

PROTECCIÓN PENAL DEL MENOR INFRACTOR

CATALINA EUGENIA CANCINO PINZÓN

Trabajo de investigación
profesoral dirigida por el Doctor
Augusto Giraldo Giraldo.

UNIVERSIDAD DE LA SABANA

FACULTAD DE DERECHO

CAMPUS PUENTE DEL COMÚN, JUNIO DE 2001

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	
1. MARCO DE REFERENCIA	1
1.1. UNA DEFINICIÓN APROXIMADA DE DELINCUENCIA JUVENIL	4
1.2. FACTORES DE LA DELINCUENCIA JUVENIL	6
1.2.1. Factores Internos	8
a) La herencia	8
b) La gestación	9
c) La deficiencia mental	10
d) Las enfermedades psíquicas	10
e) La etapa de la adolescencia	12
1.2.2. Factores Externos	13
a) La familia	14
b) La escuela	18
c) El barrio	23
d) La droga	26
e) Las armas	28
f) La sociedad global	29
1.3. MANIFESTACIÓN DE LA DELICUENCIA JUVENIL	33
1.4. EL CRÍMEN COMO VERDADERO DESAFÍO	36

Pág.

2.	LA MINORÍA PENAL	39
2.1.	ANTECEDENTES HISTÓRICOS	40
2.1.1.	En el Derecho Antiguo	40
2.1.2.	Escuela Clásica	41
2.1.3.	Escuela Positiva	42
2.1.4.	Escuelas Modernas	43
2.2.	LEGISLACIÓN COLOMBIANA	43
2.2.1.	Expedición del Código de Santander (1827-1920)	44
2.2.2.	Época comprendida entre 1920 a 1981	46
2.2.2.1.	Ley 98 de 1920	46
2.2.2.2.	Código Penal de 1936	47
2.2.2.3.	Código de Procedimiento Penal de 1938	48
2.2.2.4.	Ley 83 de 1946 o Estatuto Orgánico de la Defensa del Niño	49
2.2.2.5.	Decreto 14 de 1955	50
2.2.2.6.	Decreto 1699 de 1964	51
2.2.2.7.	Decreto 1818 de 1964	52
2.2.2.8.	Ley 75 de 1968	53
2.2.2.9.	Decreto 409 de 1971	55
2.2.3.	Tercera Época. Desde enero de 1981	55
2.2.3.1.	Código Penal de 1980	56
2.2.3.2.	Expedición del Código del Menor	57
2.2.3.3.	Leyes 599 y 600 de 2000	58

3. CORRELACIONES ENTRE LA CODIFICACIÓN PENAL Y EL CÓDIGO DEL MENOR	61
3.1. PRINCIPIOS RECTORES COMUNES	62
3.1.1. Publicidad	62
3.1.2. Judicialidad	63
3.1.3. El Debido Proceso	64
3.1.4. Presunción de Inocencia	66
3.1.5. Reconocimiento de la dignidad humana	68
3.1.6. Libertad personal	69
3.1.7. Derecho de defensa	74
3.1.8. Publicidad del proceso	75
3.1.9. Doble instancia	78
3.2. EL MENOR ANTE LA NORMA PENAL	81
3.2.1. El hecho o la conducta punible	81
3.2.2. Tipicidad	84
3.2.3. Antijuridicidad	86
3.2.4. Culpabilidad	88
3.2.5. El inimputable menor	90
3.2.5.1. Imputabilidad e inimputabilidad	90
3.2.5.2. Quién es menor de edad	95
3.2.5.3. Las medidas de seguridad aplicables	100
4. DERECHO COMPARADO	103
4.1. A NIVEL GLOBAL	105
4.2. EN EL CONTEXTO LATINOAMERICANO	109

4.2.1.	Argentina	109
4.2.2.	Brasil	114
4.2.3.	México	119
5.	EL MENOR ANTE LA JURISDICCIÓN	121
5.1.	ORGANIZACIÓN JUDICIAL Y ADMINISTRATIVA	123
5.1.1.	Jueces de Menores y Promiscuos de Familia	123
5.1.2.	Procuraduría General de la Nación	126
5.1.3.	Instituto Colombiano de Bienestar Familiar	127
5.1.4.	Defensor de Familia	130
5.1.5.	Policía de Menores	132
5.1.6.	Comisarías Permanentes de Familia	133
5.2.	PROCEDIMIENTO	134
5.2.1.	Apertura de la Investigación	136
5.2.2.	Investigación	140
5.2.3.	Cierre de la Investigación	141
5.2.4.	Cesación del Proceso	142
5.2.5.	Secreto del Proceso	143
5.2.6.	Sentencia	144
5.2.7.	Notificación de las decisiones	146
6.	LAS MEDIDAS Y SU EFECTIVIDAD	148
6.1.	APLICACIÓN Y EJECUCIÓN	151
6.2.	LAS MEDIDAS	155

6.2.1. Amonestación	156
6.2.2 Reglas de Conducta	156
6.2.3. Libertad Asistida	157
6.2.3.1. Antecedentes	157
6.2.3.2. Significado pedagógico de la medida	161
6.2.3.3. Aplicación	163
6.2.3.4. Ejecutores de la medida	164
6.2.3.5. Cumplimiento de la medida	164
6.2.4. Ubicación Institucional	165
a) Centros de Recepción	169
b) Centros de Observación	170
c) Instituciones de reeducación de carácter abierto	171
d) Instituciones de reeducación de carácter cerrado	172
6.2.5. Cualquier otra medida de rehabilitación	174
6.2.6. Las medidas que se aplican en el ordenamiento penal	175
7. LA REINCIDENCIA JUVENIL	178
7.1. ¿QUÉ ES LA REINCIDENCIA?	178
7.2. SIGNIFICADO POLÍTICO CRIMINAL	180
7.3. SIGNIFICADO JURÍDICO POSITIVO	182
7.4. LA REINCIDENCIA COMO FALLA DEL SISTEMA	184
7.5. TRATAMIENTO Y REINCIDENCIA	186
7.6. REALIDAD COLOMBIANA	189
7.6.1. Concepto de campo	191

7.6.2. Las causas en nuestro medio	193
7.6.2.1. Sociales	193
7.6.2.2. Estatales	195
7.6.2.3. Institucional	198
7.6.2.4. Familiares	200
8. CONSIDERACIONES FINALES	202
8.1. REDUCCIÓN DE LA EDAD DE INIMPUTABILIDAD	
PENAL	203
8.1.1. La violencia	203
8.1.2. Estadísticas sobre criminalidad	204
8.1.3. Resultados de la legislación de menores	206
8.1.4. Nuestro criterio	208
8.2. NUEVOS PROCEDIMIENTOS	210
8.3. PROGRAMAS DE REEDUCACIÓN Y REINSERCIÓN	214
8.4. CONCLUSIÓN	217
BIBLIOGRAFÍA	221

Resumen

Las carencias afectivas, económicas y educativas así como la ausencia de control social y familiar son factores que favorecen la delincuencia juvenil. Esta clase de delincuencia en la cual su autor es un menor, perturba el orden social y se sitúa al margen de la sociedad.

Más que en cualquier otro campo de la protección de la juventud, el tratamiento que debe dársele al menor que ejecuta un accionar delincencial, debe cristalizar la relación entre el Estado y este núcleo especial de la población colombiana. O por el contrario, mantener el sistema actual, con sus instituciones, programas y actividades vigentes, siempre y cuando redunde en eficiencia y eficacia en el tratamiento del menor infractor, para su reinserción a la sociedad.

INTRODUCCIÓN

La vida en Colombia está marcada por serias dificultades económicas y sociales. A pesar de la existencia de una clase media importante, la pobreza afecta millones de personas, tanto en el campo como en el medio urbano. El éxodo rural provoca cada día la llegada a las ciudades de cientos de personas desarraigadas. Los tugurios y cinturones de miseria se desarrollan en las grandes ciudades que crecen de manera desordenada y que conocen altos índices de desempleo. Las desigualdades son evidentes entre una clase pudiente que vive generalmente con ostentaciones, y una población que se dedica a la mendicidad o a una actividad económica informal, sin la más mínima seguridad y sin ninguna perspectiva de progreso.

Esta marginación social y cultural, esta descomposición de la sociedad, traen consigo una modificación de las estructuras familiares y una pérdida de valores. A pesar de algunos progresos, una parte de la población no tiene acceso a servicios de salud ni a la educación. El mercado de la droga y la guerrilla, omnipresentes en el país, perturban gravemente la vida cotidiana y el funcionamiento de las instituciones.

En este contexto se desarrolla una delincuencia importante que afecta particularmente a la juventud. En efecto, los niños y adolescentes son los

primeros afectados por las condiciones de vida difícil, y las actividades delictivas son para algunos de ellos una cuestión de supervivencia. Las carencias afectivas y educativas así como la ausencia de control social y familiar son otros factores que favorecen la delincuencia juvenil.

Esta clase de delincuencia en la cual su autor o "*actor principal*" es un menor, perturba el orden social y se sitúa de alguna manera al margen de la sociedad. Más que en cualquier otro campo de la protección de la juventud, el tratamiento que debe dársele al menor que ejecuta un accionar delincencial, o como lo denominamos en nuestro contexto jurídico, aquel menor infractor, debe cristalizar la relación entre el Estado y este núcleo especial de la población colombiana. La observación que se haga de esta relación revela cuál es verdaderamente la atención que el Estado presta a la juventud más allá del marco legal.

El objetivo primordial de este trabajo es, ciertamente, el de ubicar el problema central en el universo concreto de la relación entre el Estado y menor infractor, atendiendo el incremento del número de jóvenes que infringen no sólo la norma penal sino también aquellas contravenciones de policía consagradas en nuestro ordenamiento jurídico, y si el actuar o respuesta adecuada que brinda el Estado a tales comportamientos es la

adecuada, para con ello definir criterios correctivos en el tratamiento del menor infractor que redunden en la prevención y reducción de esta clase especial de violencia que nos ocupa en la actualidad, o si por el contrario, se hace indispensable incorporar a nuestro sistema un esquema por el cual pueda imputársele la misma responsabilidad penal de un adulto con las consecuencias que de ello se derivan, partiendo de la consideración de si se hace necesario reducir o disminuir la edad de inimputabilidad penal, en desarrollo de políticas de prevención del crimen y de protección de la sociedad ante el creciente índice de criminalidad juvenil. O por el contrario, mantener el sistema actual, con sus instituciones, programas y actividades vigentes, siempre y cuando redunde en eficiencia y eficacia en el tratamiento del menor infractor, para su reinserción a la sociedad.

MARCO DE REFERENCIA

La incursión de niños y adolescentes en actos que las leyes reputan como delitos es un fenómeno del siglo XX que aflige a las naciones industrializadas, o en curso de industrialización, en mayor o menor medida según la debilidad o la fortaleza que encuentran sus agentes en las diversas capas sociales, y de manera principal en la actividad ordenadora y armonizadora que compete al Estado.

La perplejidad con que ciertos sectores del Estado observan una delincuencia juvenil en alza demuestra que hay un profundo desconocimiento de la realidad en que se basa, y que la lentitud con que se responde, agudiza los conflictos en vez de resolverlos. Comprometiendo gravemente la integridad misma de la comunidad.

A menudo se habla de la delincuencia juvenil para solicitar mayor rigor en la legislación dispuesta para corregir o sancionar a precoces homicidas, ladrones o violadores. También para justificar a quienes sostienen que éstos deben ser objeto de atención especial en razón de su edad.

Rara vez, sin embargo, se alzan voces para señalar con seriedad y rigor cuáles son las condiciones sociales que favorecen la gestación y la propagación de los actos delincuenciales de los menores, segmento o núcleo especial de cualquier sociedad y en especial de la nuestra, siempre abierta a la modelación de la personalidad por la acción de diversos factores tanto educativos como sociales.

A decir verdad, muy pocos están dispuestos a admitir la responsabilidad que cabe al conjunto social como promotor de la delincuencia juvenil, esa responsabilidad que a diario asume en diversas formas al mantener y alentar determinadas condiciones que atentan contra el bien común como razón y fin de la vida asociada.

La participación de niños y jóvenes en actividades ilícitas es un fenómeno creciente en nuestro país, como se refleja en los estudios adelantados por la Universidad Externado de Colombia,¹ el cual está siguiendo la misma tendencia de la delincuencia adulta, tanto en volumen como en composición, aunque con proporciones menores (un joven infractor detenido por cada tres adultos detenidos) pero con tasas de crecimiento tres veces superiores a las

¹ SAMUDIO, Lucero y RUBIANO, Norma. *Estimación de tendencias en la infracción y contravención entre menores y ponderación de la calidad de la respuesta institucional*, Proyecto de Investigación Universidad Externado - ICBF, Bogotá, 1997, pág. 13

de adultos (3.3% en 1.995 para la infracción juvenil y 1.4% para la delincuencia adulta).

Fenómeno en el cual se conjugan como causa principal una serie de factores relacionados con las condiciones y procesos económicos, sociales, jurídicos, políticos, psicológicos y culturales que lo hacen a su vez complejo de abordar. La falta de identidad social del joven y el tipo de relaciones familiares y sociales en que se desarrolla su vida, son algunas de las causas de su conducta delictiva.

De otra parte, la ausencia de cifras elementales sobre la dimensión de lo que se ha denominado "*el problema de la delincuencia juvenil*"², hace que el tratamiento del tema se magnifique sin tener conocimiento profundo de la situación de estos niños y jóvenes, distorsionando la realidad en la que viven y de la cual también son víctimas.

En este orden de ideas, es menester entrar a identificar los diversos factores que se conjugan en la producción de la tan conocida "*delincuencia juvenil*",

² FUNDACION FES, Fundación Restrepo Barco, *Reincidencia Juvenil y Libertad Asistida en Santafé de Bogotá*, Noviembre de 1998, pág. 7.

no sin antes referirnos al calificativo descrito con anterioridad.

1.1. UNA DEFINICIÓN APROXIMADA DE DELINCUENCIA JUVENIL.

El uso de la denominación "*Delincuencia Juvenil*", ha sido demasiada controvertida en el terreno de las ciencias humanas, ya que se ha sostenido que tal locución estigmatiza al menor, por toda la carga disvaliosa que padece en el orden de las relaciones sociales, y le causa consecuentemente un serio perjuicio que incide en sus posibilidades de recuperación.

A las cosas hay que llamarlas por su nombre y no se ha encontrado otro más pertinente que el aludido para denominar una disconformidad habitual con la ley y prevista por ésta como merecedora de castigo. Sin embargo, tal acepción como bien lo define JOSÉ H. GONZÁLEZ DEL SOLAR,³ "*no implica que deba proyectarse al menor irregular por las vías de la legislación y de las técnicas reeducativas*". Tal afirmación es verdaderamente acertada, ya que las normas por su contenido netamente pedagógico, sí exigen un lenguaje adecuado al destinatario para evitar estigmas, calificaciones peyorativas que afectan al sujeto joven de un modo definitivo.

³ GONZALEZ DEL SOLAR, José, *Delincuencia y derecho de menores*, Aportes para una legislación integral, 2ª ed, pág 49, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1995,.

Si se habla de conducta desviada o de conducta antisocial, se hace referencia a un estilo de vida opuesto a las reglas de convivencia, sea apartado de ellas, sea en contradicción con sus preceptos y prohibiciones, y la delincuencia constituye la forma más seria que puede revestir, pero no la única, pues abarca con exclusividad los desórdenes previstos como punibles por la legislación.

Otro tanto ocurre con el vocablo “*inadaptación*”, con el cual se califica la conducta del sujeto que está poseído por conflictos internos que originan tensiones con los grupos, y que puede rematar –no siempre- en el delito.

A la cuestión terminológica ha contribuído, sin duda, el sentido lato que muchos criminólogos norteamericanos dan a la locución “*delincuencia juvenil*”,⁴ incluyendo en ella a todas las manifestaciones de disconformidad social advertibles en la menor edad, desde los hechos delictuosos más graves –los tipificados como tales en la ley penal- hasta ciertas irreverencias en el trato con los demás, como fumar delante de los mayores, negar el saludo o proferir palabras inconvenientes o que repugnan a la sensibilidad común.

⁴ GONZALEZ DEL SOLAR José, *Delincuencia y derecho de menores*, Ob. Cit, pág. 47.

También lo ha hecho a la inversa la criminología rusa, restringiendo su uso a los delitos que no alcanzan la máxima gravedad ni ponen en serio peligro, la seguridad del Estado.

En este sentido, los comportamientos desarrollados por los considerados menores o jóvenes originados en múltiples factores que luego ahondaremos, no pueden desdibujarse en términos o adjetivos que descalifiquen la realidad que se vive en la actualidad y que afectan en forma grave a la sociedad. Por el contrario, la utilización de tal término, sirve como marco fundamental para identificar una problemática social que aumenta con el correr de los días, con mayor complejidad.

1.2. FACTORES DE LA DELINCUENCIA JUVENIL.

La vida en Colombia está marcada por serias dificultades económicas y sociales. A pesar de la existencia de una clase media importante, la pobreza afecta millones de personas, tanto en el campo como en el medio urbano. El éxodo rural provoca cada día la llegada a las ciudades de cientos de personas desarraigadas. Los tugurios y cinturones de miseria se desarrollan en las grandes ciudades que crecen de manera desordenada y que conocen altos índices de desempleo. Las desigualdades son evidentes entre una

clase pudiente que vive generalmente con ostentaciones, y una población que se dedica a la mendicidad o a una actividad económica informal, sin la más mínima seguridad y sin ninguna perspectiva de progreso.

Esta marginación social y cultural, ésta descomposición de la sociedad, traen consigo una modificación de las estructuras familiares y una pérdida de valores. A pesar de algunos progresos, una parte de la población no tiene acceso a servicios de salud ni a la educación. El mercado de la droga y la guerrilla, omnipresentes en el país, perturban gravemente la vida cotidiana y el funcionamiento de las instituciones.

En este contexto se desarrolla una delincuencia importante que afecta particularmente a la juventud. En efecto, los niños y adolescentes son los primeros afectados por las condiciones de vida difícil, y las actividades delictivas son para algunos de ellos una cuestión de supervivencia. Las carencias afectivas y educativas así como la ausencia de control social y familiar son otros factores que favorecen la delincuencia juvenil.

Situados en este punto, hemos preferido hablar de factores para designar los elementos internos, esto es, los que residen en el mismo ser humano, y los elementos externos, que se hallan en el entorno de aquél, como mecanismos

de presión que gravitan sobre la personalidad del menor que pueden confluír en un desarrollo futuro de su antisocialidad, ya que los mismos se concentran en su personalidad.

1.2.1. Factores Internos.

Llamamos tales a los que operan desde el interior del sujeto y contribuyen a la configuración social de la personalidad, sin impedir todo discernimiento y capacidad volitiva. Componen algo incorporado al sujeto en su mismidad, en su propio ser, y no obstan a la producción de verdaderos actos humanos, plataforma fáctica de la delincuencia. Entre tales factores tenemos:

a) *La herencia*: su importancia con relación a la conducta ha sido objeto de amplia controversia, no concluida hasta el presente, habiendo quienes le adjudican el noventa por ciento de los casos criminales, y quienes le minimizan y hasta niegan sus efectos.⁵

A César Lombroso,⁶ psiquiatra y criminalista italiano del Siglo XIX, se debe quizá el intento más formidable de atribuir a la herencia los fenómenos

⁵. DAVID, Pedro R. *Sociología criminal juvenil*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1974, p. 67.

⁶ FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan, *Derecho Penal Fundamental*, Tomo I, Ed. Temis, Santafé de Bogotá, D.C., 1995, pág. 167.

psíquicos, explicando por esa vía el surgimiento de un estilo de vida delictivo. Quiso descubrir al “*delincuente nato*”, en la fisonomía misma del sujeto estudiado, argumentando que ella hacía posible la detección precoz.

Si bien la herencia no es fatalmente portadora de una conducta delictiva, su presencia en la vida humana se manifiesta en el temperamento, al cual pertenecen los fenómenos característicos de la naturaleza emocional de un individuo, incluyendo su susceptibilidad ante los estímulos emocionales, la intensidad y rapidez habituales de sus respuestas, la calidad y temple de ánimo que predominan en él, y todas las particularidades de las fluctuaciones y de la intensidad del mismo, considerándose estos fenómenos como dependientes de su estructura constitucional y en consecuencia de origen principalmente hereditario.

Como lo afirma GORDON ALLPORT,⁷ la herencia no explica de por sí la delincuencia, pero puede eventualmente influir en la antisocialidad del niño por algunas de sus notas constitutivas.

b) *La gestación*: Gravita por lo que la vida intrauterina puede aportar al patrimonio psicofísico del menor, como presión negativa para lo futuro. Se afirma que inciden en la conducta, y pueden concurrir a la formación

⁷ ALLPORT, Gordon. *Psicología de la personalidad*, Ed. Galerna, Córdoba, 1990, p. 120.

caracterológica antisocial, la blastotoxia (alteraciones germinales por causas tóxicas, alcohólicas, medicamentos, etc.), y otras alteraciones ocurridas durante el período de embarazo.⁸

c) *La deficiencia mental*: Sea esta de origen hereditario, congénito o traumático, es más “*un déficit que limita su adecuado ajuste social*”,⁹ que un factor neto de delincuencia juvenil.

Sin embargo, en cuanto reporta una disminución en la adaptación social, puede devenir también en factor conformante de la personalidad antisocial, presupuesto de la vida delictiva.

d) *Las enfermedades psíquicas*: Todas aquellas anomalías que puedan padecer los menores, al igual que los adultos, inciden primordialmente desde el interior del sujeto en la caracterización antisocial de la persona.

Entre estas tenemos las de tipo neurótico, la cual alude a la presión ejercida por la neurosis en la configuración antisocial de la personalidad. Esta permanece organizada desde el punto de vista social y no pierde contacto

⁸ LEDESMA Jimeno, *Delincuencia juvenil*, Ed del autor, Salamanca, 1972, págs. 32 a 34.

⁹ HORAS, Placido Alberto. *Jóvenes desviados y delincuentes*, Ed. Humanitas, Buenos Aires, 1990, pág. 14.

con su realidad histórica,¹⁰ pero se traduce su anomalía afectiva en una conducta desordenada, como cuando el niño roba a los padres o maestros para apoderarse del amor que siente que le niegan, o como un modo de castigarlos por su desamor.

De igual forma, tenemos aquellos casos de enfermedades psicopáticas,¹¹ en las cuales encontramos a un menor carente de poder identificador, cuya afectividad está seriamente deteriorada, y que no hace suyo un Código ético encausador de sus actos. Manejándose únicamente por el principio del placer, da rienda suelta a sus impulsos y transgrede los cánones de convivencia sin el menor sentimiento de culpa.

Si es un menor que padece de una enfermedad de tipo psicótica, se está ante una personalidad desajustada a la convivencia por su misma desorganización. Hay una fractura en la relación con la realidad, y son frecuentes las ilusiones, delirios y las alucinaciones, las alteraciones de memoria, el deterioro de la inteligencia, los trastornos del lenguaje, los estados emocionales anómalos, etc.¹² Su disconformidad con las normas convivenciales debe ser examinada en cada caso particular para dilucidar el

¹⁰ BAQUERO LAZCANO, Horacio. *Criminología y delincuencia de menores*, Revista "La Ley", t. 135, págs. 1364 a 1367.

¹¹ *Ibidem*, Ob. Cit. Pág 1365.

grado de discernimiento y libertad, dado que la incapacidad no constituye una calidad personal que el menor porta en todo momento y en cualquier lugar, sino una realidad que se presenta en concreto, en relación estricta con un acto determinado.

e) *La etapa de la adolescencia*: Varias de las teorías psicológicas modernas,¹³ han coincidido en afirmar que la etapa de la adolescencia es una de las más críticas del desarrollo del ser humano, donde entra en juego la rebeldía, lo novedoso, la fuerza física, la competencia, la buena presentación personal, la aventura y la realización de actividades que están en contraposición con lo culturalmente establecido. Por tal motivo, algunas actividades fuera de la ley ofrecerían aparentemente, la satisfacción de estas necesidades, alimentando el ego del muchacho o muchacha.

Quizá la fuerza más arrolladora que domina el comportamiento de un adolescente es la búsqueda de una identidad propia. Se rebela contra la autoridad paterna porque necesita probar que es un ser humano independiente y no simplemente una extensión de sus padres. Quiere que se le permita separar los objetivos de su vida de los de su familia.

