de las garantías que el Estado de Derecho y el modelo constitucional adoptado consagran para todas las personas.

Ello, por supuesto, indica al mismo tiempo que el adolescente es un sujeto también con deberes para con la sociedad y el Estado, por cuyo cumplimiento (o no cumplimiento) debe responder. Se trata, por consiguiente, de una ruptura con el discurso paternalista-represivo propio de la llamada “doctrina de la situación irregular” o “ideología tutelar”, que al mismo tiempo que entendía al niño y al adolescente como objeto de la compasión estatal, lo sometía a un sistema de medidas que poco o nada se diferenciaba del sistema punitivo previsto para los adultos; con la desventaja para los menores de edad que dicho sistema de medidas no se encontraba sometido a los controles del sistema penal de adultos.<sup>24</sup>

El enfoque reconoce que también al joven competen ciertos deberes y en esa medida también a algunos de ellos debe considerárseles sujetos responsables, inclusive desde el punto de vista penal. De lo que no debe caber duda es que, por razones inclusive constitucionales, dicha responsabilidad debe ser necesariamente diferente a la de los adultos, dado que la sola condición de menor de edad coloca al sujeto en una situación de desigualdad manifiesta frente a las exigencias del sistema social en general.<sup>25</sup> De ahí la necesidad de una respuesta penal *diferenciada*, que dé cuenta, por una parte, del menor grado de responsabilidad del adolescente; y, por otro, de la persona misma del joven, que en cuento tal no ha culminado aún su proceso de socialización y educación, frente al cual debería entonces actuarse con mucho cuidado para evitar, en la medida de lo posible, los efectos negativos de los procesos de criminalización.

En esta perspectiva, como se dijo, el Código de la Infancia y la Adolescencia supone un paso adelante. Sin embargo, siempre será necesario tener en cuenta que lo importante es que tales derechos y garantías del niño y el adolescente se realicen en la práctica, y para ello se requiere algo más que un cambio legislativo. Se

<sup>24</sup> Cfr. ANDRÉS Ibáñez, Perfecto (1986). *Op. Cit.* págs. 209 y ss.

<sup>25</sup> En tal sentido, SOTOMAYOR Acosta, Juan Oberto (1996). *Op. Cit.* págs. 258-260.



necesita una política criminal real orientada a la protección de niños y adolescentes, lo cual empieza necesariamente por una política social que haga realidad los derechos elementales de los niños: a la educación, a la alimentación, a la recreación, a la vivienda, etc.; en pocas palabras, a una vida digna.

## Referencias Bibliográficas

ANDRÉS Ibáñez, Perfecto (1986). *El sistema tutelar de menores como reacción penal reforzada*. En: CLEMENTE Díaz, Miguel (coord.); JIMÉNEZ Burillo, Florencio (coord.). *Psicología social y sistema penal*. Alianza Editorial. págs. 209-228.

AGUDELO Betancur, Nódier (1984). *Inimputabilidad y responsabilidad penal*. Editorial Temis, Bogotá.

BUSTOS Ramírez, Juan (1992). *La imputabilidad en un Estado de Derecho*. En: *Bases críticas de un derecho penal*. Editorial Temis, Bogotá.

\_\_\_\_\_ (1994). *Imputabilidad y edad penal*. En: AAVV: *Criminología y derecho penal al servicio de la persona*. Libro homenaje al Profesor Antonio Beristain. Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián.

CANTARERO, Rocío (1988). *Delincuencia juvenil y sociedad en transformación (derecho penal y procesal de menores)*. Montecorvo, Madrid.

DÍAZ CORTÉS. Lina Mariola (2008). *Modelos de reacción penal frente al menor infractor: análisis en el derecho positivo español y colombiano*. Editorial Temis, Bogotá (en prensa).

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis; GARCÍA PÉREZ, Octavio (coords.) (2008). *La política legislativa penal iberoamericana en el cambio de siglo*. B de F./Edisofer. Madrid, Montevideo, Buenos Aires.

GALLEGO García. Gloria María (1997). *El tratamiento jurídico-penal del menor en Colombia*. En: *Jueces para la Democracia*, No. 29, Madrid.

GARCÍA Méndez, Emilio (1994). *Derecho de la infancia-adolescencia en América Latina: de la situación irregular a la protección integral*. Forum Pacis, Bogotá.

\_\_\_\_\_ (1999). *Infancia-Adolescencia. De los derechos y de la justicia*. Fontomara, México.

GONZÁLEZ Zorrilla, Carlos (1983). *Minoría de edad penal, imputabilidad y responsabilidad*. En *Documentación Jurídica*, No. 37/40, Madrid.

HASSEMER, Winfried y MUÑOZ Conde, Francisco (1989). *Introducción a la criminología y el derecho penal*. Tirant lo Blanch, Valencia.

LONDOÑO Berrío, Hernando; SOTOMAYOR Acosta, Juan Oberto (1990). *El Código del Menor: ¿una nueva política criminal?* En: *Foro Penal*. Editorial Temis, Bogotá.

SOTOMAYOR Acosta, Juan Oberto (1996). *Inimputabilidad y Sistema Penal*. Editorial Temis, Bogotá.

\_\_\_\_\_ (1998). ¿Responsabilidad o irresponsabilidad penal del menor?: un falso dilema. En: *Estudios de Derecho*, No. 130. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia, Medellín.

\_\_\_\_\_ (2008). *Las recientes reformas penales en Colombia: Un ejemplo de irracionalidad legislativa*. En: DÍEZ Ripollés, J. L.; GARCÍA Pérez O. (coords). *La política legislativa penal iberoamericana en el cambio de siglo. Una perspectiva comparada (2000-2006)*. Montevideo-Buenos Aires-Madrid, BdeF-Edisofer. págs. 75-118.