¹² HORAS, Placido Alberto, *Jóvenes desviados y delincuentes*, Ed. Humanitas, Buenos Aires, 1990 Ob. Cit., pág. 46

¹³ WHITTAKER O., James, *Psicología*. Tercera edición. Nueva Editorial Interamericana. México, 1981.

Si la conciencia de un adolescente no se ha desarrollado adecuadamente, es difícil ayudarlo a controlar su comportamiento rebelde que perjudicará a los que le rodean y a él mismo.

1.2.2. Factores Externos.

Son los que actúan dinámicamente desde un emplazamiento exterior al sujeto, integrando el marco social dentro del cual se desenvuelve su vida.

Todos los tratadistas de la tan llamada "*delincuencia juvenil*",¹⁴ destacan su gravitación decisiva en la caracterología antisocial, en razón de la continua interacción existente entre el ser humano y su ambiente.

Ciertamente, la especie humana se diferencia por su capacidad de autonomía frente al medio, por su posibilidad de modificar su propio ambiente y adecuarlo a sus necesidades e intereses, pero no es menos cierto que esa autonomía es relativa y que, al igual que el ser humano puede influir en su entorno, se ve influido por él. El hombre es tanto autor de su propio ambiente como el resultado del mismo.

No se puede mencionar que exista un único factor en el entorno que rodee al menor, sino una pluralidad de los mismos, los cuales ejercen diversas presiones bien sea en la etapa de la niñez o de la adolescencia, que indefectiblemente, redundarán en el comportamiento positivo o negativo de su actuar en el futuro.

Iniciaremos su consideración por el “*factor primario*”, como lo define el tratadista JOSÉ H. GONZÁLEZ DEL SOLAR,¹⁵ recordando que sus fallas impiden o debilitan la resistencia a otros estímulos adversos del ambiente, particularmente por las secuelas que dejan las experiencias muy dolorosas en los primeros años de la existencia.

a) *La familia*: Muchos estudios se han ocupado de la importancia de la familia. Basta decir que el artículo 42 de la Constitución colombiana, consagra a la familia como “*el núcleo fundamental de la sociedad*”, el ámbito prioritario donde el niño construye su identidad.

¹⁴ GONZALEZ DEL SOLAR, José, *Delincuencia y derecho de menores, Aportes para una legislación Integral*, 2ª Ed, 1995, Ed. Depalma, Buenos Aires, Ob. Cit. Pág. 47 y ss.

¹⁵ GONZÁLEZ DEL SOLAR, José, *Delincuencia y derecho de menores*, 1995, pág. 55.

Lleva incita la obligación de entregar al menor la calidez afectiva que requiere para su normal desarrollo, y de suministrarle los medios indispensables para encaminarse hacia su plena realización. Por eso es el “*más próximo grupo de pertenencia*”,¹⁶ para la formación de la personalidad infantil y juvenil.

La familia se encuentra influenciada por el medio y por lo tanto, por los desequilibrios y desajustes que aquejan a la sociedad y es en ese ambiente donde los niños y niñas deben vivir. De allí toman los modelos con los cuales se identifican y de quienes aprenden una forma propia de ser hombres y mujeres, y la manera de relacionarse con el medio sociocultural que los rodea. Los vínculos, relaciones y formas de crianza y educación gestadas en la familia mediante las cuales se responde a las necesidades de los individuos, son muy variadas y particulares, y los roles, como funciones básicas, se alteran cuando ésta entra en crisis.

La familia es la institución en la cual se desarrollan toda clase de contrarios, (afectos-desafectos, amor-desamor); no obstante, este ámbito puede ser para algunos individuos el medio en el cual alcanzan su máximo potencial de

¹⁶ D'ANTONIO, Daniel Hugo, *El menor ante el delito*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1978, pág. 69.

desarrollo; para otros, por el contrario, es causa de sufrimientos y frustraciones, y por ello optan por huir de ella para aventurarse en otra dirección.

Estudios efectuados por ALAN MIEINSTER y BEATRIZ ROMERO,¹⁷ revelan que el sesenta y seis por ciento (66%) de los menores infractores viven con su familia o por lo menos con uno de los dos padres, siete por ciento (7%) en la calle, diez por ciento (10%) con un pariente –hermano(a), tío(a), abuelo(a)- y catorce por ciento (14%) tienen otra situación, el cual reúne principalmente menores independientes que viven en unión libre, con el patrón, con un amigo o en un inquilinato.

Generalmente, los menores que viven en la calle no tienen familia, ni domicilio, ni lugar de residencia fija. Son los únicos que están totalmente abandonados. La mayoría de los menores tienen un techo y una familia. Algunas veces, la vida familiar es limitada y se reduce a una simple cohabitación sin lazos afectivos profundos.

Así mismo, en muchos otros casos, las relaciones padres-hijos están marcadas por la presencia de la violencia intrafamiliar, lo cual transforma a

niños y niñas en hombres y mujeres intolerantes, agresivos e incapaces de resolver sus diferencias de manera distinta a la que aprendieron en sus hogares.

Lo anterior conlleva a la búsqueda de otros ambientes que llenen estas necesidades, espacios que por lo general aparecen en un momento fundamental de su vida, como lo es en la adolescencia.

En el caso de los jóvenes que optan por la delincuencia, en su gran mayoría expresan una total desmotivación por permanecer un tiempo mínimo en su casa, no sólo por la ausencia de condiciones materiales, sino de esas otras que no se ven como el afecto, y que se expresa en la relación deteriorada o ausente con sus padres.

Citando el informe enunciado con anterioridad,¹⁸ se ha logrado establecer que por lo menos uno de cada diez menores han escapado de la casa una o varias veces, y algunos, aunque vivan con la familia, tienen experiencia de vida callejera y de conformación de grupos o bandas al margen de la ley.

¹⁷ FUNDACION FES, *El Tratamiento del menor infractor en Bogotá, 1992*, en "Tres Estudios Inéditos sobre los Menores Infractores en Colombia", Bogotá, 1994.

¹⁸ FUNDACION FES, *El tratamiento del menor infractor en Bogotá, 1992*, en *Tres Estudios Inéditos sobre los menores Infractores en Colombia*, 1994 ob. Cit, pág. 31.

Las dificultades que involucran los errores paternos, las carencias afectivas y las estrecheces de espacio y tiempo para la convivencia doméstica, van dejando su impronta en la personalidad del menor, cuya vida tiende a partir de un torpe manejo de sus sentimientos, o de la ausencia de un marco normativo claro y firme que lo encarrile.

Es por ello que la desubicación presentada en menores ante las exigencias y expectativas sociales, se explica porque la familia no lo ha preparado convenientemente para responder de modo positivo a las normas y valores de la comunidad a la cual pertenece.

b) *La escuela*: Lugar importante en donde el menor entra en contacto por primera vez, con otros seres humanos que le son, la mayoría de las veces, extraños, y con los cuales tiene que insertarse en un orden igual para todos y que con frecuencia le es incómodo. El joven o el menor es valorado con arreglo a su capacidad y al resultado de su trabajo, y con ello, recibe un lugar en la comunidad escolar.

Para Wolf Middendorf,¹⁹ la institución escolar es la modeladora de vidas jóvenes, a la vez que realza el desafío que trae para quien acude a sus aulas

¹⁹ MIDDENDORF, Wolf. *Criminología de la juventud*, Ed. Ariel, Barcelona, 1964, pág. 137.

por primera vez, y que debe encontrarse y compartir con sus pares. Es el ingreso una real prueba de fuego que pone de manifiesto hasta dónde aquél se halla adaptado a la vida en común, y que ocurre alrededor de los seis años en coincidencia con la emersión del espíritu cuando el niño busca su identidad y despierta a la moralidad.

Es en la escuela, en donde se hace palpable el desarrollo de características o conductas antisociales preexistentes, y que se patentiza en eventos tales como una cierta incapacidad de reaccionar a los métodos escolares comunes de disciplina, la dificultad de comprender los derechos ajenos, el desinterés por el estudio y por las materias escolares, así como también, una fuerte actitud de rebelión contra la autoridad. Es en este mismo sitio, en donde se produce el contacto obligado entre los niños adaptados y los que no lo están, y por eso demanda docentes atentos para prevenir la consolidación y la difusión de la conducta antisocial.

Como bien lo manifiesta González del Solar,²⁰ la vida escolar puede promover la aparición de la pandilla, porque los menores se asocian para el juego con grados de participación distintos según el tiempo, y en ella se entrelazan mediante mecanismos de impregnación e identificación. En forma paulatina aumenta en ellos un sentimiento de pertenencia que los vigoriza y

²⁰ GONZALEZ DEL SOLAR, José, *Delincuencia y Derecho de menores*, 1995, pág. 62.

que estimula la actividad común, que gira sobre un fin común que reviste la principal atracción para la mente infantil.

La existencia de estos procesos de creación de relaciones y asociaciones, pueden verse afectados de manera grave, cuando un menor se integra al grupo, pero cuyas inquietudes y quehaceres tienen por fundamento una viva actitud antisocial, las cuales pueden llegar a imponerse en los demás, generando con ello, actividades dañosas en cualquier orden y sus respectivas consecuencias, siendo estas desconocidas por todos hasta ese momento.

Ejemplo de esta afectación, la palpamos cuando un menor aprovecha las carencias familiares de los demás, lo que sirve para sus propósitos, quienes sucumben por la debilidad de sus defensas interiores y por la presión exterior del inadaptado y de los atractivos que ofrece, o por el magnetismo de su decisión y audacia, o por la dimensión de los placeres que promete la aventura por emprender.

Otro elemento perturbador radica en la alternativa de que el grupo de niños carentes de afecto, violentados o maltratados, se encierre en sus propias preocupaciones, desinteresándose o rebelándose contra los valores y

modelos por otros forjados en un contexto de antisocialidad, y así dan vida al desarrollo de conductas paralelas a las que rigen en la sociedad.

En la escuela se produce el contacto obligado entre los niños adaptados y los que no lo están, y por eso demanda docentes atentos para prevenir la consolidación y la difusión de la conducta antisocial.

Para cumplir eficazmente su misión, evitando las desviaciones señaladas, la autoridad escolar debe compatibilizarse con la libertad. El equilibrio justo hace que el educando se desenvuelva en un clima de orden y espontaneidad, de disciplina y creatividad. De igual forma, es indispensable que existe una vasta comunicación entre la comunidad escolar y el hogar del menor, porque las acciones educativas de estos dos ámbitos se superponen y reclaman su armonización.

Esto parece poco real en países como el nuestro, en que la escuela se emplaza como una *"ínsula"* en el vecindario, sin vinculación con sus necesidades, defectos y expectativas, o en que la falta de establecimientos en el barrio obliga a los niños a instruirse en otros alejados del sitio habitual de vivienda o de la periferia. Así, asisten a escuelas que crean una atmósfera diferente a la doméstica y que no ofrecen respuestas válidas para sus

carencias e inquietudes porque obedecen a planes de enseñanza “desencarnados”.

A todo esto debemos sumarle el hecho de que la institución escolar lejos de propender por un equilibrio justo entre la disciplina y la creatividad, al presentarse conflictos entre alumnos, la mayoría de las veces reacciona bruscamente aplicando medidas represivas, extremas y atemorizantes, como es expulsarlos del sistema educativo, sin importar la época y la dificultad para conseguir cupo en otras instituciones, fomentando con ello, el vagabundeo en este nuevo tiempo libre, con los riesgos que esto conlleva y que con frecuencia desencadenan hábitos antisociales, ya que su aislamiento forzado, los priva de contar con una educación que los ayude a participar activamente en la vida social y productiva.

El menor infractor que pasa ante un Juez no es analfabeta, sabe generalmente leer y escribir y posee algunos conocimientos básicos. En su mayoría, presentan retardo escolar y lagunas, generadas no sólo por lo enunciado en el párrafo anterior, sino también por el abandono prematuro y la deserción frecuente, motivadas por razones económicas y sociales (falta de apoyo familiar y de estímulo).

En la investigación efectuada por la Fundación FES,²¹ estos hechos aparecen claramente en las cifras sobre la actividad del total de menores infractores. Sólo el dieciocho por ciento (18%) de ellos frecuentan la escuela; veinticuatro por ciento (24%), o sea uno de cada cuatro menores, no tiene ninguna actividad; y casi la mitad, un cuarenta y nueve por ciento (49%), ejercen una actividad lucrativa no calificada, la mayoría de los casos como ayudantes o vendedores ambulantes. El abandono de la escuela tiene como consecuencia para el ochenta y un por ciento (81%) de los menores la vagancia o el ejercicio de una actividad lucrativa mal remunerada y sin ninguna perspectiva de progreso.

c) *El barrio*: constituye el entorno inmediato del hogar, y en él el menor entabla relaciones con otros menores de familias vecinas y próximas al lugar de residencia, más o menos duraderas según su edad.

Inicialmente, el niño sale de su casa para acudir a la escuela y frecuentar otros niños de su edad; luego más tarde –según las costumbres de cada ciudad y de cada estrato social- sale de su casa para jugar con sus vecinos.

²¹ FUNDACION FES, *E l Tratamiento del menor Infractor en Bogotá, 1992, En Tres estudios Inéditos sobre los menores infractores en Colombia*, Bogotá, 1994. Ob. Cit., pág. 35

Con el transcurso del tiempo se afianza esa relación construida y comienzan a organizar sus reuniones en lugares y horas predeterminadas. Nace entonces la *"barra de la esquina"* como el círculo dentro del cual el menor encuentra seguridad y ocupación, y en cuya dinámica interna se expresan las expectativas, alegrías y frustraciones de los mayores, captadas y proyectadas en las actividades o juegos que realizan. Los dilemas a los que se enfrenta el joven lo conducen a buscar activamente los lazos sociales con quienes pueden comprenderlo y con frecuencia encuentra que los que lo hacen son los compañeros de su misma edad. Whittaker²², sostiene que *"como en el caso de cualquier otro sentimiento individual que lo ata débilmente a lo social, se vuelve hacia sus compañeros para buscar maneras de concertar y satisfacer sus deseos."*

Las investigaciones en los países capitalistas, alrededor de las formas de interacción y organización de la juventud, han sido realizadas según sus propias necesidades de poder. Así entre los años 20 y 30, los pioneros norteamericanos Thrasher y White, en Chicago y Boston, respectivamente, definen la forma de organización juvenil (las pandillas) como grupos primarios ligados por lazos emocionales, íntimos, directos, espontáneos,

²² WHITTAKER O, James, *Psicología*. Tercera edición. Nueva Editorial Interamericana. México, 1981, Ob. Cit., pág 153.

capaces de ofrecer al adolescente una de sus primeras y más completas experiencias de relación social.²³

Sin embargo, después de los años 50 durante el siglo XX, surge la explosión de estudios de las pandillas como expresión de conductas negativas y aún de amenaza social, en cuanto comienzan a volverse críticas y contestatarias del orden establecido. Las pandillas, entonces, van a ser definidas y estudiadas como “*conductas desviadas*”. Los medios de comunicación harán un importante refuerzo de esta teoría al presentar a los jóvenes como sujetos violentos, criminales y desviados, a quienes hay que rehabilitar socialmente. Esto se aplicó a todas las expresiones juveniles de los años 60 y 70 del siglo XX.

A partir de 1968, surge la teoría de la etiquetación que deja de considerar al “*desviado*” como ser pasivo y lo encara como responsable de su conducta no sometida al orden oficial, haciendo al sujeto capaz de aceptar su propia culpa. Las pandillas estarían conformadas así por sujetos inmaduros, inestables y/o enfermos.

²³ PEREZ GUZMAN, Diego, “*Los jóvenes como protagonistas de violencia y paz*”. Convenio CINEP-Consejería para la Juventud, la Mujer y la Familia. Santafé de Bogotá, sept 30 de 1994.

Para el joven, su grupo (parche, pandilla, banda) es simplemente el lugar donde se siente libre, en donde puede hablar de todo, “meter” vicio, sentir afecto: su familia. Estas formas organizativas se convierten así en agrupamientos defensivos-ofensivos de jóvenes inmersos en un agudo proceso de crisis generalizada. Son formas de organización que desbordan el ámbito familiar, escolar y recreativo de los grupos tradicionales.

De igual manera como se presenta en la escuela, en este entorno pueden presentarse actividades y conductas riesgosas desarrolladas por el liderazgo de aquellos menores inadaptados o por la propia alimentación de sus resentimientos, pero revestidas de un mayor grado de peligro y de sus eventuales consecuencias, ya que no existe un control o vigilancia próxima, bien sea de los propios padres o de otros adultos, que prevengan sus nocivos efectos. En la mayoría de los casos, los padres se enteran de las actividades ilegales de los menores, cuando en ellos ya se han creado actitudes y hábitos antisociales.

d) *La droga* : En la actualidad, al hablar de droga, ya no se hace referencia a los medicamentos prescritos por los profesionales de la salud, sino que el término se asocia directamente con sustancias psicoactivas, vinculándose así al campo delictivo.

Como lo ha manifestado MARIA ELSA PULIDO,²⁴ el uso de drogas, tanto legales como ilegales, es un problema socio-cultural. Problema, porque va desplazando en el tejido social otros comportamientos necesarios para mantener relaciones afirmativas con las demás personas, con el mismo individuo y con los objetos culturales.

Generalmente, algunos jóvenes las prueban por curiosidad, “porque sí” o porque está de moda entre sus amigos. Muchos las ingieren porque se sienten aislados de sus familias y de la sociedad que, según ellos, han falseado los valores y es hipócrita y materialista.

Las drogas proporcionan a estos muchachos un medio de evadirse del mundo frenético donde se sienten inseguros y confundidos. También es un modo de rebelarse contra los padres y otros símbolos de autoridad. Algunos adolescentes experimentan las drogas porque están en una etapa de la vida en que la prioridad es la búsqueda de emociones fuertes, desafiando y retando sus propias fuerzas; de allí que les guste vivir en el peligro.

²⁴ DIRECCION NACIONAL DE ESTUPEFACIENTES, ‘Coca cocaína’, en COLOQUIO, Año 4, N° 1, septiembre de 1996.

Según el “*Segundo Estudio de Consumo de Sustancias Psicoactivas*”,²⁵ alrededor de 65.000 niños colombianos entre los doce (12) y los diecisiete (17) años se convirtieron en nuevos consumidores de drogas ilegales en 1996. Se destaca la notoria disminución en la edad de inicio en el consumo de cocaína y la confirmación de que el alcohol sigue siendo la gran puerta de entrada para el consumo de otras drogas. El estudio dice que la edad promedio de iniciación del consumo de esta sustancia fue de 15,9 años.

El consumo de drogas psicoactivas, en muchos casos, crea las condiciones para la generación de violencia, por los trastornos y metamorfosis que se operan en la psiquis y fisiología de los individuos que la consumen. De ahí, que pueda inferirse que haya una asociación de droga y violencia, pues los jóvenes acuden al consumo de distintas drogas y en ese estado cometen no sólo diversos tipos de infracciones sino también delitos de suma gravedad.

e) *Las armas*: En las estadísticas del Observatorio de Cultura Urbana de Bogotá,²⁶ se encuentra que el arma de fuego representa el setenta y tres por ciento (73%) de los homicidios comunes, el arma cortopunzante el veintidós por ciento (22%), y otras causas el cinco por ciento (5%).

²⁵ EL TIEMPO, sección “*Actualidad*”, pág. 16A. , 31 de agosto de 1997,

²⁶ Boletín de estadísticas de violencia y delincuencia de Santafé de Bogotá, N° 19. Consolidado 1996.

Ante este panorama, es alarmante establecer que la mayoría de los jóvenes han portado algún tipo de arma. La facilidad para acceder a ellas, la existencia de un mercado surtido por varios sectores y el valor que ha adquirido en su carácter mediador de las relaciones sociales, conducen a aseverar que el diálogo, las ideas y la palabra ha perdido su valor como medio de solución de conflictos.

f) *La sociedad global*: Aloja en sí elementos que dinamizan la delincuencia juvenil y que gravitan desde temprano en los menores, directa o indirectamente.

Las influencias indirectas de la sociedad se reciben por medio de la familia que acusa los impactos de las contrariedades y las trasmite a quienes conforman el hogar. Las dificultades para procurar el sustento, debidas a la carencia de trabajo o a bajas remuneraciones laborales, aparecen como causas de tensión doméstica, de conflicto y desestructuración, e inciden en los seres en formación por el entorpecimiento del vínculo afectivo con sus mayores. Las mortificantes condiciones de vida los empujan muchas veces fuera del hogar; así se explican numerosas fugas de niños y adolescentes, quienes huyen de las riñas y de los vicios paternos, de las estrecheces del

ambiente y de las reiteradas privaciones que los reducen a un mero estado de supervivencia.

Conforme a las investigaciones efectuadas por CARLOS A. PATIÑO,²⁷ se logró establecer que la situación socio-económica de los padres o del padre responsable, en el caso de los menores infractores, es baja. El sesenta por ciento (60%) de ellos no tiene ninguna formación o es muy poca. Se trata especialmente de determinados segmentos de la población, obreros, choferes, porteros, vendedores ambulantes, ayudantes y empleadas del servicio doméstico que ganan el salario mínimo. Ciertos grupos, como el de los empleados de oficina están poco representados (4%). Otros están totalmente ausentes, como los jefes, directores o personas que ejercen profesiones liberales.

Las desigualdades en el acceso a la escuela generan no pocas situaciones de desaliento en los padres y sus ansiedades y frustraciones se transmiten consciente o inconscientemente a los hijos, ocasionando indisposición o fracaso escolar, deserción, vagancia y, consecuentemente, delincuencia.

²⁷ PATIÑO, Carlos A. *Pobreza y desarrollo en Colombia: su impacto sobre la infancia y la mujer*. UNICEF, DNP, ICBF, 1988.

A este canal de presión indirecta se agregan otros que posibilitan la presión directa sobre el menor de edad. Los mencionados medios de comunicación social influyen a lo largo de la vida humana con una pretensión educativa que pocas veces se cumple. Al contrario, el desenfreno de la publicidad orientada hacia el consumo como meta, y la excesiva obscenidad y violencia que se observa en la televisión, el cine y otras formas audiovisuales afectan el comportamiento de niños y adolescentes.

El déficit escolar, que responde a la desigualdad de oportunidades, como a la vigencia de planes de enseñanza separados de las necesidades concretas de la población, perjudica a los jóvenes en el momento de sumarse al mundo del trabajo, sea por la desocupación, sea por las ocupaciones inadecuadas que obedecen más a las opciones limitadas que a la vocación y aptitud natural. Brota así todo un clima de desasosiego, al que coadyuvan las pésimas condiciones de pago ante tareas de menor valor.

Fenómenos como el desarrollo industrial de las grandes ciudades y el rezago sufrido por el campo, así como el recrudecimiento de la violencia han originado un acelerado proceso de inmigración, que nos enfrenta hoy a una generación de jóvenes que viven la ambigüedad propia de su situación, adolescentes que no están satisfechos con el viejo mundo de sus padres, el

cual, a pesar de encontrarse en proceso de urbanización, no les es suficiente y entran en choque y conflicto con un nuevo mundo que parece no ofrecerles un futuro coherente y esperanzador.

La vida urbana, aturde a estos menores con lo que la era contemporánea ha elaborado para el confort: los bienes y servicios de actualidad que se ofrecen por medio de una intensa y ubicua publicidad. La mayoría posterga el crecimiento espiritual y ensancha –en cambio- el horizonte de sus apetencias materiales, a la comodidad y al placer.

Como consecuencia de ello, la personalidad tanto del infante como del joven quedan atrapadas por el consumo compulsivo que los arrastra a una existencia de inmadurez, egocentrismo e impulsividad, ajena a aquellos campos virtuosos.

Esta invasión de nuevas necesidades, ha producido modificaciones rápidas en el mundo de los valores. El éxito económico rápido, el enriquecimiento sin consideración de medios, las historias de los héroes del dinero, actúan directa o indirectamente como modelos y referentes ideológicos y simbólicos para muchos sectores de la población.

La mayoría de jóvenes piensan que el trabajo legal está mal remunerado y tienen claro que mediante los ilícitos se gana mejor; lo que produce un robo u otro ilícito representa un mes o más de trabajo. Su filosofía de vida es la inmediatez. Esto se muestra en su relación con el dinero, tanto para conseguirlo como para gastarlo. No contemplan la posibilidad de un futuro dentro de la legalidad.

En este punto, las normas pierden su fuerza motivadora y pedagógica, que alienta impulsos y hábitos acordes a las exigencias sociales, y afloran las manifestaciones de disenso que conducen a tensiones y conflictos, como bien lo manifiesta el tratadista Pedro R. David,²⁸ y afloran las manifestaciones de disenso que conducen a tensiones y conflictos. Por doquier se ven conductas que eluden deberes propios, que conculcan los derechos ajenos, que atentan contra los beneficios de la vida asociada, y muchos hablan de las reglas jurídicas como de meros obstáculos a salvar para una más pronta y plena satisfacción de los deseos y propios intereses.

1.3. MANIFESTACIÓN DE LA DELINCUENCIA JUVENIL.

Los distintos factores que merecieran nuestra atención se conjugan para la configuración de un estado delincuencial latente, de una inadaptación que

²⁸ DAVID, Pedro R. *Sociología jurídica*, Ed. Astrea, buenos Aires, 1980, pág. 49.

emerge en la personalidad y que puede en algún momento patentizarse, hacerse manifiesto por el paso a la acción. Para ello, sólo basta que el equilibrio inestable que el niño o joven inadaptado porta se quiebre en virtud de circunstancias favorecedoras.

La delincuencia manifiesta de los menores constituye un fenómeno universal predominantemente urbano y principalmente grupal. Es así, porque abarca todos los países de la Tierra, no siendo obstáculo para esto que existan confortables condiciones de vida o rígidos mecanismos de seguridad.

Ni el bienestar material del que algunos países ricos hacen gala, y al cual atribuyen felicidad, ni los estrictos controles policíacos y las severísimas penas de los Estados totalitarios han podido evitar que los menores exterioricen sus desajustes o descontento por vías socialmente dañosas, hasta motivar un serio cuestionamiento de los principios sobre los cuales se asienta la convivencia.

De igual forma, tal comportamiento comprende a los distintos estratos que conforman a cada sociedad. Encontramos, entonces, que los jóvenes de clase baja reciben, por lo común, un trato de ciudadanos de segunda categoría por sus profesores, empleadores, policías, instituciones y jóvenes

de familias acomodadas, y está suficientemente demostrado que la gran mayoría de los individuos que manifiestan un comportamiento permanentemente desadaptado pertenecen al estrato que ocupa el último escalón en la jerarquía social.²⁹

Por sus escasas condiciones de vida, afincadas en la despreocupación de los mayores o en la injusticia de un orden que les priva de oportunidades, condenados a una existencia dolorosa y desesperanzadora, se ven empujados hacia una conducta disconforme con la legalidad como una repulsión consciente a sus disposiciones, o como una oportunidad que les posibilita la satisfacción de sus necesidades.

A diferencia, en las clases pudientes la delincuencia juvenil aparece como expresión de la protesta generacional, cuando se cuestiona el lugar asignado a los jóvenes por sus mayores en el espectro social. De igual forma, tales hechos suelen tener por objeto principal el atraer la atención de los mayores, sea por el atrevimiento de la empresa, por la envergadura del despliegue utilizado para vencer obstáculos o defensas, o por la gravedad del daño causado, así como también, fundamentándose en un ideario político, las actividades de moda y demás circunstancias que rodean a estos jóvenes.

²⁹ DAVID Pedro R., *Sociología criminal juvenil*, Ed. Depalma, Buenos Aires, Ob. Cit, pág. 59

No se trata aquí de brindar mayor valor o importancia a las manifestaciones delictivas de los jóvenes de una u otra clase social, sino de definir las distintas connotaciones que determinan sus desajustes. Cada menor tiene una historia familiar, social y personal diferente, lo que hace vano tratar de hacer un encasillamiento del menor infractor.

Lo verdaderamente importante es que dichas connotaciones inciden en los menores y que los actos antisociales que ejecutan en principio, carecen de poca significación, evolucionan después hacia acciones furtivas que le dispensan simultáneamente el sustento y la diversión. Esas primeras experiencias no ingresan –o sólo excepcionalmente lo hacen- en las estadísticas de criminalidad, tratándose de pequeños daños y contravenciones que hacen parte de un juego en el cual se familiariza con la ilegalidad. Los hechos furtivos posteriores lo bautizan en la delincuencia, en una trayectoria que lo muestra en cada oportunidad haciendo gala de mayor audacia y desvergüenza, y que depende en cada caso de la particular situación social.

1.4. EL CRÍMEN COMO VERDADERO DESAFÍO.

Consecuentes con lo anteriormente expuesto, la irrupción en el delito obedece a distintos supuestos en que puede hallarse el menor, según su particular y singular vivencia de la relación entre personalidad y situación.

Es indudable que en los delitos ocasionales, en que el evento criminal aparece como un episodio aislado en la vida del joven, prevalece la situación que lo tienta, principalmente en sus componentes más inmediatos (fuerte atracción del objeto, ofensa experimentada, etc.) No implica que el menor reniegue de los valores y normas generales, sino que claudica en su observancia por imperio de las circunstancias.

Pero en los delitos habituales, en que el obrar criminal se encamina en una sucesión de actos de similar naturaleza que revelan la concreción de un estilo de vida antisocial, la personalidad del joven ejerce todo su potencial predisponente, activado por situaciones mediatas o inmediatas que facilitan sus operaciones, y que conlleva a un apartamiento de los valores y normas generales.

El tratadista TIEGHI,³⁰ distingue los delincuentes de *personalidad antisocial*, los *subculturales* y los *institucionales*.

³⁰ TIEGHI Oswaldo, *Tratado de Criminología*, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1989, pág. 251.

Los primeros crecen carentes de socialización y culturización suficientes debido a la grave y poca preocupación de los agentes educativos. El “yo” débil se instala cuando los padres descuidan su misión por abandono, o por falta de firmeza, o por proyección de sus propios conflictos sobre los hijos. A ello contribuye la influencia de la sociedad con sus propuestas de comodidad y placer, con sus mensajes contradictorios. No hay duda acerca de la distorsión que produce en el proceso educativo la divergencia entre los valores profesados y los bienes subalternos preferidos y apetecidos con obsesión.

Los segundos son los que se desarrollan con una socialización desviada por adaptación a un ámbito subcultural determinado. No hay entre ellos conciencia clara de la antijuridicidad como algo que repugna a la convivencia, por la muy sencilla razón de que sus actos se ajustan a lo que el grupo de referencia admite como válido para procurarse los bienes que la sociedad global realmente propone. La vida, la libertad, el pudor sexual, pierden en los hechos su importancia, en tanto cobra vigor una mentalidad de apropiación que ignora la distinción entre “lo tuyo” y “lo mío”. Las cosas van y vienen, y los menores las disfrutan o las “convierten” en dinero para darse otros gustos. Lo mismo se apoderan de las cosas de la casa como de las de la casa del vecino o de la familia próxima, pues satisfacen sus

necesidades y deseos sin sentido solidario hacia otros, salvo aquellos que se encuentren en iguales circunstancias.

Los terceros, por último, son los que vienen de un aprendizaje social y crítico o ambivalente en sociedades con señales contradictorias. Son aquellos que conscientemente desafían –porque lo cuestionan- el orden social vigente, en el que encuentran múltiples demostraciones de injusticia. Muchos de los graves acontecimientos que hemos vivido, y aún hoy vivimos en el país, encuadran en esta criminalidad de disconformidad, de crítica a las instituciones vigentes.

2. LA MINORÍA PENAL.

El concepto de minoría es un concepto jurídico, elaborado en el contexto de la ley que rige el orden social y comprensivo de toda una etapa de la vida humana en que el insuficiente desarrollo de la personalidad, traducido en una mayor permeabilidad hacia las influencias internas y externas nocivas, lleva al legislador a defenderla mediante la presunción de incapacidad.

Como veremos más adelante, este derecho implica la inimputabilidad del menor infractor, ya que éste hace parte de la categoría de menores en situación irregular que necesitan protección.

En materia penal, no existe una minoría absoluta y una minoría relativa, como existe en otras legislaciones que reconocen una responsabilidad del menor a partir de cierta edad, sino una sola minoría que corresponde a aquella de cualquier otro menor en situación irregular (menor abandonado, maltratado, explotado económicamente, etc.).

En nuestra legislación, para el menor infractor existen categorías diferentes en función de la edad, pero para efectos de establecer reglas de competencia.

2.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

Partimos en primer lugar, de su presencia en la concepción jurídica universal, para luego centrarnos en la evolución que ha presentado en nuestro ordenamiento jurídico positivo.

2.1.1. En el Derecho Antiguo.

Los menores de edad estaban sujetos al poder absoluto que sobre ellos tenía el paterfamilias³¹; pero al surgir la Ley de las Doce Tablas, modificó dichas costumbres y le concedió la libertad al hijo después de ser vendido por tercera vez.

Con la llegada del Cristianismo y dentro del régimen impuesto por Constantino, se sensibilizó el trato al menor, ordenando un castigo al padre

³¹ PETIT, Eugene, *Tratado Elemental de Derecho Romano*, Ed. Albatros, Buenos Aires, 1972, Trad. De la 9ª ed., francesa por José Ferrández González, Lib II, 2ª parte, capt. I, pág 460.

que asesinara a su hijo, pero recíprocamente, el hijo culpable de la muerte de su padre debía ser juzgado y castigado por la justicia civil; no de manera irresponsable, sino teniendo en cuenta la capacidad de discernimiento, de entender y querer, pues la idea de la inimputabilidad no estaba desarrollada.

Con el surgimiento del Derecho Romano,³² se establece una edad de incapacidad absoluta hasta los siete años. A partir de esta edad, se entendía que había cierto discernimiento cuestionable que comprendía entre los siete y nueve años y medio para las niñas, y los siete y diez años y medio para los niños. Después de los doce años para las niñas y los catorce para los niños, edad en que comenzaban su pubertad, se les reconocía capacidad plena; por lo cual podían ser objeto de castigos por delitos, incluso se les aplicaba la pena de muerte.

Pero fue Justiniano, quien determinó la edad penal en los catorce años. Se tenía en cuenta la capacidad de dolo del menor, recibiendo en todo caso por la inimputabilidad, una pena atenuada.

³² PETIT, Eugene, *Tratado Elemental de Derecho Romano*, Buenos Aires, ob. Cit., pág 471

2.1.2. Escuela Clásica.

Teniendo por fundamento el libre albedrío, a la hora de determinar la responsabilidad penal, estudiaban y daban realce a la inteligencia y la voluntad del menor. De tal forma, se consideró al infante, hasta los siete años, inimputable, absolutamente incapaz y por lo tanto se le eximía de cualquier forma de responsabilidad penal. No así con el púber, considerado hasta los doce años, quien era sujeto de una responsabilidad dudosa; y aquellos menores que se encontraran entre los catorce y los dieciocho años, eran responsables hasta tanto se le comprobara que había actuado sin discernimiento.

2.1.3. Escuela Positiva.

En esta Escuela,³³ predominó la importancia de la defensa social, y de acuerdo a este criterio se penalizó a los delincuentes, pues la responsabilidad penal radica en el perjuicio causado a la sociedad y su convivencia, de manera que se tiene en cuenta al momento de implantar una pena o una medida de seguridad, las facultades mentales y la acción físico-síquica del sujeto.

³³ VELASQUEZ. V., Fernando, *Derecho Penal Fundamental*, Ed. Temis, Bogotá, pág, 123.

Eran igualmente importantes, las causas endógenas y exógenas de la delincuencia, las cuales llevaron a la creación de tratamientos educativos y tutelares de los menores delincuentes, quienes recibían de acuerdo a su edad, situación familiar, estado físico y síquico, como la habitualidad en conductas antisociales, diferentes clases de sanciones penales o medidas judiciales.

Su error, consistía en considerar determinada edad, como medida de peligrosidad social y gravedad del hecho.

2.1.4. Escuelas Modernas.

Estas Escuelas consideran que, para que exista imputabilidad se requiere la capacidad de conocer la antijuridicidad de la conducta y autodeterminarse para ella. De manera que los menores, hasta cierta edad, deben ser tratados por el Derecho de Menores, teniendo en cuenta la falta de dicha capacidad y su inmadurez psicológica.³⁴

³⁴ VELASQUEZ, V., *Derecho Penal Fundamental*, Ed. Temis, Bogotá, Ob. Cit, pág. 132.

2.2. LEGISLACIÓN COLOMBIANA.

En el siglo XIX y a comienzos del siglo XX, la Legislación Penal Colombiana se vio influenciada por la Escuela Clásica, en cuanto al señalamiento de la edad penal y el tratamiento recibido por imputables con deficiente madurez psicológica. Pero fue desde 1936, cuando la Escuela Positivista y más aún el derecho de menores los que orientaron a los legisladores con respecto a las normas que sancionan a los menores delincuentes.

En Colombia, encontramos de manera definida y clara, tres épocas dentro de la evolución legislativa, antes de llegar al Código actual.

2.2.1. Expedición del Código de Santander (1827-1920).

Dicho Código ³⁵ consideraba como absolutamente inimputables y personas excusables, a los menores de siete años, tal como lo establecía en su artículo 106. El artículo 108 consagraba que, los padres o representantes de los menores con edades entre siete y diez años y medio podían recibir amonestación, en ningún caso pena alguna, siempre que el menor fuera corregible o se confiase en aquellos; pues de no ser así, recibían medida

asegurativa de reclusión, teniendo en cuenta su edad, pues esta no debía ser superior a los diecisiete años. A partir de esta edad eran considerados imputables.

El Código Penal de 1858, consagraba en su capítulo segundo las personas excusables, para lo cual seguía, en su artículo 101, los mismos lineamientos del Código de Santander. De igual forma, consideraba a los menores de siete años absolutamente incapaces. Los menores con edades entre siete y doce años podrían ser reclusos, por orden del poder ejecutivo o prefecto respectivo, con el fin de ser corregidos o educados hasta los diecisiete, edad a partir de la cual eran considerados imputables.

Por su parte el Código Penal de 1890, continuó con la división por edades que había establecido el Código de Santander. Los menores de siete años fueron considerados inimputables; hasta los doce años gozaban de tal condición pero podían recibir medidas de seguridad; y, los mayores de dieciocho años de edad, eran totalmente imputables.

³⁵ GARCIA MENDEZ, Emilio, *El Menor ante la norma penal*, Ed. Jurídicas Wilches, Bogotá, 1991, pág. 54.

La ley 109 de 1922, conocida como Proyecto Concha,³⁶ aumentó la edad para los inimputables absolutos hasta los doce años. De igual forma lo eran los menores hasta los catorce años, siempre y cuando hubieren actuado sin capacidad de discernimiento; pero era factible reducir la pena legal a imponer si reconocían haber actuado con discernimiento. Entre los catorce y dieciocho años recibían una rebaja a la mitad de la correspondiente pena que fuere impuesta a mayores de dieciocho años. Finalmente, adicionó una cuarta categoría, la cual comprendía a los mayores de dieciocho y menores de veintiún años, quienes recibían rebaja de una sexta parte de las penas impuestas.

2.2.2. Época comprendida entre 1920 a 1981.

En este período extenso, no sólo aparecen nuevos Códigos en nuestro ordenamiento penal, sino que a su vez, se crean nuevas instituciones y entidades encargadas de velar por la protección de los menores.

³⁶ GARCIA MENDEZ, Emilio, *El menor ante la norma penal*, Ed. Jurídicas Wilches, Bogotá,

2.2.2.1. Ley 98 de 1920

Mediante la expedición de esta ley se dio vida a los Juzgados de Menores,³⁷ a los cuales se les asignó la competencia para conocer de los hechos delictivos y contravencionales cometidos por menores de edad que se encontraran entre los siete y los diecisiete años.

A su vez, le otorgó facultades al Juez para intervenir y proteger a aquellos menores que se encontraran en situación irregular; decretar medidas judiciales las cuales podían ser de duración indefinida y modificables en cualquier momento, conforme se observara la evolución positiva del menor en su proceso de educación. Estas comprendían desde la absolución plena, la absolución pero con una amonestación, la libertad vigilada, la colocación familiar o institucional. Se creó de manera especial, la Colonia Agrícola, como centro de colocación institucional, para albergar a aquellos menores en situación irregular, comprendidos entre los quince y diecisiete años.

El Juez estaba obligado a realizar un proceso educativo, por lo que debía decretar la medida más conveniente para el menor, pues cualquiera que

1991, pág 56 y ss.

³⁷ IBÁÑEZ N., Jorge Enrique, *La vida de los derechos de la niñez*, Compilación normativa, Tomo I, Imprenta Nacional, Colombia, 1992.

fuera su decisión, debía estar encaminada a corregir al menor, sin que sufriera castigo físico o psicológico alguno. Para el logro de tal objetivo, recibía ayuda y asesoría de un médico, quien era el encargado de investigar la situación socio-familiar, el estado físico y psíquico del menor.

2.2.2.2. Código Penal de 1936.

Este Código retiró el tratamiento especial recibido y logrado hasta el momento para los menores; pues consideró delincuentes a los menores de dieciocho años, por lo que en lugar de aplicar o sujetarlos a medidas de seguridad, habló de “sanciones penales”, ya que los menores en esta edad, podían tener algún tipo de responsabilidad penal.³⁸

Las sanciones impuestas, dependían de la edad de los menores. Para quienes se encontraran por debajo de los catorce años, se les imponía entre otras, la libertad vigilada en familia hasta cumplir los dieciocho años, la libertad vigilada fuera de la familia y la escuela de trabajo.

Estos menores eran llevados a reformatorios cuando recibían pena de presidio, la cual podía durar entre tres y quince años; y al cumplir los

veinticinco sería trasladado a penitenciaría para que acabara el tiempo de condena o el proceso de reforma, que de lograrlo recibía Libertad Condicional. El procedimiento aplicado era breve, sumario y secreto.

2.2.2.3. Código de Procedimiento Penal de 1938.

Fue un poco más laxo que la regulación anterior, pues estableció una clasificación entre menores sanos y enfermos; estos últimos no podían recibir medidas de libertad vigilada, condena condicional y libertad condicional por no encontrarse en óptimas condiciones de salud física y mental.

El menor no era conducido a audiencia privada, de manera que cualquier decisión que tomara el Juez dependía de la investigación, la cual era sumaria, y estaba encaminada a demostrar el hecho, la responsabilidad del menor, su situación socio-familiar, estado físico y mental.

De no poderse decretar medida de Observación, para la cual se necesitaban requisitos legales del acto de proceder, se ordenaba el Depósito Familiar y en su defecto, se enviaba al menor a una Institución de menores no delincuentes.

³⁸ IBAÑEZ N, Jorge Enrique, La Vida de los derechos de la niñez, Compilación normativa,

A su vez los menores de dieciocho (18) años, podían recibir condena condicional, siempre que el delito no tuviera pena de presidio; escuela de trabajos si no se cumplía con los requisitos para la condena condicional, por un mínimo de dos años y máximo hasta cumplir los veinticinco (25) años; libertad vigilada, mínimo un año y máximo hasta cumplir los veinticinco años, esta se aplicaba especialmente a contraventores. Estas medidas eran revocables en cualquier tiempo.

2.2.2.4. Ley 83 de 1946 o Estatuto Orgánico de la Defensa del Niño.

Esta Ley derogó algunos artículos del Código de Procedimiento anterior, aunque conservó la inimputabilidad hasta los dieciocho (18) años; Determinó las calidades especiales de los Jueces de Menores; la estructura y finalidad de los Juzgados de Menores y los trámites de ejecución de las medidas de asistencia y protección.

En el desarrollo de las medidas adoptadas, el Juez podía intervenir directamente en los centros o instituciones de observación y rehabilitación, con el objeto de observar la aplicación efectiva de la medida y la evolución del menor en situación irregular.

De igual forma, se creó el servicio psicopedagógico encaminado a una atención integral de los menores, en aras de lograr un acertado proceso educativo y de reinserción a la sociedad.

Rigió hasta antes de promulgarse el Código del Menor de 1989, aunque con algunas modificaciones posteriores, que a continuación se comentan.

2.2.2.5. Decreto 14 de 1955.

Aunque derogado posteriormente, por medio de este decreto se presentaron grandes contradicciones con la ley vigente hasta el momento y se desconocieron los derechos de los menores al tratárseles solo hasta los quince años como tal, pues se determinó que una vez cumplida dicha edad; si no se había logrado su reforma, pasarían a manos de la justicia penal ordinaria.³⁹

2.2.2.6. Decreto 1699 de 1964.

Con este decreto se decidió la imposición de sanciones penales a quienes fueran mayores de dieciséis años, por conductas que catalogaron como

³⁹ IBAÑEZ, Jorge Enrique, *La Vida de los derechos de la niñez*, Tomo I., Colombia, 1992

“antisociales”; de las cuales conocían los Jueces de Menores en única instancia. En caso de ser el infractor mayor de dieciséis pero menor de dieciocho, los llamados a conocer del proceso eran los Jueces Municipales en primera instancia, y los Tribunales Superiores de Distrito Judicial en segunda instancia.

Pero lamentablemente esta disposiciones nunca se cumplieron por no brindar las garantías tutelares de la Ley 83 de 1.946, de manera que los infractores menores de dieciocho (18) años, fueron tratados y procesados como adultos.

2.2.2.7. Decreto 1818 de 1964.

Por medio de este Decreto,⁴⁰ se modificó en parte la Ley 83 de 1946, pues se prohibió conducir a los menores de doce (12) años ante funcionarios de la rama judicial del poder público, en razón del desconocimiento que se les daba de capacidad civil y por lo tanto, a la imposibilidad de atribuírseles cualquier tipo de responsabilidad penal.

⁴⁰GARCIA MENDEZ, Emilio, *El menor ante la norma penal*, Bogotá, 1991, pág 69 y ss.

De otro lado ordenó al Juez no mantener por un término superior a noventa (90) días en casa de observación a los menores infractores, con edades entre los doce (12) y los dieciocho (18) años para resolverles su situación; y de optar por la medida de internación para observación, esta no podría ser superior a un año; pero en los casos en que el internamiento fuera para reeducación debían ser mínimo por un año.

En lo que respecta a la División de Menores, ésta fue adscrita al Ministerio de Justicia, dándole competencia para conocer los casos de menores en estado de abandono, peligro físico o moral; actuar como intermediario entre los Jueces de Menores y las Instituciones de rehabilitación, así como la encargada de ejecutar las medidas que dichos jueces ordenaran.

Al crearse el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, la División de Menores quedó incorporada a dicho organismo y se establecieron las mal llamadas "*Defensorías Penales de Menores*", cuyos funcionarios venían ejerciendo la defensa de los menores infractores ante los respectivos funcionarios judiciales y, además, investigan y aplican medidas de protección a aquellos menores de doce (12) años que hayan observado un comportamiento antisocial, dándoles un tratamiento similar al que se sigue en casos de abandono y de peligros físicos o morales.

2.2.2.8.

Ley 75 de 1968.

El artículo 48 de esta ley, estableció para todos los efectos legales de orden penal relacionados con menores, la edad de dieciséis (16) años como el límite para la aplicación de la ley penal, lo cual modificó sustancialmente la Ley 83 de 1946. Las razones más válidas para su disminución radicaron en el aumento de la delincuencia juvenil y a la ineficacia de los Juzgados de Menores.

Los Jueces Penales Ordinarios quedaron facultados para conocer de delitos contra la Asistencia Familiar cuando los procesados fueran mayores de dieciséis (16) años; en caso de ser menores de dicha edad, conocerían los Jueces de Menores, quienes perdían competencia de continuar el proceso cuando el menor cumpliera los dieciséis (16) años, si no se hubiese terminado mediante fallo que haya hecho tránsito a cosa juzgada.⁴¹

Esto último, fue abiertamente criticable por ser absurdo y contradictorio, ya que un menor procesado por delitos o hechos punibles naturalmente menos graves que los contemplados en el Código Penal, debiera ser puesto a

⁴¹ GARCÍA MÉNDEZ, Emilio, *El menor ante la norma penal*, Bogotá 1991, pag. 74

órdenes de un Juez Ordinario por la única razón de demoras o falta de oportunidad procesal para el fallo a que se refiere la ley, antes de cumplir dieciséis (16) años, violando abruptamente derechos tradicionales y constitucionales de los menores, quienes llegarían a ser condenados como adultos. En su oportunidad se comentó que la remisión del proceso al Juez ordinario no tenía otra consecuencia que el cambio de competencia y de procedimiento.

El Decreto Reglamentario correspondiente, el 398 de 1969, ordenó la creación de pabellones o establecimientos especiales para los menores entre dieciséis (16) y dieciocho (18) años, que recibieran detención preventiva o pena de arresto.

2.2.2.9. Decreto 409 de 1971.

Este Decreto Legislativo introdujo algunas reformas al Código de Procedimiento Penal existente en la época y codificó todas sus normas. Con relación a la Jurisdicción de Menores, incluyó un capítulo y bajo el título "*Juicio ante los Jueces de Menores*", hizo una transcripción literal de disposiciones de la Ley 83 de 1946 relacionados con el procedimiento en

caso de infracciones penales cometidas por menores de dieciséis (16) años, olvidando puntos esenciales definidos por la citada ley.

El decreto en mención, compiló la legislación sobre jurisdicción de menores dentro del estatuto procedimental penal ordinario, evidenciando una errónea interpretación de las funciones de los Jueces de Menores y de las características propias de su competencia, dentro del concepto de que ellas no tienen el carácter de criminal o penal, sino educativo y tutelar.

2.2.3. Tercera Época. Desde enero de 1981.

En este período, surge una nueva codificación penal, fundamentada en un criterio eminentemente culpabilista, considerando al momento de endilgar un hecho punible tanto aun adulto como a un menor, criterios psicológicos como normativos.

También se resalta el rechazo a un sistema punitivo edificado sobre las ya conocidas nociones de peligrosidad y defensa sociales consagradas en el Código de 1936.

2.2.3.1. Código Penal de 1980.

Con la expedición del actual Código Penal (Decreto 100 de 25 de enero de 1980) y que entró a regir un año después de dicha fecha, cambió la situación jurídica de los menores de dieciséis años con relación a la naturaleza jurídica de los hechos punibles por ellos realizados.

Dentro de esta nueva codificación, los menores de dieciséis años son inimputables en razón de su inmadurez psicológica. En algunos casos esta calidad tiene el carácter de presunción de derecho, es decir, siempre es admisible la causal de inimputabilidad aunque la realidad psicológica del sujeto indique que se dan los presupuestos mínimos de capacidad de comprensión y de autodeterminación.

El tratamiento penal dispuesto en el Código para inimputables (adultos o menores) es una excepción al principio de la responsabilidad subjetiva aunque la capacidad de los respectivos sujetos sea únicamente frente a la acción penal y no ante la pena.

2.2.3.2. Expedición del Código del Menor.

El Código del Menor se expidió mediante el Decreto 2737 de 1989, en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 56 de 1988 y oída la comisión asesora designada al respecto.⁴²

Este nuevo Código reúne así en un solo texto las diversas disposiciones sobre la protección de la niñez y de la juventud hasta entonces dispersas en diversas leyes y reglamentos. Derogó la Ley 83 de 1946, orgánica de la defensa del niño, las Leyes 5ª de 1975 y 20 de 1982, el Decreto 1818 de 1964, el procedimiento penal relativo a los juicios ante los jueces de menores contenido en el Capítulo II, Título IV, libro 3º del Código de Procedimiento Penal y las normas que le sean contrarias.

Fuera de este aspecto puramente formal, el Código del Menor aporta una serie de innovaciones y modificaciones a instituciones, organismos y dependencias creadas con anterioridad, como de cada una de sus funciones, en aras de propender por una correcta protección, tutela y garantía del bienestar de los menores y en defensa de sus derechos.

Dentro del estudio que abarcamos, el Código del Menor elevó la minoría penal consagrada en la edad de dieciséis (16) años, tanto en la legislación de menores como en el Código Penal, a dieciocho (18) años.

2.2.3.3. Leyes 599 y 600 de 2000.

Mediante la Ley 599 y 600 del veinticuatro (24) de julio de 2.000, el Congreso de la República expidió el nuevo Código Penal y de Procedimiento Penal, que entrarán en vigencia el 26 de julio de 2001.

El objeto de la reforma fue adecuar los Códigos anteriores, a los principios, valores y postulados trazados por la Constitución de 1991, que varió su régimen en forma sustancial y estableció un nuevo Estado Social y Democrático de Derecho. También tuvo como fin la reagrupación de las nuevas conductas punibles y procedimientos especiales que venía creando el legislador en sus numerosas disposiciones de coyuntura institucional.

En lo referente al menor infractor, el artículo 33 del nuevo Estatuto Penal no modifica la edad de minoría penal, siendo esta la actualmente consagrada en el Código del Menor (18 años).

⁴² MONROY CABRA, Marco G., *Derecho de Familia y de Menores*, Quinta Edición, Librería

Por otra parte, en el inciso tercero del mismo articulado, determina que los menores de dieciocho (18) años, estarán sometidos al sistema de Responsabilidad Penal Juvenil. Lo anterior, por cuanto se estimó que, no resulta adecuado considerarlo sin más como inimputable, habida cuenta que tal definición debe ser objeto, *“si así se considera como convenientemente se crea, de la ley encargada de señalar los presupuestos de dicha responsabilidad”*.⁴³

Este nuevo artículo ha dejado abierta la necesidad de crear un nuevo procedimiento para aquellos menores partícipes de un hecho punible, el cual evidenciaría una reforma sustancial al actual Código del Menor.

En este orden de ideas, en lo tocante con las medidas de seguridad consagradas en el artículo 69 y siguientes del Código Penal, así como del procedimiento contemplado en el nuevo estatuto procesal están

¹ COLOMBIA. Congreso de la República. Leyes 599 y 600 de julio 24 de 2000. En: Gaceta del Congreso, número 430, págs. 66 y 67, Imprenta Nacional – Bogotá, 2000

Jurídicas Wilches, 1997, pág. 559.

⁴³ COLOMBIA. Congreso de la República. Leyes 599 y 600 de julio 24 de 2000. En: Gaceta del Congreso, número 430, págs. 66 y 67, Imprenta Nacional – Bogotá, 2000

como lo son a los indígenas en consideración a su diversidad socio cultural o estados similares, a los que habiendo alcanzado la mayoría de edad, se encuentre bajo un trastorno mental duradero o transitorio, o por inmadurez psicológica. Es por ello, que las medidas contempladas en el Código del Menor, serían las aplicables, o las que se llegaren a adoptar en desarrollo del denominado “*Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil*”.

3. CORRELACIONES ENTRE LA CODIFICACIÓN PENAL Y EL CÓDIGO DEL MENOR.

En este acápite, hemos querido hacer un análisis concreto de la Legislación Penal vigente y de la recientemente promulgada por el Congreso de la República, y la Legislación de Menores, en las cuales se encuentra la normatividad sustantiva, la adjetiva o procesal, para determinar no sólo el grado de correlación que existe entre las mismas, sino también para definir puntos críticos y diferenciales que se han presentado en función de determinar al menor infractor o partícipe de un hecho delictivo, y el tratamiento judicial al cual se somete, independiente de las causas endógenas y exógenas para tal comisión, las cuales hemos tratado en la primera parte de este trabajo.

Para ello, analizaremos en primer lugar los principios orientadores de todo este conjunto de normas, en sus puntos afines y diferenciadores, y el concepto de quién es el menor para cada uno de estos ordenamientos.

3.1. PRINCIPIOS RECTORES COMUNES.

Los principios rectores son aquellos que consagran la filosofía y la orientación que cada uno de los ordenamientos jurídicos desarrolla para cada país. Por eso generalmente se encuentran en la Constitución Política, señalados en forma expresa o tácita. Su inclusión en el ordenamiento penal sustantivo y en el adjetivo, es de vital importancia, por estar dirigidos a consagrar excepciones o limitaciones a los derechos reconocidos; y en el Código del Menor, a preservar los derechos, la tutela y la protección de aquellos seres humanos que son el futuro de nuestra sociedad.

3.1.1. Publicidad.

El carácter positivo de estas normas indican que son realmente obedecidas y aplicadas, efectivamente vigentes en la comunidad nacional y lógicamente válidas, con independencia de su intrínseco valor.⁴⁴

Estos ordenamientos son de derecho público por excelencia, no solo por la disponibilidad de las relaciones que regula y por el primordial interés común que en ellas se cifra, sino también, de manera especialísima, porque

⁴⁴ FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan, *Derecho Penal Fundamental*, Tomo I, pág. 23.

representan una típica y directa manifestación de la soberanía. Las sanciones criminales patentizan dramáticamente el imperio del Estado, pues se cristalizan como coacción oficial que somete al individuo y ante la cual este se encuentra, por tanto, en plano de desigualdad, de extrema sumisión.

Las sanciones criminales, bien sean penas o medida de seguridad, son, de otra parte, el último y más drástico recurso jurídico de que el Estado puede disponer para garantizar el orden, la libertad y la paz públicas. Por ello, tales determinaciones solo deben entrar en juego cuando fallan los controles de otras ramas jurídicas en la preservación de las relaciones personales y de los bienes jurídicos tutelados.

3.1.2. Judicialidad.

La vigencia de estas normas tienen manifiesto carácter judicial, porque solo por medio del Juez natural pueden llegar a la vida social y lograr su cometido. No existe la posibilidad de que los particulares apliquen tales normas, lo cual es viable y frecuente en todo el ámbito del derecho privado.

3.1.3. El debido proceso.

Consagrado de forma expresa en el artículo 29 de la Constitución Nacional, se ha tenido como uno de los principales derechos procesales de los colombianos, no solo en el campo judicial sino inclusive en el campo administrativo.⁴⁵ Este principio aparece ampliamente contemplado en el artículo primero (1°) del estatuto procedimental penal vigente (Ley 81 de 2 de noviembre de 1993), al tenor:

“ART. 1°.- Debido proceso. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante Juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio...” (C.P.P. Artículo 1 Ley 81 de 2 de noviembre de 1993)

De igual forma, el artículo 163 del Código del Menor (D.L.2737 de 1989) contempla: *“Ningún menor podrá ser declarado autor o partícipe de una infracción que no esté expresamente consagrada en la ley penal vigente al tiempo en que se cometió, ante Juez competente previamente establecido y mediante el procedimiento señalado en este Código”*. (C.M. D.L 2737 de 27 de noviembre de 1989)

El nuevo estatuto procesal penal, en forma más resumida que su antecesor, contempla en el artículo 6º, este mismo principio: *“Nadie podrá ser investigado, ni juzgado sino conforme a la ley procesal vigente al tiempo de la actuación procesal, con observancia de las formas propias de cada juicio...”* (C.P.P , Ley 600 de 24 de julio de 2000)

Dentro de este contexto, se exige que todo juzgamiento se encuentre ceñido a las pautas constitucionales y legales. Se entiende que el debido proceso se manifiesta a través de estas tres circunstancias:

1. *Legalidad de las normas penales sustantivas y procedimentales: “Nadie podrá ser investigado y juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa”* (artículo 6 C.P.P). Se deduce que la conducta que origina la investigación y juzgamiento debe encontrarse específicamente establecida como delito o como infracción. Igualmente el procedimiento para investigarlo y juzgarlo debe estar establecido en normas vigentes en el momento de la comisión del hecho.
-

2. *Ante autoridad competente.* Quien en nombre del Estado pretende investigar y juzgar una conducta, debe estar expresamente habilitado para ello. No pueden investigar y juzgar funcionarios de hecho o personas que no han cumplido con requisitos que la ley exige para desempeñar los cargos. En la etapa instructiva será el fiscal general o delegados. En la etapa de juzgamiento lo serán los jueces. Ante los menores infractores, lo serán los defensores de familia, los jueces de menores, o los jueces promiscuos de familia (arts. 166 a 168, Código del Menor).

3. *Con la observancia de la plenitud de las formas de cada juicio.* Significa que deben respetarse los formalismos o procedimientos que la ley ha previsto para la investigación y juzgamiento. La ley regula los medios, los mecanismos y las formas en que deben cumplirse las actividades investigativas y de juzgamiento (arts. 179 al 209 del Código del Menor).

3.1.4. Presunción de inocencia.

Este principio parte del supuesto de que todos los hombres son buenos de por sí.⁴⁶ Por lo tanto, para tenerlos como malos es necesario que se les haya

⁴⁶ MARTINEZ RAVÉ., Gilberto, Procedimiento Penal Colombiano, Temis, 1994 ob cit. Pág. 13

juzgado y encontrado responsables. Mientras no exista un fallo o decisión debidamente ejecutoriado, que declare la responsabilidad penal de una persona, debe considerársele inocente.

Tanto en el Código de Procedimiento Penal vigente, como en el recientemente promulgado, se haya consagrado este principio, en los artículos segundo (2°) y séptimo (7°) respectivamente, aunque este último consagra en su inciso segundo el beneficio de la duda, la cual debe resolverse a favor del procesado.

En igual sentido, este último artículo nos refiere que únicamente las condenas proferidas en sentencias judiciales en firme, tienen la calidad de antecedentes penales y contravencionales.

En contraposición de lo anterior, en el actual ordenamiento de menores al momento del proferirse el respectivo fallo, al menor se le reconoce la calidad de autor o partícipe de una infracción penal, pero se estima que no es responsable de sus actos, no es culpable de ello. De ahí, que la consecuencia lógica de dicho ordenamiento, sea la aplicación de una medida de seguridad en lugar de penas o sanciones, lo que indefectiblemente

conlleva a que llegue a contar con los antecedentes referenciados con anterioridad.

3.1.5. Reconocimiento de la dignidad humana.

Fundamentado en que toda persona a quien se le atribuya la comisión de un hecho punible, tiene derecho a ser tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. Por el hecho de ser señalado como autor o partícipe de un hecho ilícito no convierte al ser humano, y menos a un menor, en animal o cosa. Por consiguiente, no se le puede golpear, violentar, maltratar o torturar material o psicológicamente, ya que por ser un infractor de la ley, no justifica por ningún motivo el trato cruel, inhumano o degradante, puesto que han de tenerse en cuenta las condiciones especiales en que se encuentran los menores.

De tal forma, que las autoridades encargadas de aplicar la ley a los menores, deben tener como premisa mayor la obligación de respetar y hacer respetar la dignidad de un menor, para tal efecto deberán evitar el abuso de autoridad y el uso arbitrario y desproporcionado de la fuerza que legítimamente pueden ejercer en nombre del Estado.

Este principio ha sido consagrado en muchos de los tratados internacionales a los que ha adherido Colombia. Así tenemos que por medio de la Ley 12 de 1991, el Congreso de la República aprobó la convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea de las Naciones Unidas,⁴⁷ el cual en su artículo 40 señala expresamente este principio.

Los estatutos procedimentales penales no se apartan de tal orientación, máxime si el contemplado en la Ley 600 de 2.000, adopta las directrices filosóficas de la Constitución de 1.991.

3.1.6. Libertad personal.

Todo colombiano tiene como derecho constitucional reconocido el derecho a la libertad personal. Solamente podrá privársele de ella en los casos y mediante los procedimientos o formalismos específicamente consagrados por la ley. Son frecuentes los casos en que el interés de la colectividad en descubrir los autores de los delitos se contraponen con el derecho que todo individuo tiene a su libertad personal. Por eso la ley se ve obligada a establecer excepciones a ese derecho constitucional, como sucede con la

⁴⁷ DEFENSORÍA DEL PUEBLO-FUNDACIÓN FES-UNICEF, *Los Derechos de la Infancia y la Adolescencia, Compilación de convenios, reglas y directrices de la O.N.U y Legislación Colombiana*, Mayo de 1995.

captura y la detención preventivas, casos en que el interés general prima sobre el interés individual.

Estas figuras están taxativamente contempladas en el estatuto procedimental (art. 417), ya que la norma general es la libertad de las personas. Solo se le puede privar de ella cuando una norma expresamente lo autoriza y mediante orden de autoridad judicial competente, tal como lo consagra el artículo 4° del Código de Procedimiento actual, y el artículo 3° del nuevo ordenamiento. Sin embargo, este último plasma los criterios que la doctrina jurídica y la política criminal han definido para la adopción de tal medida.

Respecto a los menores infractores, rige este mismo principio, haciendo las siguientes precisiones:

- a) El término "*detención preventiva*" consagrado en el procedimiento penal, es ajeno y extraño a la naturaleza y fines del derecho de menores. Hace alusión a una figura propia del derecho penal, por lo general a una medida de aseguramiento. En la Constitución, connota el momento en que una persona ha sido aprehendida porque se considera presuntamente involucrada en la comisión de un hecho punible. La misma

Carta otorga un término perentorio para que se adopte, por una autoridad competente, la decisión correspondiente.

Ahora bien, cuando el Código del Menor habla de “*aprehensión*”, no se refiere a la figura de “*detención preventiva*” consagrada en la Constitución, sino al acto físico por el cual se restringe el derecho de locomoción del menor mientras se resuelve lo pertinente para su mejor protección. La aprehensión que consagra el artículo 164 del citado ordenamiento, y la detención preventiva de la Carta, son dos figuras totalmente distintas, razón por la cual, en principio, no podría haber contradicción entre una y otra.

Pese a lo anterior, tales figuras son análogas en sus efectos. En ambos casos, -el de menor aprehendido o el del ciudadano detenido preventivamente- el sujeto tiene derecho a que en un término perentorio se le resuelva su situación por la autoridad competente. Esto es para el primer caso, “*en el primer día hábil siguiente*” (art. 184), y en el otro, en el “*término de 36 horas*” (art. 30 de la Constitución y 5° del Código de Procedimiento Penal). Igualmente, en ambos casos, se trata claramente, de una restricción, por lo menos temporal, derecho a la libertad.

b.) El artículo 184 del Código del Menor, no contraviene el artículo 28, inciso 2° de la Constitución Nacional, ya que en cuanto la norma ordena que los menores sean puestos a disposición del Juez o autoridad competente el primer día hábil siguiente a la fecha de su aprehensión, persigue precisamente evitar que los menores sean conducidos a lugares no permitidos y que permanezcan en ellos por término indefinido con violación ostensible de sus derechos, como ocurría en el pasado.

La norma pretende que los menores sean conducidos ante el funcionario competente para que éste defina su situación, les garantice sus derechos constitucionales y procesales, y les procure una asistencia jurídica adecuada. Esta norma se complementa con el artículo 16 del mismo ordenamiento, que prohíbe la detención arbitraria.

c.) La privación de la libertad de un menor debe decidirse como último recurso y por el período mínimo necesario y limitarse a casos excepcionales. La duración de la sanción debe ser determinada por la autoridad judicial sin excluir la posibilidad de que el menor sea puesto en libertad antes de ese tiempo.

En concordancia con lo anterior, las Reglas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores, conocidas también como “*Reglas de Beijing*”,⁴⁸ adoptadas por la Ley 12 de 1991, estipulan que el menor tiene derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción, con lo cual se ratifica la prevalencia de la libertad individual.

La Ley 600 de 2.000, por la cual se promulgó el nuevo Código de Procedimiento Penal, contempla a partir del artículo 355 y siguientes, lo atinente a la detención preventiva para aquellos a quienes la ley penal considera imputables. Esta es la única medida que se aplicará, en contraposición a las establecidas en la normatividad vigente, siempre y cuando existan por lo menos dos indicios graves de responsabilidad (art. 356).

De igual forma, en el Capítulo VII, consagra expresamente las medidas de protección y libertad para inimputables, que no sean menores de edad. Esto es, para aquellos quienes siendo adultos, presenten una inmadurez psicológica o mental, sufran de trastornos mentales transitorios o

⁴⁸DEFENSORIA DEL PUEBLO-FUNDACIÓN FES-UNICEF, *Los derechos de la infancia y la*

permanentes, y quienes se encuentren en grupos especiales que por su misma condición tengan una diversidad socio cultural, como lo serían los indígenas.

3.1.7. Derecho de defensa.

Si bien tenemos consagrado que todo procesado tiene derecho a designar un defensor para que lo asesore durante el trámite procesal, que incluye las diligencias previas, la etapa de la instrucción y la etapa del juzgamiento. Inclusive puede designarlo desde el momento mismo de su captura.

Cualquier diligencia que se cumpla con el procesado sin que esté asistido por su defensor carecerá de validez jurídica. Por lo tanto, este derecho de defensa es sagrado y por ningún motivo puede limitarse o suprimirse. Inclusive, cuando el procesado no está en condiciones de designar su defensor, el funcionario tiene la obligación de designarle uno de oficio para que lo asesore durante el trámite procesal. Así se encuentra establecido en el artículo 1° del Código de Procedimiento Penal actual, como en el artículo 8° del recientemente promulgado, al tenor: *“Art. 8°.- En toda actuación se*

garantizará el derecho de defensa, la que deberá ser integral, ininterrumpida, técnica y material' (D.L. 100 de 1980)

Es necesario resaltar que el sistema del Código del Menor, está encaminado a garantizar su derecho de defensa, el cual, por las características mismas del proceso, debe entenderse de manera diversa a la tradicional de los procesos de la jurisdicción ordinaria.

En efecto, varios artículos del Código, como el 166 y el 185 insisten en que el menor debe estar asistido durante el proceso por el defensor de familia y por su apoderado, si lo tuviere. También se afirma que los padres del menor pueden intervenir en el proceso. Son tantas las garantías relativas al derecho de defensa, que, por ejemplo, el artículo 185 establece que la intervención del apoderado no desplazará al defensor de familia.

3.1.8. Publicidad del proceso.

Con el objeto de evitar de pruebas secretas y la utilización de mecanismos indebidos, se estableció como norma general la publicidad del proceso penal. No obstante esa publicidad no existe en las diligencias previas, y es relativa

en la etapa instructiva, pues solo pueden conocerla los sujetos procesales.⁴⁹

En la etapa de juzgamiento la tal publicidad es manifiesta.

Por el contrario, la codificación del menor en su artículo 174, establece que las actuaciones judiciales o administrativas relativas a menores infractores serán secretas, y en consecuencia, no se podrán expedir certificaciones de las diligencias practicadas durante el proceso.

Para la Honorable Corte Constitucional,⁵⁰ dicha norma protege esencialmente el interés superior del menor, pues la publicidad sobre hechos irregulares y la divulgación de proceso judiciales en los que se investigue la conducta del menor, pueden generar consecuencias perjudiciales sobre su procedimiento moral y sobre su personalidad:

“El conocimiento de las actuaciones judiciales y la difusión y publicidad de ellas, pueden obstaculizar la integración del menor al medio en condiciones favorables, lo que iría en contravía de los derechos y de las obligaciones de la familia, la sociedad y el Estado, que consagra el artículo 44 de la Carta.

⁴⁹ DEFENSORIA DEL PUEBLO-FUNDACIÓN FES-UNICEF, *Los derechos de la infancia y la adolescencia*, Mayo de 1995, Ob. Cit., pág. 15.

⁵⁰ COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia C-019 de 25 de enero de 1993. M.P. Ciro Angarita Barón.

“Evidentemente, el derecho a un debido proceso público hace parte del núcleo esencial del debido proceso. Pero en caso de conflicto con los derechos de los niños, como el derecho a un desarrollo armónico e integral, han de prevalecer estos últimos, en razón del expreso mandato constitucional, contenido en el artículo atrás aludido.”⁵⁰

La publicidad o la difusión encontrada de informes, noticias o comentarios sobre las actuaciones judiciales o prejudiciales relacionadas con el menor, su situación y su conducta producen grandes impactos en la vida de aquel y pueden afectarlo en el futuro.

El artículo 14 de la Ley 600 de 2.000, consagra que únicamente será público el proceso en la etapa de juicio. No así durante el trámite de la investigación, la cual será reservada para quienes conforme a la ley, no sean sujetos procesales. De igual forma, es reiterada tal limitación por lo dispuesto en el artículo 330 del mismo ordenamiento, al referirse al tema de la instrucción del proceso.

Con lo anterior, se puede establecer que la publicidad en el proceso penal no es absoluta, como lo contemplado en la codificación de menores y sustentado ampliamente por la jurisprudencia de nuestras altas Cortes.

Reafirma lo anterior, en el hecho que el artículo 330 del nuevo Código de Procedimiento Penal, establece que a pesar de existir la reserva de la instrucción, no impedirá a los funcionarios competentes proporcionar a los medios de comunicación información sobre la existencia de un proceso penal, el delito por el cual se investiga a las personas legalmente vinculadas al proceso, la entidad a la cual pertenecen las mismas, siempre y cuando se haya dictado la respectiva medida de aseguramiento.

3.1.9. Doble instancia.

Con el objeto de garantizar mayor certeza de las decisiones judiciales, al permitir que el superior funcional del Juez que resuelve un caso pueda conocer del mismo, se consagra que toda decisión que afecte derechos fundamentales podrá ser apelada.

En el procedimiento penal, por lo tanto, la mayoría de las determinaciones judiciales son apelables. Excepcionalmente existen providencias de trámite

que sólo impulsan el proceso, que no admiten recurso de apelación que consagra el principio de las dos instancias.

Esto nos permite concluir, que en el proceso penal ordinario todas las providencias son apelables y no lo son, aquellas que expresamente la ley excepciona. El artículo 31 de la Constitución Nacional se refiere a este principio.

La Jurisprudencia ha sostenido reiteradamente que la doble instancia, a través de la apelación o la consulta, no es parte esencial del debido proceso, y la Constitución no la ordena como exigencia del juicio adecuado.⁵¹

Sin embargo, la tesis jurisprudencial que se menciona tiene hoy un carácter relativo, pues si bien es cierto que la Constitución no establece la doble instancia como un principio del debido proceso, de manera abstracta y genérica, no lo es menos que la posibilidad de impugnar las sentencias condenatorias sí es un derecho que hace parte del núcleo esencial del debido proceso. En todos los demás casos, la doble instancia, es un principio constitucional cuyas excepciones pueden estar contenidas en la ley, como se desprende del artículo 31 de la Constitución.

Así ocurre con el artículo 167 del Código del Menor, que consagra como excepción, que los Jueces de Menores o los Promiscuos de Familia conocerán en única instancia de las infracciones a la ley penal en que intervengan como autores o partícipes los mayores de doce (12) años y menores de dieciocho (18) años, con el objeto principal de lograr su plena formación y su normal integración a la familia y a la comunidad.

Por otra parte, de acuerdo al artículo 29 de la Constitución, toda persona tiene derecho a impugnar la sentencia condenatoria. El concepto de “sentencia condenatoria” no se predica de las infracciones penales cometidas por menores, pues a ellos no se les condena, sino que se les impone una medida rehabilitadora y protectora. Por lo tanto, también en principio, la providencia judicial en la que se imponga al menor una medida de esa índole podría, por precepto legal, carecer de una segunda instancia, pues no encaja dentro del concepto de “*sentencia condenatoria*” que consagra la Constitución Nacional.

Sin embargo, es necesario reconocer aquí que el artículo 167 del Código del Menor está parcialmente modificado, mediante la Ley número 12 de 1991, por la cual se acogió la Convención Internacional de Derechos del Niño, la

⁵¹ COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Sala Plena. Sentencia 81 de 13 de Junio de

cual en su artículo 37, ya referenciado anteriormente, otorga a los menores privados de su libertad el derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un Tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción, como bien lo hace notar la Corte Constitucional.⁵²

Según el artículo 204 del Código del Menor, el Juez, una vez establecida plenamente la infracción, podrá aplicar una o varias de las medidas allí establecidas, algunas de las cuales son claramente privativas de la libertad, como la ubicación institucional. O pueden llegar a serlo como en el caso del numeral 5° de dicho artículo: “...cualquier otra medida que contribuya a la rehabilitación del menor”. En tales casos, la sentencia podrá ser impugnada en aplicación del artículo 37 de la Ley 12 de 1.991.

Esa impugnación se hace ante las Salas de Familia de los Tribunales Superiores, pues como lo ha establecido la Jurisprudencia,⁵³ los Jueces de Menores o los Jueces Promiscuos de Familia están adscritos a la Jurisdicción de Familia, y por lo tanto, las Salas de Familia de los respectivos Tribunales son sus superiores jerárquicos.

1991. M.P. Jaime Sanín Greiffenstein, entre otras.

⁵² COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia C- 019 de 25 de enero de 1993* M.P. Ciro Angarita Barón.

3.2. EL MENOR ANTE LA NORMA PENAL.

Para comprender la situación jurídica del menor frente a la norma penal, es necesario tener un conocimiento, siquiera general, sobre el hecho punible, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, como lo establece el Código Penal actual y el contemplado en la Ley 599 de 2.000, recientemente promulgada.

3.2.1. El hecho o conducta punible.

El artículo 2° del Código Penal define: *“Para que una conducta sea punible debe ser típica, antijurídica y culpable”*. Esta disposición ordena que el Juez o Tribunal no puede proferir sentencia condenatoria si en el respectivo proceso, al valorar los elementos estructurales del hecho punible, no encuentra demostrado lo siguiente: su correspondencia con un modelo penal (tipicidad); que la conducta lesionó o puso en peligro un bien jurídicamente tutelado (antijuricidad) y que en el aspecto subjetivo sea atribuible a determinada persona a título de dolo, culpa o preterintención (culpabilidad).

El artículo 9° de la nueva normatividad contempla:

⁵³ COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, *Auto del 13 de mayo de 1992*.

“Artículo 9°. Conducta punible. Para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable. La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado.

Para que la conducta del inimputable sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y se constate la inexistencia de causales de ausencia de responsabilidad.” (C.P.P Ley 600 de 24 de julio de 2000)

Este artículo denomina el delito como “*conducta punible*”, cuando el Código de 1980 se refería al *hecho punible*, y el estatuto penal de 1936 lo denominaba *infracción*. El cambio de la voz hecho obedeció, al énfasis que el reformador hace del acto humano, de un derecho penal de acto. La nueva denominación sigue de cerca la orientación del Constituyente que optó por un derecho penal de acto, en oposición a un derecho penal de autor, como lo sostiene Jairo López Morales:

“..se justifica ese cambio porque con la voz hecho también nos referimos a un fenómeno natural, como el nacimiento, la muerte, un terremoto, etc. Igualmente la palabra hecho se toma a veces en sentido contrario a derecho, y entonces se emplea la expresión “de hecho” para denotar que en

determinada ocasión se procede arbitrariamente por vía de fuerza y contra lo prescrito en el derecho.

“En otros eventos, la palabra hecho significa la especie de que se trata en una discusión o litigio, en cuyo caso el hecho es la exposición de las circunstancias de que se compone el negocio contencioso. La exposición de los hechos, en estos casos, es requisito de la denuncia penal y también como fundamento de la demanda en los procesos contenciosos.

“El hecho punible, pues, se refería a que únicamente la conducta humana punible, a los actos ilícitos, por acción u omisión, los que son objeto del derecho penal. Pero en la legislación penal y la jurisprudencia, la palabra hecho se toma como expresión material de la conducta humana, por esta razón se prefirió cambiarla por “conducta”, para aclarar que se trata de un acto de hombre”.⁵⁴

Respecto al inimputable, se tuvo las mismas consideraciones anteriores para la conducta punible, exigiendo además, la constatación de la inexistencia de causales de ausencia de responsabilidad. De igual forma, expresamente

⁵⁴ LOPEZ M, Jairo. *Nuevo Código Penal. Explicación de la reforma y comentarios de cada uno de los artículos*. Concordado. Doctrina Constitucional y Jurisprudencia. Tomo I. Ed. Doctrina y Ley. 2001, pág. 77.

consagró que su conducta no es atribuible a título de dolo, culpa o preterintención, ya que esta obedecería a otros factores que más adelante se analizarán.

3.2.2. Tipicidad.

El artículo 3° del Código de 1980 define: *“La ley penal definirá el hecho punible de manera inequívoca.”* Una conducta humana es típica cuando objetivamente corresponde a su descripción en las normas penales. Esta es categoría humana, un fenómeno o producto humano, en cambio la tipicidad es una creación legal por medio de la cual un comportamiento de la vida social es valorado y declarado punible en la ley.

El tipo penal es un mecanismo legal para definir y concretar el enunciado de un delito, pero con todo no es el delito mismo, pues requiere ilicitud y culpabilidad, por lo tanto todo tipo penal describe un comportamiento (activo o pasivo) que lesiona o pone en peligro un bien legítimo.

Luego de acuerdo con el artículo 29 de la Carta Política, no puede existir ningún dispositivo legal que al crear el delito (en la ley) no haga referencia concretamente a un comportamiento humano.

La disposición del artículo 3° es una prevención para el legislador para que en la descripción de tipos penales lo haga en forma clara y precisa, es decir, que el interprete no tenga dudas sobre cada uno de sus elementos esenciales, evitando así las posibilidades de abuso, desorientación y desviación en la aplicación de la ley.⁵⁵

En el nuevo Código Penal, la figura de la tipicidad no sufrió cambio sustancial. Sólo se mejoró y amplió en su redacción. Además se incluyó el inciso 2° en aras de potencializar la seguridad jurídica o legal, se exige que también en materia de los delitos de omisión rija la predeterminación legal de los deberes vinculantes a tales tipos.

3.2.3. Antijuricidad.

El actual Código Penal consagra la antijuricidad en su artículo 4° de esta manera: *“Para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga en peligro sin justa causa, el interés jurídico tutelado por la ley.”* (C.P., D.L. 100 de 1980)

Una conducta es antijurídica cuando contradice o viola un precepto legal. Pero hasta aquí, solo estamos haciendo una referencia puramente formal, ya que es una “*contradicción entre el hecho del hombre y el derecho*”.⁵⁶ Si le agregamos una calificación referida a la lesión o peligro de lesión del interés jurídicamente tutelado, llegamos a una concepción más lógica y más completa de antijuricidad.

Se remite al objeto del hecho punible en cuanto se deduce de la valoración que realiza el Juez sobre un determinado comportamiento humano, cuando éste lesiona o pone en peligro el bien tutelado en la ley, sin justa causa. Esto significa además, que los aspectos positivos o negativos de la antijuricidad, también se dan en relación a la conducta del inimputable, calidad ésta valorada sobre elementos subjetivos como una incapacidad de comprensión y de autodeterminación frente a una exigencia ética y social.

Para llegar a una deducción de antijuricidad ante una conducta humana dada, el Juez debe dar los siguientes pasos: a) identificación frente al precepto legal, o sea la tipicidad; b) lesión o peligro de lesión del interés jurídicamente tutelado; y, c) ausencia de causas justas, es decir, que el

⁵⁵ REYES E. Alfonso, *Derecho Penal*, Tercera reimpresión de la Undécima Edición, Temis, Bogotá, 1994, págs. 95 y ss.

⁵⁶ REYES E. Alfonso, *Derecho Penal*, Tercera reimpresión de la Undécima Edición, Temis, Bogotá, 1994, págs. 154 y s..

hecho no esté justificado por haber concurrido en su realización, cualquiera de las situaciones circunstanciales a que se refiere el artículo 29 del Código Penal.⁵⁷

Esta norma tampoco sufrió modificación en la Ley 599 de 2000. Sólo se varió en su numeración y se le agregó la palabra "*efectivamente*", para hacer énfasis en la necesidad de indicar que para que una conducta típica sea punible se requiere que lesiones o ponga real y verdaderamente en peligro el bien jurídicamente tutelado. Así mismo, se clarifica que el interés jurídico protegido, cuando toma relevancia penal, se designa como bien jurídico; con lo cual se establece que necesariamente sobre el mismo debe recaer la afectación.

3.2.4. Culpabilidad.

La culpabilidad es la tercera condición del hecho o conducta punible, tal como lo establece el artículo 5° de Código Penal: "*Para que una conducta típica y antijurídica sea punible debe realizarse con culpabilidad. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva*". (C.P. , D.L 100 de 1980)

⁵⁷ REYES E. Alfonso, *Derecho Penal*, Tercera reimpresión de la Undécima Edición, Temis,

Es decir, no puede cometer delito o contravención, quien no obró o no podía obrar culpablemente. Así el inimputable no puede realizar conducta punible porque a su psiquismo inmaduro o anómalo no se le pueden hacer las atribuciones propias de la culpabilidad.

Si a quien realiza una conducta típica y antijurídica se le aplica una medida de seguridad, ésta no puede surgir de la relación hecho-violación, sino de la de hecho-anomalía o inmadurez psicológica.⁵⁸

El fenómeno de la culpabilidad que informa al actual Código Penal toma conceptos psicológicos y normativos. Con relación a los primeros se valoran condiciones psíquicas del agente, en un momento dado, para deducir o presumir la capacidad de respuesta de acuerdo a la norma. En cuanto a lo segundo la culpabilidad surge del reproche moral a quien obró antijurídicamente pudiendo hacerlo “*en dirección contraria.*”⁵⁹

La capacidad psicológica en que se funda la culpabilidad es siempre una posibilidad. Una atribución legal a quien reúne determinados presupuestos fijados en la evolución y estado de sus facultades mentales. Tal posibilidad

Bogotá, 1994, págs. 155 y ss.

⁵⁸ GARCIA MENDEZ, Emilio, *El Menor ante la norma penal*, Ed. Jurídicas Wilches, Bogotá, 1991, Ob. Cit., pág. 83.

puede no estar de acuerdo con la verdadera realidad psicológica del agente a lo cual la ley responde señalando causas excluyentes de la culpabilidad, pero solo excepcionalmente, pues de lo contrario las normas perderían firmeza como ocurre con la excusa de la ignorancia de la ley.

El artículo 12 de la Ley 599 de 2.000 define a la Culpabilidad de esta manera: *“Sólo se podrá imponer penas por conductas realizadas con culpabilidad. Queda erradicada toda forma de responsabilidad objetiva.”*

Se observa a simple vista, que no se modificó en su esencia o concepción, sino que únicamente se amplió su redacción para hacer claridad en cuanto a que para estimar cumplida la conciencia de la antijuricidad basta que la persona haya tenido la oportunidad, en términos razonables, de actualizar el conocimiento de lo injusto de su conducta. Así mismo, se mantuvo la prohibición de toda forma de responsabilidad objetiva.

3.2.5. El inimputable menor.

El ordenamiento penal contiene las disposiciones que en forma genérica, se refieren a los menores de edad, considerados como sujetos inimputables a

⁵⁹ GARCIA MENDEZ, Emilio, *El Menor ante la norma penal*, Ed. Jurídicas Wilches, Bogotá,

quienes en el evento de ser infractores de la ley penal se les aplica medidas y no penas o sanciones, por su conducta desviada generada por diversos factores, y que por su especial condición no puede equipararse a la ejecutada por un adulto.

3.2.5.1. Imputabilidad e inimputabilidad.

Imputabilidad significa capacidad referida a las funciones del psiquismo superior –inteligencia y voluntad- calificada frente a determinado objeto del conocimiento.⁶⁰ Es la capacidad de conocimiento y comprensión que en el momento de la realización del hecho o conducta típica tiene el sujeto sobre la antijuricidad de su acción u omisión y la de autorregularse de conformidad con esa comprensión.

El primer aspecto del fenómeno hace relación al necesario conocimiento que el sujeto ha de tener de que está vulnerando con su propio comportamiento y sin justificación legítima el interés jurídico penalmente tutelado por tipo dentro del cual aquel se subsume; el segundo se refiere a la humana libertad para

1991, pág. 83.

⁶⁰ REYES E., Alfonso, *Criminología*, Séptima Edición, Universidad Externado de Colombia, 1984, Ob. Cit., págs 187 y ss.

actuar en sentido antijurídico pudiendo y debiendo comportarse diversamente.

La imputabilidad es presupuesto de culpabilidad de acuerdo a la orientación del Código Penal vigente y del que próximamente entrará a regir. Es decir, no se pueden hacer las atribuciones subjetivas de las figuras de dolo, culpa o preterintención a quienes, en un momento dado, no reúnen condiciones mentales mínimas ante las exigencias de la ley penal. Dicha capacidad varía de persona a persona, con condiciones psicológicas, orgánicas, espaciales y temporales. Es por ello que el Derecho Penal, para ser justo y lógico debe distinguir al hombre psíquicamente normal del anormal y señalar a cada uno el valor de sus actos antijurídicos.

En la afirmación de imputabilidad simplemente se está haciendo referencia a cierto grado de madurez y de normalidad en los procesos intelectivos y volitivos frente a la noción de ilicitud, entendida ésta en sentido ético y normativo. De esto se deduce que la capacidad de comprensión y de autodeterminación no es un valor absoluto como sí lo es la noción de inimputabilidad.⁶¹

⁶¹ REYES E., Alfonso, *Criminología*, Universidad Externado de Colombia, 1984. Pág. 188.

Cuando la conciencia no puede registrar el hecho, o la voluntad aprobar o desaprobar su realización, estamos ante un sujeto inimputable. Y para llegar a esa afirmación absoluta de incapacidad psicológica, la ley admite aquellas situaciones en las cuales las funciones psíquicas sufren un retroceso brusco o no han alcanzado cierto grado de evolución. En el primer caso tenemos los trastornos mentales, permanentes o transitorios; y en el segundo, la inmadurez psicológica por razones de edad, retardo mental, deficiencias sensoriales o factores culturales.

Como bien los expone Alfonso Reyes Echandía,⁶² la inmadurez psicológica y el trastorno mental, para que excluyan la imputabilidad, además del grado de afectación de las funciones psíquicas, se requiere concordancia temporal y causal con el hecho realizado.

Lo primero indica simultaneidad entre la conducta y el estado mental anómalo o inmaduro; y lo segundo, posibilidad del hecho dada las condiciones psíquicas de su autor.

Para algunos la segunda relación debe ser estrictamente causal, lo cual, conduciría a señalar como causas inmediatas de la delincuencia los factores

⁶² REYES E., Alfonso, *Criminología*, Universidad Externado de Colombia, 1984.. Pág. 190.

psíquicos de inimputabilidad pero esto no siempre es cierto. Así, la conducta antisocial del inmaduro psíquico tiene más relación con pautas de crianza y aprendizaje, que con su estado mental no suficientemente evolucionado.

De esta manera, el artículo 31 del Código Penal define: *‘Es inimputable quien en el momento de ejecutar el hecho legalmente descrito no tuviera la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez psicológica o trastorno mental.’*

El artículo 33 contenido en la Ley 599 de 2000, describe el concepto de 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...”

“Los menores de dieciocho (18) años estarán sometidos al Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil”.

El texto de este artículo es similar al del Código de 1980. Sin embargo el cambio de la expresión “*hecho legalmente descrito*”, por el “*conducta típica y antijurídica*”, representa un importante avance en la evolución de la doctrina según la cual, a partir de la vigencia de este nuevo texto, se reconocen las causales de justificación de manera expresa, y la culpabilidad por deducción, para los sujetos denominados inimputables, según lo demuestra el tratadista Nódier Agudelo Betancur, en sus *Documentos para la Reforma Penal*.⁶³

También se consagró en el texto del artículo, un elemento nuevo generador de la figura: la desadaptación socio-cultural y se le agregó inadecuación sociocultural para comprender específicamente a los integrantes de los pueblos indígenas. Además se le agregó el inciso segundo para incluir entre los inimputables al agente que hubiere preordenado su trastorno mental, que en el Código vigente hacía parte del artículo 32.

Por otra parte, al tenor de lo establecido en su inciso tercero, si bien se incluye al menor de dieciocho (18) años como inimputable, refiere expresamente que aquel estará sujeto al Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil, con lo cual quiere indicar, que la ley que llegase a regular tal figura,

⁶³ LOPEZ MORALES, Jairo. *Nuevo Código Penal*, Tomo I Ed. Doctrina y Ley , pág. 359.

establecerá los parámetros de responsabilidad, procedimiento y demás elementos que conformen un estatuto exclusivo para los menores infractores.

3.2.5.2. Quién es menor de edad.

Conforme a lo planteado a lo largo de este acápite, es necesario determinar quién es considerado como menor en el Código Penal y las diversas consideraciones que se han tenido para determinar tal condición.

El artículo 34 del Código Penal determina: *“Para todos los efectos se consideran penalmente inimputable al menor de dieciocho (18) años.”*(C.P, D.L. 100 de 1980)

Los menores de dieciocho (18) años son inimputables en razón de su inmadurez psicológica. En algunos casos esta calidad tiene el carácter de presunción de derecho, es decir, siempre es admisible la causal de inimputabilidad aunque la realidad psicológica del sujeto indique que se dan los presupuestos mínimos de capacidad de comprensión y de autodeterminación.

Mientras el menor no adquiriera ese grado de plenitud sicosomática que le permita distinguir cabalmente los planos jurídico y antijurídico y actuar movidamente en tal respecto, habrá de ser tenido y tratado como inimputable.

Si para el Derecho de Menores, el único criterio para determinar la edad de inimputabilidad penal es la necesidad de proteger a quien no ha alcanzado su plena madurez psicológica, para las normas penales dicho límite se establece de acuerdo a los conceptos sobre culpabilidad y responsabilidad penales.

En las diferentes legislaciones del mundo se han adoptado distintos criterios como el biológico, el psicológico y el mixto, para determinar la edad penal,⁶⁴ sobre los cuales brevemente nos referimos a continuación:

a.) *Criterio Biológico*. Determina la edad a partir de la cual se considera a la persona como penalmente capaz, a pesar de ser ésta menor de edad. De tal forma que de cometer un hecho punible, soportará las correspondientes consecuencias jurídicas, al igual que una persona

⁶⁴ GARCIA MENDEZ, Emilio, *El menor ante la Norma Penal*, Ed. Jurídicas Wilches, Bogotá, 1991, Ob. Cit., págs. 87 y ss.

adulto; más, se le conceden algunos beneficios procesales por su condición de menor de edad.

b.) *Criterio psicológico.* De acuerdo a este criterio, se estudian las condiciones psicológicas del menor para verificar si le son atribuibles, de manera subjetiva e individual, la suficiente capacidad de conocimiento y autodeterminación frente a una exigencia ética normativa. Por obvias razones, no es un criterio aplicable en todos los casos, puesto que es evidente y se encuentra científicamente, demostrado que hasta determinada edad, el niño no tiene dicha capacidad.

El criterio psicológico aunque resuelve en parte los problemas que plantea el criterio biológico, no resulta fácil de aplicar, contrariando así el significado de seguridad en la aplicación de las normas penales.

c.) *Criterio Mixto.* Creado por el Derecho Romano, y aplicado por el Derecho Canónico y las Siete Partidas y también durante la vigencia de las Doctrinas de la Escuela Clásica.⁶⁵

Determina la existencia de una inimputabilidad absoluta hasta cierta edad (criterio biológico o cronológico), y otra superior a la anterior hasta la cual, hay una presunción de existencia de capacidad o incapacidad penal, la cual, en ambos casos resulta ser desvirtuable con las correspondientes pruebas psicológicas de discernimiento.

Este criterio lo han adoptado Códigos penales europeos y americanos, como el de Francia y Estados Unidos. Los Tribunales o Juzgados de Menores son entonces los llamados a determinar dicha capacidad, y remitir los casos a los Jueces o Tribunales Ordinarios, o a éstos comprobar la incapacidad y hacer la remisión correspondiente a los primeros.

Nuestro Código Penal, siguiendo la tradición al respecto, optó por la edad cronológica al determinar que los menores de dieciocho (18) años son inimputables, que aunque no resuelve todos los problemas relativos a saber cuándo se puede afirmar que un menor es capaz de corresponder adecuadamente frente a una exigencia normativa, al menos ofrece una guía segura e inequívoca a quien debe aplicar la ley.

⁶⁵ GARCIA MENDEZ, Emilio, *El menor ante la Norma Penal*, Ed. Jurídicas Wilches, Bogotá,

Naturalmente esta es una solución que, en muchos casos, resultaría injusta o no científica pues ella no explica por qué un menor que hoy es inimputable mañana sea imputable por la única razón de haber traspasado la frontera de los dieciocho (18) años.

Ahora bien, este límite de edad puede ser señalado por las normas penales o por el Derecho de Menores, pero en ambos casos, corresponde exclusivamente al segundo determinar la clase de tratamiento que recibirán los menores infractores de las normas penales, pudiendo señalar otros límites dentro de la edad de inimputabilidad como sucede entre nuestro ordenamiento jurídico.

Inicialmente, el artículo 34 del Código Penal de 1980, consagraba como menores a quienes estuvieran por debajo de los dieciséis (16) años. Pero con la expedición del Código del Menor, fue modificada dicha edad y elevada a la de dieciocho (18) años, como lo contempla el artículo 165 del anterior ordenamiento: *“ART. 165. – Para todos los efectos, se considera penalmente inimputable el menor de dieciocho (18) años.”* (C.P., D.L.100 de 1980)

Dentro de este mismo contexto, el artículo 33 de la Ley 599 de 2.000, en su inciso tercero, subsume el límite de minoría penal establecido en el artículo 34 del Código Penal de 1980, sin desconocer lo contemplado en la Legislación de Menores.

3.2.5.3. Las medidas de seguridad aplicables.

El inimputable puede realizar un hecho típico y antijurídico pero no culpable como lo hemos mencionado. Es decir, no es capaz de delito ni contravención y de acuerdo a la orientación culpabilista del Código Penal, lo lógico sería ubicarlo fuera de cualquier decisión judicial que implique sometimiento a medidas de orden penal.

Si las medidas de seguridad tienen como fin la curación, tutela y rehabilitación del inimputable,⁶⁶ la conclusión es que solamente se deben aplicar cuando el sujeto realmente las necesita y adecuarse, en cada caso, al tipo de problema mental que se quiera solucionar. En estos términos la pena es un mal merecido por el delincuente y la medida de seguridad, un servicio que necesita el inimputable.

⁶⁶ REYES E., Alfonso. *Criminología*, Universidad Externado de Colombia Ob. Cit., pág. 187.

Es por ello, que el concepto de “*sentencia condenatoria*” no se predica de las infracciones penales cometidas por menores, pues a ellos no se les condena sino que se les impone una medida rehabilitadora, protectora y de carácter pedagógico, conforme a la filosofía naturaleza de la legislación de menores.

Las medidas que se aplican, conforme al nuevo Código del Menor, por parte del defensor de familia al menor infractor o contraventor, son las concernientes en los Capítulos II y III del mismo estatuto, relativas al menor abandonado o en peligro. Después de haber declarado al menor en situación irregular, esto es, en situación de abandono o de peligro, el defensor de familia toma las medidas consagradas en el artículo 57 del mencionado ordenamiento.

A diferencia, al menor infractor que se encuentre entre los doce (12) y dieciocho (18) años, son aplicables tanto por el Juez de Menores, o por el Juez Promiscuo de Familia, las medidas contempladas en el artículo 204 del Código: a) Amonestación; b) reglas de conducta; c) libertad asistida, d) ubicación institucional; o, e) cualquier otra medida de rehabilitación, de las cuales nos apartamos por ahora de su estudio.

En contraposición con lo anterior, las medidas de seguridad consagradas en el artículo 69 y siguientes del Código Penal, así como de su aplicabilidad en el Código de Procedimiento Penal, ambos recientemente promulgados, están encaminadas a aquellos inimputables diferentes a los menores de edad, como lo son a los indígenas en consideración a su diversidad socio cultural o estados similares, o a quienes habiendo alcanzado la mayoría de edad, se encuentran bajo un trastorno mental duradero o transitorio, o por inmadurez psicológica.

Ahora bien, diferencias radicales, son los organismos o entidades encargadas de la ejecución de las medidas para esta clase de inimputables, a aquellas que comprometen los intereses de los menores infractores.

Aunque guardan relación las medidas a imponer, en cuanto a su formalismo y denominación, al menor infractor siempre se le impondrá las específicamente determinadas en el Código del Menor, a menos que, en desarrollo del denominado "*Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil*", contemplado en el artículo 33 del nuevo estatuto sustantivo, se dicten Decretos reglamentarios sobre el tema, o se modifique sustancialmente la Legislación de Menores.

4. DERECHO COMPARADO.

En la mayoría de los países, la justicia de menores después del comienzo de la vida delictiva se basa fundamentalmente en el concepto de "parens patrias"⁶⁷, tomado del concepto de equidad en el Common Law británico, y con arreglo al cual el sistema judicial de menores debe considerar a estos como pupilos del Estado. Generalmente, ello significa que se espera que el tribunal actúe en sustitución de los padres naturales en caso de ausencia, incapacidad o incompetencia de éstos. Se impone así a los tribunales la carga especial de tener que velar por los intereses de los niños y jóvenes y de protegerlos. Este mismo concepto ha sido acogido por las legislaciones latinoamericanas.

En este contexto, las diversas legislaciones existentes en cada Estado, han buscado incorporar en un único cuerpo normativo todo el derecho de menores, con un virtual desmembramiento de otros cuerpos legales que informan a las instituciones en que la minoridad está emplazada –familia, escuela, comunidad laboral-, otros han respetado la entidad concerniente a los menores en situación irregular.

Al Código del Niño de la República Oriental del Uruguay de 1934,⁶⁸ pertenece la primera concreción omnicomprendiva en territorio americano, dando inicio a una perspectiva macrolegal que recibió su conveniente rectificación hacia mediados del siglo, con el deslinde de los dominios jurídicos del derecho de familia y del derecho tutelar de menores.

En el sentido de esta distinción fundamental se alinean los Códigos de Menores tanto de Colombia (1989), de Bolivia (1975), Ecuador (1976), El Salvador (1974) y Nicaragua (1973), entre los más recientes a nivel latinoamericanos que compilan el derecho de menores.

Sin embargo, se reconoce plenamente la importancia de establecer estructuras para proteger a los niños con poca responsabilidad por su conducta, especialmente los muy jóvenes; por el contrario, existen diversas formas de enfocar el comportamiento delictual y los delitos graves cometidos por los jóvenes adultos. A modo de ejemplo, la Ley islámica (*Sharia*)⁶⁹, prevé tres etapas de responsabilidad penal: a) En la infancia (desde el nacimiento hasta los siete (7) años de edad) el niño no es responsable y no puede aplicarse ninguna pena; b) en la minoría de edad (de 7 a 14 años), el niño no

⁶⁷ MUSHANGA, Theodore, *La Justicia juvenil antes y después de la iniciación de la delincuencia*, Secretaría de las Naciones Unidas, UNICEF, Diciembre de 1991, pág. 20.

⁶⁸ CÓRDOBA, Eduardo R., *Universo jurídico del menor*, Ed. Lerner, Córdoba, 1994, pág. 136.

es responsable pero debe ser objeto de medidas disciplinarias; y, c) en la edad adulta (después de los 14 años de edad) la persona es plenamente responsable de sus actos y puede ser castigada por ello.

Evidente es, que en las diversas legislaciones predomina el criterio cronológico o biológico ya referenciado, y adoptado por nuestra legislación para determinar los límites de la responsabilidad penal del menor.

4.1. A NIVEL GLOBAL.

Prevalece en el mundo la tendencia a fijar el límite en la edad dieciocho (18) años, para lo cual ha contribuido de sobremanera la Convención sobre Derechos del Niño celebrada el 20 de noviembre de 1989 en la Asamblea de la Organización de las Naciones Unidas, como acontece, en Brasil, Uruguay, México, Perú y en nuestro país.

No obstante, y en atención al desarrollo del discernimiento moral, en la legislación comparada se atribuye responsabilidad penal antes de la mayoría de edad.⁷⁰ Paraguay lo ha hecho a los quince (15) años; Argentina a los dieciséis (16) años; Bolivia a los diecisiete (17) años; Estados Unidos de

⁶⁹ Ob. Cit., pág 164.

Norteamérica entre los dieciséis (16) y los dieciocho (18) años, según las distintas jurisdicciones. Todos se basan en un discernimiento moral presunto que adecuan valiéndose de las conclusiones de los científicos y de los juristas considerando los diferentes tipos de desarrollo físico, intelectual, psicológico y social, con el objeto de que la estructura legal existente proteja a los niños de menor edad de la plena aplicación de la ley penal y de las sanciones que conlleva.

Así mismo, existen diversas formas de enfocar el comportamiento delictual y los delitos graves cometidos por menores. Por ejemplo, en Kuwait,⁷¹ que no tiene un sistema separado de justicia de menores, las sentencias dictadas contra el adolescente infractor pueden ser atenuadas, en comparación con las de los adultos.

En el Japón, los jóvenes acusados de delitos graves pueden ser remitidos a un Tribunal de Adultos.

Igualmente, en los Estados Unidos de América, en 48 de los 50 Estados está oficialmente estipulada esa remisión. En los otros dos estados, Vermont y

⁷⁰ CORDOBA, Eduardo, *Universo Jurídico del menor*, Ed. Lerner, 1994, Pág. 172.

⁷¹ MUSHANGA, Theodore, *La Justicia Juvenil antes y después de la iniciación de la delincuencia*, diciembre, 199., pág. 29.

Nueva York, la edad máxima para la justicia de menores es de 16 años, de modo que los mayores de esta edad, son juzgados de todas maneras por tribunales penales.

En Francia no hay jurisdicción especial, aunque existen disposiciones especiales para jóvenes adultos que delinquen.⁷²

Así como hay diferencias de percepción, tradición y derecho en los distintos países en cuanto a la edad en que comienza la responsabilidad penal y social, también hay estructuras notablemente diferentes para la asistencia y el control sociales necesarios en el proceso de integración del menor en la sociedad.

Cabe discernir una diferencia general en las estructuras de control social entre algunos países en desarrollo y los países más desarrollados. En los primeros, se ocupan de la conducta indeseable, mala o delictiva, la familia o los miembros de una comunidad reducida. En los países de Africa y Asia ha persistido la tradición de resolver los problemas de delincuencia en el seno de la familia, en vez de remitirlos a la autoridad pública.⁷³

⁷² MUSHANGA, Theodore, *La Justicia Juvenil antes y después de la iniciación de la delincuencia*, diciembre, 1991. Pág. 31.

⁷³ GARCÍA MÉNDEZ, Emilio, *Derechos de la infancia-adolescencia en América Latina*, Ed. Forum Pacis, Bogotá, 1994, pág. 130.

En los países desarrollados se espera que la familia se encargue de la conducta mala, pero tal vez los tribunales tengan que intervenir en los casos de conducta delictiva; es decir, los tribunales proporcionan un mecanismo de control social, no solamente por la conducta criminal sino también para los actos delictivos.

En los Estados Unidos de América, por ejemplo, se ha desarrollado un complejo sistema de justicia de menores que comprende tribunales de la familia y de menores, estos últimos creados por primera vez en 1899,⁷⁴ idea que se extiende rápidamente para 1921 a todos los países europeos, con excepción de Italia. Un proceso similar ocurrió en América Latina, comenzando en 1919 en Argentina y culminando en 1939 en Venezuela.

⁷⁴ PLATT, Alexander, *El Descubrimiento de la Infancia*. La Invención de la delincuencia, 1969.

4.2 EN EL CONTEXTO LATINOAMERICANO.

4.2.1. Argentina.

La República Argentina cuenta con la Ley 22.278 de 1.980, promulgada por el presidente *de facto* Jorge R. Videla en agosto de 1980, la cual comprende en su articulado el derecho tutelar de menores y el derecho penal juvenil.

Con la denominación “*Régimen Penal de la Minoridad*”,⁷⁵ esta ley distingue entre los menores incursores en hechos delictivos dos grandes clases a saber: la de los menores no punibles, sometidos a la tutela pública cuando se hallan en estado de abandono, peligro material o moral, faltos de asistencia, o con graves problemas de conducta; y la de los menores punibles, que incluye dos subclases: a) la de los comprendidos entre los dieciséis (16) y dieciocho (18) años al momento del obrar criminoso, sujetos a un régimen eminentemente tutelar –habiendo abandono, peligro o graves problemas de conducta- y eventualmente punitivo, y la de los mayores de dieciocho (18) años, a quienes se aplica el régimen penal común con ejecución en establecimientos especiales.

La legislación argentina fija en los dieciséis (16) años de edad la imputabilidad penal, pues a partir de ese momento presume de modo absoluto la existencia de un desenvolvimiento intelectual y volitivo suficiente para comprender la criminalidad del acto y dirigir las propias acciones.⁷⁶

Ahora bien, cuando menores que tengan por edad entre dieciséis (16) y dieciocho (18) años, al momento de ocurrir los hechos que se les endilgan; siempre que dichos hechos sean perseguibles por acción privada, o no estén sancionados con pena privativa de la libertad o de ser así, esta no supere los dos años, o con pena de multa o de inhabilitación, pueden verse cobijados por la adopción de una decisión que extingue la pretensión represiva, o por la existencia de una excusa absolutoria.⁷⁷ Con ello, el menor no queda sujeto a la consecuencia jurídico penal del delito: la pena.

Como se mencionó en el subcapítulo anterior, en Argentina existe la Jurisdicción en lo Criminal, Jurisdicción Correccional y Tribunales de Menores.

⁷⁵ GONZÁLEZ DEL SOLAR, José, *Delincuencia y derecho de menores*, 1995, pág. 156.

⁷⁶ NUÑEZ, Ricardo C., *Manual de derecho penal*, parte general, Ed. Lerner, Buenos Aires, 1975, pág. 212.

⁷⁷ GONZALEZ DEL SOLAR, José, *Delincuencia y derecho de menores*, 1995, pág. 176.

Con el fin de facilitar el acercamiento al menor, se le mantendrá a disposición provisional del tribunal. Una vez terminada la investigación indicada, el Juez deberá decidir si la conducta del menor amerita la imposición de alguna medida de reencauzamiento o correctiva. Lamentablemente la misma ley no las plasma taxativamente, de tal forma que quedan al arbitrio del tribunal; el cual podrá optar por la sanción a los padres, guardadores o tutores del menor, quienes podrán ser privados de la patria potestad o ser suspendidos o separados de su ejercicio respectivamente.⁷⁸

Pero más allá de la infracción cometida por el menor, el Juez atenderá primordialmente, las condiciones de personalidad, familiares y ambientales del mismo, las cuales en caso de ser normales, el Juez entregará de manera definitiva, el menor, a sus padres, tutores o guardadores. Pero de encontrar que el menor se encuentra en alguno de los supuestos de situación irregular, dispondrá de él de forma definitiva, para asegurarle su formación integral por medio de la medida de protección pertinente.

El tratamiento que se aplica a los menores plenamente punibles, aquellos que cometen delitos después de alcanzar los dieciocho (18) años, teniendo en cuenta que Argentina ha fijado la mayoría de edad a los veintiún (21) años, corresponde a los previstos por el Código Penal, exceptuando los

⁷⁸ GONZALEZ DEL SOLAR, José, *Delincuencia y derecho de menores*, 1995, pág. 179 y ss.

lugares en los cuales son conducidos para cumplir con las condenas de prisión y reclusión.

Este tratamiento preferencial, lo reciben por considerar que aún no han alcanzado la madurez y experiencia suficientes, y que por esto no se pueden equiparar a libre autodeterminación con la que cuentan los adultos; dándoles así, la oportunidad de reinsertarse a la sociedad y reencaminar sus vidas.⁷⁹

De manera que, una vez cumplan la mayoría de edad, habiendo cumplido parte de la condena en los institutos especializados, serán trasladados a los establecimientos destinados para los adultos, con el fin de terminar la ejecución de pena en dicho lugar. Por su parte el artículo 4 de la misma ley exige como requisitos para que el Juez pueda imponer una pena, los siguientes:

1. La declaración de responsabilidad penal del menor.
2. Haber cumplido los dieciocho años.
3. Haber estado bajo tratamiento tutelar durante por lo menos un año.

⁷⁹ GONZALEZ DEL SOLAR, José, *Delincuencia y derecho de menores*, 1995, pág. 179 y ss.

La necesidad de la pena en el actual Código de Menores de Argentina, se determina según el grado de peligrosidad del menor⁸⁰ y no por su culpabilidad; además por la renuencia que este haya presentado durante el tiempo que estuvo a disposición del Juez y bajo medidas cautelares; de tal forma que sea fácilmente apreciable la infructuosidad de las mismas en la etapa que permaneció bajo observación tutelar.

De manera que comprobada, a criterio del tribunal, la peligrosidad del agente, decidirá la imposición de alguna de las penas contempladas en el Código Penal, las cuales se traducen en medidas correctivas de máximo rigor, para quienes cometan delitos antes de cumplir los dieciocho años.

En lo que respecta a la reincidencia, se puede decir que no está contemplada para los menores de dieciocho años, ya que, de acuerdo al

texto del artículo 5 de la ley 22.278, se considerará que existe reincidencia en los casos en que se comete delito después de haber cumplido los dieciocho, porque antes de esta edad no puede condenarse a un menor, aunque hubiese cometido varios delitos.

⁸⁰ GONZALEZ DEL SOLAR, José, *Delincuencia y derecho de menores*, 1995, pág. 202 y ss.

De tal forma, que las normas del Código Penal sobre la reincidencia, únicamente les son aplicables a quienes hayan sido condenados después de cumplir los dieciocho años.

De manera excepcional, el Código Penal en sus artículos 26 al 28, establece la posibilidad de la ejecución condicional de las condenas a pena privativa de la libertad, cuando estas no superan los tres años de prisión o reclusión.

4.2.2. Brasil.

El tratamiento al menor infractor en Brasil se rige por el Estatuto del Niño y el Adolescente, mediante la Ley Federal 8069 de 1990. De acuerdo a esta ley, los menores de dieciocho (18) años son considerados inimputables (artículo 104).

Sin embargo, se tiene la edad de los doce (12) años como punto de partida, desde la cual se reconoce capacidad jurídica para asumir la responsabilidad penal por actos infraccionales; edad desde la cual son considerados penalmente inimputables hasta los dieciocho (18) años, pero con la

posibilidad de quedar sujetos a las medidas previstas por la Ley Federal 8069.⁸¹

Dichos actos infraccionales son definidos como toda conducta prevista en la ley como contravención o crimen. De manera que al acto infractor cometido por un niño, le son implantadas medidas socio-educativas de ser procedente. En el evento de que sea una infracción grave o en un caso extremo, el estatuto prevé y ordena la aplicación de la medida de internación.

Así, el artículo 122 de la citada normatividad taxativamente lo contempla, en el caso en que el acto infractor, sea cometido mediante amenaza o violencia a persona; por la reiteración en la perpetración de otras infracciones graves y por falta de cumplimiento, reiterado e injustificado, de la medida impuesta anteriormente. Para esta última hipótesis no podrá ser superior a tres meses. Pero para las tres hipótesis contempladas, la internación se utilizará como último recurso, en caso de ser viable la aplicación de una medida mas adecuada.

A pesar de estar contempladas taxativamente las causas de internación en el artículo referido, el artículo 106 ordena la privación de la libertad en los casos

⁸¹ GARCIA MENDEZ, Emilio, *Derechos de la infancia-adolescencia en América Latina* ya

en que se este en presencia de la flagrancia. Igualmente puede presentarse internación antes de emitirse sentencia, hecho que no podrá superar los 45 días, tal como lo dispone el Artículo 108 del mismo estatuto.

Como medidas socio educativas, están contempladas en el artículo 112 de dicha ley las siguientes medidas:

- a. *Advertencia*: es simplemente una admonición verbal, la cual es reducida a declaración y firmada.
- b. *La obligación de reparar el daño*: en el caso de estar vinculado con delitos contra el patrimonio económico y de ser posible, se ordena al adolescente la restitución de la cosa; el resarcimiento del daño u otro forma de compensar el perjuicio de la víctima.
- c. *Prestación de servicios a la comunidad*: consiste en ordenar al menor la realización de tareas gratuitas de interés general, en entidades de asistencia; hospitales, escuelas y establecimientos similares en los que pueda desarrollar programas comunitarios o gubernamentales; por un período no superior a los seis meses.

Dichas tareas deberán ser acordes con las aptitudes del menor y no podrán realizarse en una jornada mayor de ocho horas semanales, además deberán cumplirse en horarios que no interrumpen su asistencia a la escuela o la jornada normal de trabajo; por lo cual podrá asistir sábados, domingos y días de fiesta.

- d. *Libertad asistida*: deberá ser ordenada por la autoridad, para que por medio de persona capacitada para ello, acompañe, auxilie y oriente al adolescente, por un periodo mínimo de seis meses. Esta persona podrá ser recomendada por entidad o programa de atención.

La presente medida podrá ser interrumpida, prorrogada, revocada en cualquier tiempo o sustituida por otra medida.

- e. *Inserción en régimen de semilibertad*: consiste en la internación con la posibilidad de realizar actividades externas, pero con la obligación de recibir escolarización y profesionalización, utilizando cuando sea posible los recursos de la comunidad. Esta medida puede aplicarse desde el principio o de forma transitoria para el medio abierto, en todo caso no tiene plazo determinado.

f. *Internación en establecimiento educacional*: medida privativa de la libertad, basada en los principios de brevedad, excepcionalidad y respeto a la persona en desarrollo; por esta razón, debe reevaluarse cada seis meses como plazo máximo, y aunque no tiene plazo determinado, no podrá superar nunca los tres años; pero cumplidos los veintiún (21) años se compulsará la puesta en libertad, la cual requiere de previa autorización judicial con la respectiva consulta al Ministerio Público; y en su defecto la persona será remitida al régimen de semilibertad o de libertad asistida.

La internación se realizará en entidad exclusiva para adolescentes, cumpliendo con una rigurosa separación, de acuerdo a la edad, complexión física y gravedad de la infracción cometida. Adicionalmente recibirán de manera obligatoria actividades pedagógicas.

Con el fin de garantizar a los menores infractores las visitas por parte de su familia, existe la obligación de ubicarlos en instituciones que se encuentren dentro de la misma localidad o la más próxima al domicilio de su padre o responsable.

En casos especiales y luego de estudio pormenorizado del equipo técnico de la entidad, se permitirá la realización de actividades externas.

El artículo 125 otorga al Estado, así como a sus unidades federadas o provincias,⁸² la responsabilidad absoluta de velar por la integridad física y mental de los internos, de tal manera que deberá tomar las medidas necesarias para garantizar la contención de los mismos y su seguridad.

4.2.3. México.

La República Federal de México cuenta con la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, la cual consagra que únicamente los adolescentes serán objeto de la ley penal, en caso de infringir la misma. Pero de ser así, recibirán garantías procesales constitucionales, que comparten los mismos principios consagrados en nuestra normatividad, tales como:

- a. La Presunción de Inocencia.
- b. Celeridad de los Procedimientos, consistente en orales y sumarios para quienes estén privados de su libertad.

⁸²GARCIA MENDEZ, Emilio, *Derechos de la infancia-adolescencia en América Latina*, pág. 138.

- c. Derecho a la Defensa y permanecer informado de la evolución del proceso.
- d. No ser obligado al careo (o enfrentamiento) judicial o ministerial.
- e. Garantía de Contradicción, en caso que el adolescente desee interponer recursos.
- f. Garantía de Oralidad, lo que le brinda la oportunidad de escucharlo directamente en el proceso.

En lo que respecta a las Normas Administrativas, en caso de infringirlas, corresponde a las Instituciones Especializadas o su equivalente en las entidades federativas; asistir a los adolescentes, sin desvincularlos de sus familias ni privarlos de su libertad.

La Reincidencia es entendida como la violación del mismo precepto legal, en dos ó más ocasiones, durante el transcurso de un año; contado a partir de la fecha de la primera infracción.⁸³

⁸³ GARCIA MENDEZ, Emilio, *Derechos de la infancia-adolescencia en América Latina*, pág. 165.

5. EL MENOR ANTE LA JURISDICCIÓN.

Como lo hemos estudiado, el menor infractor o partícipe de un hecho punible, por su propia condición de inmadurez psicológica, no está sometido al mismo tratamiento a que estaría sujeto una persona adulta que haya cometido la misma conducta punible.

Así mismo, podemos calificar al Código del Menor como tutelar en razón del concepto de "*situación irregular*" que determina y lo gobierna y que considera al menor como un ser indefenso que necesita de cuidado y protección.

El tratamiento del menor infractor entre los doce (12) y los dieciocho (18), quien es considerado víctima de alguna manera de su medio y acreedor de cuidados particulares, al igual que el menor abandonado o maltratado, con miras de su rehabilitación, se confió a una autoridad judicial encargada de tomar las medidas de reeducación necesarias. Pero en esta actividad el Juez de menores o el defensor de familia no está solo, pues trabaja en colaboración con diversos profesionales y entidades públicas y privadas.

El Código del Menor, derogó expresamente varias normas que se referían a los menores infractores, como aquellas contenidas en Código de

Procedimiento Penal en el Capítulo II, Título IV, Libro Tercero, relativas a los juicios ante los jueces de menores.

Lo anterior, por cuanto como ya lo expusimos en el capítulo referente al desarrollo legislativo, mediante el Decreto 409 de 1971 se reformó el Código de Procedimiento Penal, incluyéndose en su normatividad un acápite dedicado especialmente al juicio de los menores, haciendo una transcripción literal de lo contenido en la Ley 83 de 1946, normas que perdieron su vigencia con la expedición del Código en comento.

El Título V de la primera parte del Código trata del menor autor o partícipe de una infracción. Los artículos 163 a 177 enuncian los principios generales, los artículos 178 a 202 las reglas de procedimiento y los artículos 203 a 219 las disposiciones relativas a las medidas y su ejecución.

A continuación nos referiremos en concreto al procedimiento que se adopta para el menor infractor, las medidas y las formas de su ejecución y aplicabilidad.

5.1. ORGANIZACIÓN JUDICIAL Y ADMINISTRATIVA.

El tratamiento de los menores infractores, comprendidos entre los doce (12) y los dieciocho (18) años, se confió a una autoridad judicial encargada de tomar las medidas de reeducación necesarias. Pero en esta actividad, estos funcionarios judiciales no se encuentran solos, pues trabajan en colaboración con diversas entidades públicas y privadas, algunas veces ligadas entre ellas, así como la participación y asesoría de diversos profesionales de áreas médicas, humanas y técnicas. Veamos entonces quienes son:

5.1.1. Jueces de menores y promiscuos de familia.

Actualmente son los jueces de menores los que están encargados de tratar todos los casos de infracciones cometidas por menores en calidad de autor, coautor o partícipe en la comisión de un hecho punible. En el evento de no existir jueces de menores, conocerán los jueces promiscuos de familia.

Los jueces de menores no están ligados entre ellos a un tribunal único, sino que funcionan de manera independiente uno de otro. Cada despacho tiene su propio personal; no hay personal administrativo o educativo común.

Cada despacho tiene un asistente social; el equipo interdisciplinario previsto en el artículo 168 del Código, compuesto por lo menos de un médico, un psicólogo y un trabajador social. De igual forma, cada oficina está encargado por turnos del reparto de los casos entre los diversos juzgados existente.

Administrativamente los jueces de menores y los promiscuos de familia dependen de la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial al que pertenezcan la cual es la autoridad de nominación.

La Sala de Familia no ejercía ningún control jurisdiccional sobre la actividad de los jueces de menores, los cuales funcionaban como única instancia, encargada de la investigación, la sentencia y la ejecución de medidas como lo estipula el artículo 167 del Código del Menor. La única vía para contestar una decisión del Juez de menores o promiscuo de familia era presentado el recurso de reposición consagrado en el artículo 199 del Código de Procedimiento Penal.

Ahora bien, el artículo 167, tal y como lo analizamos al estudiar el principio de la doble instancia, quedó parcialmente derogado por la Corte Constitucional.⁸⁴ De esta manera, puede ser impugnada ante la respectiva Sala de Familia del correspondiente Distrito judicial, las decisiones que adopten tanto el Juez de menores como el promiscuo de familia, en cuanto tenga que ver con la toma de alguna decisión o medida que afecta la libertad individual del menor.

Con base en estudios realizados por la Fundación FES,⁸⁵ se determinó que los Jueces de menores desconocen la filosofía que instruye al Código del Menor, de proteccionista, tutelar reeducadora y rehabilitadora del menor infractor.

Aparte de lo anterior, los jueces de menores insisten en que debido al exceso de trabajo que están realizando, su labor se está masificando lo que les impide hacer un seguimiento personalizado y ágil de los procesos que tienen a su cargo.

⁸⁴ COLOMBIA, Corte Constitucional, Sentencia 019 de 25 de enero de 1993. M.P. Ciro Angarita Barón. Imprenta Nacional, Bogotá, 1993.

⁸⁵ FUNDACION FES, Tres estudios inéditos sobre los menores infractores en Colombia, mayo de 1994.

Por otra parte, la función que debería cumplir el equipo interdisciplinario no concuerda con la finalidad propuesta para el mismo, que es servir de orientador al Juez para la toma de la medida aplicable para lograr la reeducación y su reinserción, aunado a su falta de preparación académica y conocedora de la problemática.

5.1.2. Procuraduría General de la Nación.

La Procuraduría General de la Nación, por intermedio de la Procuraduría Delegada para la Defensa del Menor y de la Familia, ejerce una vigilancia judicial sobre los juzgados de menores y de familia, y una vigilancia administrativa sobre los defensores de familia, cuya creación y lineamientos, consagra la Parte Segunda del Código del Menor, la cual le dio vida jurídica.

Pese a que mediante la Ley 4ª de 1989, reformó a la Procuraduría General de la Nación, ésta no tuvo en cuenta incluir esta Delegada, yerro que fue corregido por la promulgación de la Ley 201 de 1995, la cual le atribuyó nuevas funciones acordes con la Constitución Política de 1991, en especial la de promover la defensa de los derechos y garantías fundamentales de los menores en conflicto con la ley penal, en especial cuando por razón de las investigaciones o por la imposición de medidas de protección de carácter

judicial, policivo o disciplinario se les restrinja su libertad. Por lo cual es procedente la presentación de quejas o la vía para contestar una decisión del Juez de menores que sea arbitraria o contraria a la libertad del menor.

Cuando se recibe una queja, esta Entidad abre una investigación que adelanta generalmente uno de los abogados adscritos a la misma. Con base en el informe de este funcionario, y si hay mérito, la Procuraduría Delegada hace un pliego de cargos.⁸⁶

El Juez presenta su defensa, y puede solicitar pruebas de los hechos por los cuales es investigado, ejerciendo su derecho de defensa. Si es del caso, la Procuraduría Delegada pide a la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, que aplique las sanciones de ley.

Estas pueden consistir desde un simple llamado de atención, hasta la destitución, pasando por la suspensión durante uno o varios días. Sin embargo, el Consejo Superior de la Judicatura no puede tomar medida alguna sobre la decisión que haya adoptado el Juez.

⁸⁶ Información recopilada en visita efectuada a dicha entidad, en el mes de febrero de 2.001.

5.1.3. Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

Desde el punto de vista administrativo, la protección de la juventud, y por ende, la del menor infractor, incumbe al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, órgano rector del sistema Nacional de Bienestar Familiar.⁸⁷

Creado por la Ley 75 de 1968, es en la actualidad un establecimiento público adscrito al Ministerio de Salud, con el fin de fortalecer la familia y proteger al menor de edad, de manera que aquél pertenece a la rama ejecutiva del poder público. Esta entidad absorbió la Denominada División de Menores, adscrita inicialmente al Ministerio de Justicia.

Dentro de sus numerosas funciones, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, debe coordinar su acción con otros organismos públicos o privados; otorgar, suspender o anular la licencia de funcionamiento de establecimientos públicos o privados dedicados a la protección del menor y la familia; firmar contratos con personas físicas o jurídicas, pública o privadas, nacionales o internacionales, para el desarrollo y el cumplimiento de sus objetivos; recibir y distribuir los recursos previstos en el presupuesto

⁸⁷ El Sistema Nacional de Bienestar Familiar está constituido por el conjunto de organismos, instituciones, agencias y entidades públicas o privadas que participan total o parcialmente en la protección del menor y de la familia (COLOMBIA, Congreso de la República, D.R. 2388 de 1979, art. 4).

nacional con destino a entidades oficiales o privadas que adelanten programas de protección del menor y la familia; prestar asistencia técnica para el estudio integral del menor que esté bajo las órdenes de los jueces de menores (Decreto 334 de 1980).

Para la puesta en marcha de los programas destinados al menor infractor, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar debe estar en relación con las diversas entidades políticas o administrativas y coordinar las acciones. El Código del Menor expresamente menciona que el Instituto, el Servicio Nacional de aprendizaje, SENA y las entidades territoriales deben cofinanciar la creación, organización y funcionamiento de las instituciones y de los servicios necesarios para la reeducación del menor infractor (artículo 204, parágrafo 2). Por razones económicas, como los altos costos de personal especialmente, y para darle a estos programas una naturaleza comunitaria, el Instituto renunció a administrar instituciones directamente.

Hoy en día todas las instituciones que manejan programas que desarrollan las medias ordenadas por los jueces de menores, son administradas por entidades de carácter público o privado contratadas por el Instituto. Este último tiene como función supervisar la ejecución de los diferentes convenios y prestar asesoría técnica. Las entidades administradoras por el contrario, se

comprometen a asumir el seguimiento del menor, integral o ambulatorio, dependiendo del programa que manejen.

El Instituto está igualmente en relación con el Ministerio de Educación, el Departamento Nacional de Planeación y otros servicios del Ministerio de Salud.

5.1.4. Defensor de familia.

Mediante la expedición del Decreto 2272 de 1989, por la cual se instituyó la Jurisdicción de Familia, se creó la figura del defensor de familia estableciendo sus funciones en estos términos:

“El defensor de familia intervendrá, en nombre de la sociedad y en interés de la institución familiar, en los procesos que se tramitan ante esta jurisdicción y en los que actuaba el defensor de menores, sin perjuicio de las facultades que se le otorgan al ministerio público. Intervendrá también en interés del menor, para promover las acciones pertinentes en los asuntos judiciales y extrajudiciales de familia, sin perjuicio de la representación legal y judicial que corresponda”.⁸⁸

⁸⁸ MONROY CABRA, Marco G., *Derecho de Familia y de Menores*, 1995, pág. 535.

El artículo 277 del Código del Menor, preceptúa que el defensor de familia, antes denominado defensor de menores, es funcionario público al servicio

del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, estipulando a su vez, importantes funciones que anteriormente estaban adscritas a los jueces de menores, lo cual permite una rápida solución de los conflictos familiares.

Entre sus especiales atribuciones se cuenta el de conocer privativamente de las infracciones a la ley penal en que incurran los menores de doce (12) años y de las contravenciones cometidas por los menores de dieciocho (18) años, sometidos a una vigilancia administrativa de la Procuraduría Delegada para la Defensa del Menor y la Familia.

Así mismo, es partícipe de los procesos o investigaciones iniciadas por los Jueces de Menores, cuando se hace parte como defensor en caso de no contar el menor con la asistencia de un apoderado, o cuando el Juez realiza la entrevista privada; contenida en el Código del Menor artículos 165 y 166.

Consideramos en primer lugar, que el defensor juega un doble papel de Juez y parte. Juez cuando conoce de las infracciones a la ley penal cometidas por los menores de doce (12) años; y parte, cuando tiene que actuar como

abogado del menor en los diversos procesos. Este punto es fundamental, ya que el noventa por ciento (90%) de los casos, los menores y familias no cuentan con recursos para contratar un abogado particular, por lo que tienen que ser defendidos por estos funcionarios, lo que en la realidad no sucede.

Por otra parte, el artículo 57 del Código del Menor autoriza al Defensor de Familia para tomar, en caso de abrir una investigación sobre la situación de posible abandono o peligro de un menor o como culminación de tal indagación, *“cualquiera otras (medidas) cuya finalidad sea la de asegurar su cuidado personal, proveer a la atención de sus necesidades básicas o poner fin a los peligros que amenacen su salud o su formación moral”* (art. 57, num. 6° en concordancia con el art. 37 ibídem). Es decir, después de autorizar a dicho funcionario para dictar ciertas órdenes, lo faculta para tomar otras en la forma general dicha.

5.1.5. Policía de menores.

Es un grupo especializado de la Policía Nacional encargado de proteger y educar al menor. Debe colaborar y prestar asistencia al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y a otras entidades encargadas de la protección del menor.

Sus funciones van desde el desarrollo de actividades educativas y recreativas, hasta la protección el menor en situación irregular, pasando por el control de establecimientos públicos, la vigilancia de los desplazamientos de menores, el apoyo a programas educativos y recreativos en las instituciones para menores infractores y la vigilancia de estos últimos en centros especializados. Se encuentra consagrada a partir del artículo 282 del Código.

Los funcionarios de este cuerpo policial deben recibir una formación adecuada en el área de la protección del menor, por ello consagra expresamente en el artículo 291 del Código, la obligatoriedad para la Policía Nacional de crear una cátedra de Derecho de familia y del Menor para todos sus integrantes.

5.1.6. Comisarías permanentes de familia.

Forman parte del Sistema Nacional de Bienestar Familiar, con carácter policivo y son formadas por los consejos municipales o distritales. Deben funcionar, si es necesario, las veinticuatro (24) horas del día.

En ejercicio de su cargo, los comisarios pueden recibir a prevención denuncias y tomar decisiones urgentes previstas por la ley, aplicar sanciones policivas, adelantar investigaciones que soliciten el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y los jueces de Familia, practicar visitas domiciliarias a solicitud del Juez o del defensor de familia, o de oficio en caso de urgencia, tratar conflictos de familia, etc.

5.2. PROCEDIMIENTO.

La actuación procesal para el menor infractor autor, coautor o partícipe de un hecho punible, se encuentra reglamentado en los artículos 178 a 219 del Código del Menor, que abarcaremos haciendo el análisis correspondiente.

Sin embargo, se hace necesario precisar, que estudiada la preceptiva del Código del Menor en esta materia, se llega a la conclusión de que ella quiso establecer una clara diferencia entre los menores infractores de la ley penal cuando sean menores de doce (12) años y cuando sean mayores de esa edad, pero se conserven dentro de la categoría, esto es, que no hayan cumplido los dieciocho (18) años.

En efecto, no solamente el funcionario competente para conocer de tales infracciones es diferente, pues, como se vio, lo es el Defensor de Familia en el primer caso, y el Juez de Menores en el segundo, sino que, calificándolos a ambos como inimputables, las diferencias en cuanto a la actuación procesal que ha de surtirse y especialmente en cuanto al tratamiento que debe dársele en caso de decisión afirmativa de su compromiso penal.

Es así como el artículo 169 en mucho asimila la posición del infractor menor de doce (12) años a la que se presenta cuando el menor está en la situación irregular de abandono o peligro y en la cual no se regula delito alguno, ni en su investigación ni en sus consecuencias, sino únicamente la ayuda y protección que debe darse al menor para brindarle los medios de vida indispensables para su cuidado, salud y el desenvolvimiento de su personalidad.

Por ello, el menor de doce (12) años que haya infringido la ley penal se le define su situación de conformidad con los capítulos segundo y tercero del título segundo del Código del Menor, y no de acuerdo con el capítulo segundo del Título quinto, y, lo que es más importante, al primero se le acoge de las medidas de protección del artículo 57 y al segundo se le aplican las correctivas y de rehabilitación del artículo 204. Hay indudables analogías entre ambas clases de medidas como ocurre entre *“la atención integral en un*

centro de protección especial” (art. 57) y la “ubicación institucional” (art. 204), así como la amonestación, pero el propósito y la forma como el tratamiento debe darse son distintos.

5.2.1. Apertura de la investigación.

El Juez de menores o el Juez promiscuo de familia abre una investigación de oficio, o por denuncia o por el informe de terceros y, después de haber oído al menor y con base en los elementos de que dispone sobre su personalidad y la situación familiar, toma provisionalmente las medidas necesarias consagradas en el artículo 204 del Código, consistentes en: a) libertad asistida; b) ubicación institucional; o, c) reglas de conducta, de las cuales hablaremos posteriormente (artículo 178).

Cuando no hay indicios suficientes sobre la realidad de la infracción o sobre la implicación del menor, el Juez puede ordenar unas investigaciones preliminares; si estas se revelan negativas, renuncia a abrir la investigación y, si lo considera necesario, transmite el caso al defensor de familiar si constata que el menor está en situación de peligro o abandono.

Estos dos articulados, tienen igual semejanza a lo consagrado en el ordenamiento penal, en cuanto tienen que ver con la apertura de la investigación mediante la denominada “*noticia criminis*”⁸⁹ consagrada en el artículo 25, y a la investigación previa contenida en el artículo 319 del Código de Procedimiento Penal.

Cuando en una infracción están implicados menores y mayores de dieciocho (18) años, el juez ordinario debe transmitir inmediatamente al juez competente el caso del menor y ordenar su traslado a un centro de recepción o establecimiento similar. De este procedimiento, se desprende claramente un principio de favorabilidad para el menor implicado en el hecho delictuoso, quedando amparado por la jurisdicción de los menores.

Ahora bien, respecto a la competencia territorial, si los hechos ocurren en un municipio o distrito judicial donde no existe Juez de menores o promiscuo de familia, el Juez municipal, o en su ausencia el funcionario de policía establece los hechos, la personalidad y las condiciones socio-familiares del menor, y toma las medidas de protección necesarias, evitando enviarlo a un

⁸⁹ MARTINEZ R, Gilberto, *Derecho de Familia y de Menores*, 1995, pág 222 y s.s..

establecimiento carcelario. Luego debe dar traslado del caso a la autoridad competente.

Como evento especial, este funcionario puede entregar al menor a sus representantes legales o parientes más cercanos con el compromiso de presentarlo ante el juez competente una vez le sean remitidas las diligencias (artículo 180 C.M. de 1989).

Por el contrario, si el menor infractor es aprehendido en flagrancia,⁹⁰ el menor debe ser conducido a un centro de recepción especializado; si no existiera dicho centro, menor debe permanecer en locales separados e independientes de los establecimientos de detención para mayores que determine el Alcalde del municipio (art. 183). Luego de ello, el menor privado de la libertad provisionalmente debe ser puesto a disposición del Juez el primer día laboral siguiente al de su aprehensión, como lo informa el artículo 184.

⁹⁰ La flagrancia se entiende como la oportunidad en la cual la persona es sorprendida en el momento de cometer un hecho punible o cuando es sorprendida con objetos, instrumentos o huellas, de las cuales aparezca fundadamente que momentos antes había cometido un hecho punible o participado en él o cuando es perseguido por la autoridad o por cuando por voces de auxilio se pide su captura. (COLOMBIA, Congreso de la República Ley 81 de 2 de noviembre de 1993, C.P.P., art. 370)

Es menester indicar, que tal artículo fue demandado por inconstitucional al prever la detención preventiva del menor y por encima del lapso consagrado en el artículo 28 de la Constitución, conforme al cual *“la persona detenida preventivamente será puesta a disposición del Juez competente dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley”*, ya el término contemplado en el Código del Menor puede eventualmente rebasara el término establecido en la Carta para el mismo efecto, lo cual de contera, entorpece el derecho de defensa.

Al respecto, la Corte Constitucional,⁹¹ manifestó que se debería entender tal artículo en el sentido de que los menores sean puestos 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 los treinta y seis (36) horas contempladas en el artículo constitucional citado. Si lo excediere, el menor deberá ser puesto a disposición de la autoridad permanente competente más cercana, para que este tome las medidas temporales que sean pertinentes, mientras su situación puede ser conocida por un Juez especializado de menores.

Del estudio elaborado por la Fundación FES,⁹² se concluyó que el noventa y un por ciento (91%) de los menores son ubicados en un centro de recepción cerrado al comienzo del procedimiento, cualquiera que sea la importancia de la infracción; esta medida se ordenó en todos los casos de hurto en un almacén, infracción que puede considerarse benigna.

En principio, el juez es avisado el mismo día o el primer día hábil a la llegada del menor a la institución. Teóricamente la estadía de un menor en dicho sitio es de cinco días, sin embargo hay menores que cumplen medidas de ubicación institucional o de observación y que permanecen obviamente más tiempo.

5.2.2. Investigación.

La investigación, adelantada si es el caso por vía de comisión, debe establecer si existe la infracción; si el menor es autor, coautor o partícipe; cuáles fueron los motivos de la infracción; su edad, personalidad, estado físico y moral; las condiciones socio-familiares y económicas del menor, de sus padres o de las personas responsables y sus calidades morales, conforme lo determina el artículo 182 del Código del Menor.

⁹¹ COLOMBIA, Corte Constitucional, Sentencia C-019 de 25 de enero de 1993. M.P. Ciro Angarita Barón

⁹² FUNDACIÓN FES, *Tres Estudios Inéditos sobre los menores Infractores en Colombia*, mayo de 1994, pág. 39.

Para establecer estos hechos, el Juez goza de la facultad para ordenar las pruebas necesarias, conforme al artículo 190 de la Legislación de Menores, atendiendo al criterio que las mismas deben sujetarse a los lineamientos contemplados en el Código de Procedimiento Penal.

De igual forma, puede entrevistar al menor y, si es del caso, ordenar que sea remitido a un centro de observación especializado, donde un equipo interdisciplinario adelantará los exámenes necesarios con el fin de establecer un informe social.

El período de observación se limita a sesenta (60) días, pudiéndose prolongar durante treinta (30) días más, por orden del Juez (artículos 187 y 188). Durante esta etapa, el Juez debe visitar al menor por lo menos una vez al mes a fin de verificar si en la institución se cumplen las finalidades de la medida (artículo 218). Del informe de observación que se recoja deberá enviarse al defensor de familia para que emita su concepto.

En la investigación citada con anterioridad, se determinó que en el cincuenta y nueve por ciento (59%) de los casos, el Juez ordenó una observación con el objeto de conocer más profundamente la situación del menor. Esta medida

se decretó con mayor frecuencia para las niñas (78%) que para los muchachos (53%).⁹³

5.2.3. Cierre de la investigación.

Una vez adelantadas las pruebas, el Juez corre traslado del expediente al defensor de familia, y si lo hay, al apoderado del menor, para que ellos emitan concepto por escrito.

El Juez ordena entonces el cierre de la investigación y fija fecha para una audiencia a la cual asiste el menor, el defensor de familia, el apoderado del menor, sus padres o personas responsable y el director del establecimiento donde permanece el menor. Durante esta audiencia, los interesados pueden presentar alegatos y peticiones (artículo 192 C.M. de 1989).

5.2.4. Cesación del proceso.

Al igual que el ordenamiento procesal penal, cuando la infracción no se ha realizado, o el menor no está implicado en ella o existen hechos justificativos

⁹³ FUNDACIÓN FES, *Tres Estudios Inéditos sobre los menores Infractores en Colombia*,

como la legítima defensa o alguna causal de inculpabilidad, el Juez puede en todo momento ordenar la cesación del proceso después de haber oído el concepto del defensor de familia. En caso de que el menor parezca estar en situación de abandono o de peligro, el Juez debe transmitir el caso al defensor de familia (artículo 193).⁹⁴

5.2.5. Secreto del proceso.

El proceso que se adelanta a un menor es confidencial, conforme a lo estipulado en el artículo 174, elemento especial y negativo del principio de publicidad de todo proceso, como lo mencionamos en las consideraciones hechas al tratar dicho principio.

No sobra recordar, que el objetivo o finalidad del citado artículo, redundando en la protección especial que le brinda el Código al menor, evitando su individualización, ya que ellos son más vulnerables y su identificación como infractores ante la opinión pública y a través de los medios de comunicación, especialmente, pueden estigmatizarlos y obstaculizar su normal reinserción a la sociedad.

mayo de 1994, Pág. 39.

⁹⁴ El Código del Menor tiene varias incoherencias semánticas, ya que utiliza términos extraños a un sistema tutelar como “inculpabilidad” (artículo 193), “responsabilidad” (artículo 195), “menor detenido o condenado” y “cumpliendo la pena” (artículo 219).

Como lo ha manifestado la Corte Constitucional, “...*la finalidad última del proceso especializado de menores se frustraría de manera irremediable*”.⁹⁵

Como complementariedad a lo enunciado anteriormente, si es posible, los Juzgados de Menores, deben estar separados de los Juzgados Ordinarios; y, si un menor debe ser oído por un Juez Ordinario dentro de una investigación, dicha diligencia debe llevarse a cabo en el lugar donde se encuentre el menor, por intermedio del Juez de menores o promiscuo de familia de quien dependa (artículos 176 y ss., del Código del Menor de 1989).

5.2.6. Sentencia.

Cuando todos los interesados han sido escuchados, el Juez, después de la audiencia, dicta sentencia en un término de ocho (8) días y toma las medidas previstas en el Código del Menor.

Para ayudarlo a tomar la medida más adecuada, aún durante la etapa de ejecución, el Juez puede contar con la colaboración de un equipo interdisciplinario formado por un médico, un psicólogo, un sicopedagogo y un trabajador social, como lo contempla el artículo 168 del citado ordenamiento.

⁹⁵ COLOMBIA, Corte Constitucional, Sentencia C-019 de 25 de enero de 1993. M.P. Ciro

De igual forma, el Juez puede también designar en calidad de experto a consultores oficiales o privados con el fin de que lo guíen sobre las decisiones de fondo que lo requieran, o para la ejecución de la medida. Esta consulta e para el experto designado de carácter obligatorio y gratuito (artículo 197 C.M. de 1989).

El Juez debe establecer en la sentencia, con precisión pero sin formalismos, los hechos probados, la responsabilidad del menor, los fundamentos de derecho, las conclusiones de la investigación social y sobre la personalidad del menor, así como las medidas de rehabilitación adoptadas, como lo prescribe el artículo 195.

Si del hecho ejecutado o cometido por el menor infractor, ha generado obligaciones de indemnizar a las víctimas perjudicadas con su conducta, el Código contempla expresamente que la competencia para el pago de perjuicios, corresponde al Juez civil ordinario, quien es el único facultados para solicitar copia de la parte resolutive del fallo, con el único objeto de fundamentar la acción civil correspondiente, preservando aún más con ello, el carácter secreto de la actuación judicial.

Si eventualmente, se presenta un proceso en el cual se encuentren implicados varios menores pero no es posible tratarlos a todos debido a la ausencia de algunos de ellos, no impide que el Juez pueda continuar con el proceso con aquellos que han comparecido, y terminar dictando sentencia para ellos.

En dicho caso, el Juez de menores está facultado para continuar la investigación con respecto a los demás en cuaderno separado hasta su finalización, tal como lo preceptua el artículo 198.

5.2.7. Notificación de las decisiones.

De igual manera como acontece dentro del proceso penal, la sentencia del juez de menores en que se declare a un menor como infractor, y por consiguiente, se le sujete a la imposición de medidas, deberá notificarse personalmente a todas aquellas personas llamadas a hacer parte dentro del procesos, esto es, al defensor de familia, al menor, al apoderado si lo tuviere, a los padres y a los representantes legales.

A diferencia del proceso penal y civil, no existe posibilidad de notificar estas decisiones mediante la figura de la notificación por estado, conforme lo

establece el artículo 190 del Código de Procedimiento Penal, Igual ocurre con la conducta concluyente.

Si no es posible la notificación personal a dichas personas, se dará aplicación a lo ordenado por los artículos 39 y 50 del Código del Menor, que en suma tienen similitudes con lo proveído para las notificaciones por edicto en materia penal.

En este orden de ideas, el edicto se fijará en un lugar visible del Despacho por un término de cinco (5) días, haciendo la salvedad que no podrá contener los nombres de los menores infractores, sino únicamente cuando sea absolutamente necesario para identificarlos

6. LAS MEDIDAS Y SU EFECTIVIDAD.

Toda legislación debe cumplir una función pedagógica, en cuanto es encauzadora de los actos humanos hacia el bien común, de modo tal que la sanción sólo aparezca como instrumento válido para desalentar y castigar su incumplimiento. Esa misión educativa debe impregnar toda la legislación reguladora de la delincuencia juvenil con una clara descripción de las conductas ofensivas y con una previsión realista de sus posibles consecuencias

Incorporada a la educación familiar y escolar, ella debe tener un efecto modelador en las vidas de los jóvenes, imponiéndose en aras de proteger las exigencias y expectativas de la sociedad y sobre las medidas de formación y disciplina que pueden adoptarse para remediar su disconformidad.

Es claro que el ordenamiento jurídico debe contemplar, en cuanto a niños y jóvenes se refiere, si el hecho antijurídico ejecutado se inscribe en un estilo de vida de inequívoco sentido antisocial, o si el mismo sólo aparece como un episodio aislado que no altera el rumbo de una conducta normal precedente.

Si el acto reviste la significación del episodio aislado, basta la mera *corrección disciplinaria*⁹⁶, a través de la medida idónea para llamar la atención del infractor u ofensor sobre el sentido negativo de su obrar y desalentar en él futuras transgresiones a la ley vigente. Se trata, entonces de inducirlo a que “*no lo vuelva a hacer*”, verdadera esencia de la labor correctiva.

Si por el contrario, el acto presenta la característica de pertenecer a una conducta antisocial ya perfilada, o asoma como la primera manifestación de un estado delincuencial latente, es decir, de una personalidad antisocial, es necesario la implementación de un tratamiento correctivo, que no solo tiende a desalentar futuros ilícitos, sino que está dirigido a remover las condiciones internas y externas que explican el surgir del comportamiento delictivo. Ya no basta una medida adecuada, sino que las circunstancias exigen un método de reencauzamiento, una serie de pasos científica y jurídicamente concatenados para devolver al delincuente el cauce a la normalidad.

Para la resocialización de los menores de edad infractores se desarrolla un proceso de atención que tiene como pilares fundamentales el componente jurídico, el educativo y el pedagógico. En este proceso se adelantan acciones

⁹⁶ DAVID, Pedro R, *Sociología criminal juvenil*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1983., pág. 14.

que conllevan el cumplimiento de un objetivo fundamental el cual es la plena formación del menor y su normal integración a la familia y a la comunidad.

De acuerdo con los lineamientos del Código del Menor, el componente jurídico, el educativo y el pedagógico, se definen dentro del siguiente proceso de atención: a) las etapas, tanto de recepción, observación y tratamiento b) las medidas a que se refiere el artículo 204, a aplicar por el Juez de menores o promiscuos de familia, de acuerdo a las necesidades y características personales, sociales y familiares del menor de edad de manera provisional o definitiva; y c) los servicios especializados de reeducación, resocialización, a través de los cuales se cumplen las medidas y las etapas.

Necesario es advertir, que respecto al infractor menor de doce (12) años, el artículo 169 de esta normatividad, asimila su posición a la que se presenta cuando el menor está en la situación irregular de abandono o peligro y en la cual no se regula delito alguno, ni en su investigación ni en sus consecuencias, sino únicamente la ayuda y protección que debe darse al menor para brindarle los medios de vida indispensables para su cuidado, salud y el desenvolvimiento de su personalidad.

En consecuencia, a este menor infractor se le aplican las medidas de protección contempladas en el artículo 57, con un propósito y forma de

tratamiento distintos, a los orientadores o fines propuestos para las medidas contempladas en el artículo 204 del mismo estatuto.

6.1. APLICACIÓN Y EJECUCIÓN.

En la aplicación y ejecución de las medidas, JOSÉ ANTONIO MARTINEZ,⁹⁷ enuncia algunos aspectos a considerar:

- a) *Principio de legalidad.* Significa que se determinen todas las medidas que pueda tomar el Juez prohibiendo expresamente aplicar aquellas no especificadas en la ley.

Aunque este principio se observa universal, el Código del Menor, en su artículo 204, señala las cuatro clases de medidas, pero deja al Juez la posibilidad de tomar cualquiera otra que convenga a la rehabilitación del menor de edad. Por tanto, si el Juez hace uso de esta facultad, debe tener siempre presente que los fines de reeducación o rehabilitación del menor de edad, en ningún momento pueden desconocer sus derechos.

⁹⁷ MARTÍNEZ L, José Antonio, *Derecho del Menor, Manejo de problemas infantiles y juveniles*, Librería del Profesional, Santafé de Bogotá, 1993.

También contempla que la medida se debe condicionar a la plena demostración de la infracción. Si esto no se demuestra, pero el menor de edad se encuentra en una situación de dificultad, tiene derecho a la medida, pero esta no es judicial ni administrativa.

Las disposiciones que aplica el Defensor de Familia al menor infractor o contraventor son las contenidas en los capítulos segundo y tercero del Título II del Código del Menor, relativas al menor que se encuentra en situación irregular de abandono o en peligro. Después de haber declarado en una u otra situación, el Defensor procede a adoptar las medidas consagradas en el artículo 57, en concordancia con lo ordenado por el artículo 167, como suficientemente lo hemos enunciado.

Las disposiciones aplicables por el Juez de Menores o el Juez Promiscuo de Familia al menor infractor de doce (12) a dieciocho (18) años, son aquellas previstas en el artículo 204 del Código: amonestación, reglas de conducta, libertad asistida, ubicación institucional, cualquier otra medida de rehabilitación.

b) *Derechos del menor.* En la adopción y ejecución de la medida, se debe respetar siempre los derechos del menor, en su simple calidad de tal, o

como menor infractor. Esos derechos se relacionan con su formación integral, con su condición de procesado, con su carácter de miembro de familia y como persona. Es abuso de autoridad aplicar una medida a un menor de edad, cuando ello implica la violación de sus derechos.

La aplicación de estas medidas debe obedecer a principios de claridad, transparencia e información mencionados expresamente en el artículo 203, al estipular que los menores tienen derecho a que las personas de quienes dependa le informen sobre sus derechos, sobre las medidas de reeducación y las etapas previstas para su rehabilitación, y sobre el régimen interno y disciplinario de la institución donde está ubicado.

c) *Pluralidad e indeterminación.* La pluralidad le permite al Juez escoger la que más convenga al menor de edad. Aunque el Juez puede decidir cuál es la que más le conviene al joven, el fundamento debe ser legal y educativo.

La indeterminación significa que las medidas pueden ser modificadas, suspendidas o revocadas en cualquier tiempo. El Juez puede tomar sus decisiones al respecto con base en una revisión periódica de oficio, cada tres meses o a petición de la parte interesada, solicitando para ello la

colaboración de los equipos interdisciplinarios de los juzgados o de las entidades del Sistema Nacional de Bienestar Familiar, para determinar si es conveniente el que el menor de edad la siga cumpliendo o la suspensión o la terminación definitiva de la medida.

La medida cesa cuando el objetivo de la rehabilitación se ha logrado, cuando se ha tomado una nueva medida en un nuevo proceso, o cuando el joven es objeto de una investigación penal instruida por un Juez ordinario por una infracción cometida después de cumplir los dieciocho (18) años, como lo establece el artículo 201.

d) *Intervención y facultades del Juez.* En el derecho de menores es característica fundamental la activa participación del Juez en la ejecución de las medidas, no sólo en lo judicial sino también en lo educativo.

La revisión permanente para valorar el progreso del menor de edad y la eliminación o disminución de los factores que predisponen la conducta contra la ley, es la función más importante del Juez en la ejecución de las medidas que impliquen sometimiento del menor de edad a servicios o programas reeducativos.

De oficio, o a solicitud del defensor de familia, del apoderado, de los padres, o del director del establecimiento donde el menor se encuentra ubicado, el Juez puede libremente modificar o abandonar la medida impuesta.

Este último aspecto, se conjuga con el enunciado anteriormente por expresa y evidente relación, con reglado por el artículo 216 del Código: *“Las decisiones del Juez competente en que se impongan las medidas contempladas en el artículo 204, no tendrán carácter definitivo y podrán ser modificadas o dejadas sin efecto por el Juez, de oficio o a instancia del Defensor de Familia, de su apoderado, de sus padres o del Director del Centro donde se encuentre el menor, si es el caso.”*. (C.M. de 1989 artículo 216)

6.2. LAS MEDIDAS.

Las disposiciones aplicables por el Juez de menores o el Juez Promiscuo de Familia al menor infractor de doce (12) a dieciocho (18) años, son aquellas previstas en el artículo 204 del Código, correspondiente a la amonestación, imposición de reglas de conducta, libertad asistida o la ubicación institucional, de las cuales entraremos a hacer su respectivo estudio.

6.2.1. Amonestación.

Consiste en un elemental llamado de atención que se hace al menor, a sus padres o a personas de quienes dependa, sobre la falta cometida, cuando su medio familiar es favorable y las circunstancias y la naturaleza de la infracción lo justifique. Si se justifica, el juez puede ordenar el seguimiento del caso por parte del equipo interdisciplinario del juzgado o del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

La actividad que ejerce el menor influye notoriamente en la aplicación de esta medida. Los menores que frecuentan la escuela, desarrollan alguna actividad especial o algún deporte pueden verse favorecidos, dado que se encuentran en un medio social o cultural definido y sin riesgos evidentes.

6.2.2. Reglas de conducta.

Dentro de su función pedagógica, el juez puede imponer deberes o tareas determinadas al menor, tales como asistir a determinados centros educativos o de trabajo, realizar tareas determinadas de reconocido interés comunitario o de interés social, participar en organizaciones creativas para el manejo del

tiempo libre, o la prohibición de frecuentar algunos lugares o personas en especial. Esto se encuentra consagrado en el artículo 206.

6.2.3. Libertad asistida.

A la libertad asistida se refiere el artículo 207 del Código del Menor, consistente en la entrega del menor de edad a sus representantes legales, parientes o personas de quienes dependa, con la obligación de aceptar programas, la orientación y el seguimiento del juzgado o del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, por conducto de sus funcionarios delegados para tal efecto y el compromiso de presentarse periódicamente ante el juez.

En la legislación anterior esta medida se denominaba *libertad vigilada*,⁹⁸ nombre que adoptan varias legislaciones de menores del mundo. En derecho de menores esta medida es considerada una de las más importantes y la mejor solución para la mayoría de los menores de edad que infringen la ley penal, por lo cual profundizaremos en su estudio.

6.2.3.1. Antecedentes.

En el mundo Occidental, a finales de la década de los sesenta se comenzaron a cuestionar los sistemas de control social existentes. Stanley Cohen denominó a uno de ellos como “*el movimiento desestructurador*”⁹⁹, que toma como punta de lanza el ataque radical a la encarcelación, y cuyas premisas básicas son:

- a) Oposición al Estado, quien debería abandonar las funciones de control social: descentralización, discriminalización, no intervención. El control debería trasladarse a agencias innovadoras con base en la comunidad.
- b) Oposición a los expertos tradicionales (médicos, psiquiatras, psicólogos, etc), dado el mito de su labor en el tratamiento de las formas de desviación.
- c) Oposición a las instituciones, falta de fe en las instituciones cerradas tradicionales. Propone reemplazarlas por medidas abiertas de control comunitario.

⁹⁸ MARTÍNEZ L, José Antonio, *Derecho del Menor, Manejo de problemas infantiles y juveniles*, Librería del Profesional, Santafé de Bogotá, 1993., pág. 233.

⁹⁹ COHEN, Stanley, *Visiones del control social*, Traducción de Helena Larrauri. Ediciones PPU, Barcelona, 1988

La crítica radical era hacia la cárcel como fracaso total: los problemas no eran administrativos, ni de recursos económicos y humanos; el error parte de la propia concepción. Así las medidas alternativas, soluciones que giraban en torno a la comunidad, estaban a la orden del día.

La ideología de la comunidad se extiende más allá de la ubicación física del castigo, abarcando el sentido sociológico del control de la desviación, es decir, disminuir al máximo la intervención de la ley, la policía, los tribunales y los jueces.

En la década de los setenta del siglo XX, el movimiento desestructurador se depura y nace la llamada *criminología crítica*, una de cuyas manifestaciones y características será la formulación de una *política criminal alternativa*,¹⁰⁰ como una corriente de pensamiento de la política criminal, cuyo objetivo es ampliar el sistema de medidas alternativas para abolir la tendencia a los centros cerrados, descontextualizados de la realidad social.

La *criminología crítica*, propugna por la sustitución parcial o incluso total, del sistema penal contemporáneo, por medidas que consulten más adecuada y

¹⁰⁰ SANDOVAL HUERTAS, Emiro. *Sistema penal y criminología crítica*. Temis, Bogotá, 1985. En MUÑOZ, Jesús Antonio, ob. Cit.

humanamente los intereses de los grupos mayoritarios y al mismo tiempo respeten plenamente el derecho a la diversidad.¹⁰¹

A partir de estos planteamientos se proponen otras formas de reacción social ante la criminalidad y la conducta desviada como:

a) *Desprisonalización*. En esta forma de reacción ante la criminalidad se pueden pensar en medidas como “... *la libertad vigilada (probation), la libertad bajo palabra (parole), la condena de ejecución condicional, la multa, el trabajo obligatorio en empresas públicas, comunitarias o de asistencia social y la suspensión de licencias para ejercer la actividad profesional que generó el delito...*”¹⁰²

b) *Desjudicialización*. Este es un fenómeno en virtud del cual se busca la solución de un conflicto interpersonal por mecanismos distintos de los judiciales; generalmente mediante el auxilio de disciplinas extrajurídicas de naturaleza laboral, psicológica, sociológica, médica, educativa y económica.¹⁰³

¹⁰¹ SANDOVAL HUERTAS y otros. *El pensamiento crítico criminológico*, vol II. Temis, Bogotá. Pág. 5. En Los inimputables menores de edad en el derecho penal, trabajo de grado de Edilberto Vanegas H. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1987, pág. 196.

¹⁰² REYES E. Alfonso, *Criminología*. Séptima edición. Universidad Externado de Colombia, 1984, pág. 366. En Vanegas Holguín, Edilberto, ob. Cit., pág. 200.

¹⁰³ *Ibidem*, pág. 366.

Estas dos propuestas adoptan una postura reeducativa, no sólo en un sentido individualizante sino referido al conglomerado social. Esto significa que la labor de reeducación es de doble vía entre el individuo sancionado y los miembros de la colectividad social.

Cuando se habla de lo alternativo y se destaca el concepto de control comunitario, no se excluye con ello por completo los controles estatales. Lo que se busca es una adecuada interacción entre estos dos, más cuando se vive en un ambiente de permanentes y graves conflictos.

6.2.3.2. Significado pedagógico de la medida.

La libertad asistida es una medida reeducativa pedagógica, mediante la cual se asegura el proceso formativo del menor en libertad, o sea, sin separarlo de su medio familiar, natural o sustituto.

Es reeducativa y pedagógica porque trata de corregir el problema de conducta que motivó el proceso y otros comportamientos inadecuados relacionados, trabajando directamente con el menor sobre los factores causales o predisponentes.

Así, los ejecutores de la medida no sólo se limitan a vigilar el comportamiento del menor de edad, sino a manejar aquellas situaciones que inciden en su formación como tratamiento con los padres inadecuado, incumplimiento de obligaciones familiares, trabajo y estudio del menor, vicios y otras situaciones.

La libertad asistida conlleva un proceso reeducativo que compromete a varias personas como ejecutores y participantes, en las acciones que señala el juez o el profesional que ejerce dicha función.

Según el enfoque educativo y pedagógico empleado por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar,¹⁰⁴ la reeducación se propone lograr que los individuos alcancen un grado adecuado de desarrollo personal, de tal modo que estén en condiciones de afrontar más responsablemente sus relaciones con el medio social y familiar al que pertenece.

La forma de alcanzar este objetivo es propiciar la creación de ambientes sociales positivos que permitan el crecimiento y el desarrollo de los jóvenes, lo que implica que se estimule en todo momento su participación y

¹⁰⁴ ICBF, *Lineamientos generales para la atención al menor de 12 a 18 años. Autor partícipe de una infracción a la ley penal*. Subdirección Operativa de Protección, Santafé de Bogotá, 1993, pág. 23.

organización activa, con el fin de que se constituyan en generadores de su propio proceso de cambio.

El papel del educador en medio abierto se conforma con base en las pedagogías comunitarias. Esta labor, que se desarrolla fuera de la institución escolar, ha cobrado mucha importancia en las actuales circunstancias sociales y económicas del país.

Los actos pedagógicos no sólo están referenciados al aprendizaje de conocimientos, comportamiento u normas; sobre todo tienen que ver con la posibilidad de comprender y apoyar los proceso de socialización.

6.2.3.3. Aplicación.

Se ha creído equivocadamente que la libertad asistida sólo la puede aplicar el juez cuando el menor de edad está sindicado o acusado de hechos delictivos leves. Sin embargo, de acuerdo a la concepción del Código del Menor, la conducta del menor de edad, aunque sea grave, se mira como una situación irregular que afecta su formación, frente a la cual el juez de menores sólo tiene el compromiso de corregirla y para lograrlo tiene libertad

de escoger la medida que estime conveniente, que más convenga al menor y la que menos afecte su libertad y la relación con su familia.

Al tener la mejor información sobre la personalidad del menor, el hecho cometido y el ambiente socio familiar, y valorando estas tres situaciones, si se llega a la conclusión que el caso es manejable con libertad asistida, el juez no debe dudar en aplicar esta medida, previa otras consideraciones o precauciones, referidas a algunos casos especiales con el fin de evitar reacciones de las víctimas, frecuentes en infracciones contra la libertad y el pudor sexual, o cuando los ofendidos residen cerca o en el mismo lugar donde habita el menor de edad.

6.2.3.4. Ejecutores de la medida.

La libertad asistida como recurso pedagógico para manejar problemas, de conducta juvenil, inclusive en casos difíciles, se concibe como acción del juzgado de menores sobre el menor de edad y personas con él relacionadas, para obtener de todos los comprometidos un comportamiento acorde con la formación integral. Dicha acción puede ser directa del juzgado o del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, los cuales tratarán de inducir los cambios que necesita el menor y los adultos comprometidos.

6.2.3.5. Cumplimiento de la medida.

La libertad asistida se inicia con la entrega del menor a los padres u otras personas, cuando aquel ha estado detenido o privado de la libertad, o con la explicación de la medida a los interesados en caso contrario.

Debe quedar bien claro que la libertad que se otorga no es sólo un beneficio, sino que está sometido a unas exigencias cuyo fin es corregir al menor y resolver situaciones sociales y familiares que tengan incidencia en la conducta del menor de edad.

Con base en el conocimiento del menor de edad y su medio socio familiar, el juez determina las respectivas reglas de conducta, las obligaciones de los adultos y las consecuencias en caso de incumplimiento.

La intervención judicial en la vida del menor y de la familia debe tener un significado de ayuda y orientación, y no una consecuencia gravosa por el hecho cometido.

El compromiso del menor y los adultos relacionados, respecto a la ocupación del primero, es el aspecto principal en la ejecución de la libertad asistida.

6.2.4. Ubicación institucional.

Contemplada en el artículo 204 del Código del Menor, es considerada como la medida más gravosa existente, pues ella implica el alejamiento del menor de su medio natural, como lo es la familia y el entorno social y cultural que lo rodea.

La privación de la libertad de un menor debe decidirse como último recurso y por el período mínimo necesario y limitarse a casos excepcionales. Esto es, cuando en consideración a la personalidad del menor, las características de su medio familiar, la naturaleza y las circunstancias de la infracción, ninguna otra medida más liviana, como la libertad asistida, sería la apropiada, por sus especiales connotaciones.

Se ha adoptado como criterio para la aplicación de esta medida, consideraciones de orden familiar, como el no existir familiar alguno del menor; por encontrarse en un medio familiar inadecuado; ante la existencia de violencia intrafamiliar; Como también en consideraciones de orden educativo o terapéutico, como tratamiento psicológico o contra la toxicomanía; o simplemente para asegurar una formación escolar o profesional al menor.

En algunos casos, la ubicación institucional obedece a consideraciones de orden material, pero en dos sentidos diferentes: sea para proteger al menor de la explotación de los padres, o sea para proporcionar al menor mejores condiciones de vida de las que posee en su familia en razón de la pobreza, que como hemos estudiado, incide como factor externo en la conducta del mismo.

Para ejecutar dicha medida, el Código del Menor determina los medios en los cuales el menor debe ser puesto a disposición, con el objeto de cumplir con los fines propios del ordenamiento de menores, como los son la reeducación, la rehabilitación y la resocialización de los menores infractores: a) el abierto, b) el semi-cerrado, y c) el cerrado.

Estos medios determinan el carácter o calidad de las instituciones en las cuales va a ser puesto a disposición el menor, luego de que el juez determine la medida a aplicar en la sentencia, sino también durante el transcurso del proceso.

Consecuencia de lo anterior, es que en materia de ubicación institucional, le compete al Estado, por intermedio del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, y las entidades

territoriales, financiar la creación, organización y funcionamiento de las instituciones necesarias para la ejecución de las medidas, especialmente para esta, en aras de cumplir con las políticas sociales en materia de reeducación y rehabilitación de los menores infractores y que corresponda a su edad y madurez psicológica.

Como lo manifestamos en párrafos anteriores, por razones económicas, y para darle a estos programas una naturaleza comunitaria, el Instituto renunció a administrar directamente instituciones que manejan los programas tendientes desarrollan las medidas ordenadas por los jueces de menores, delegando tal función a entidades de carácter público o privado contratadas por el Instituto. Este último tiene como función, supervisar la ejecución de los diferentes convenios y prestar la asesoría técnica necesaria, y en contraprestación, las entidades administradoras, se comprometen a asumir el seguimiento del menor, integral o ambulatorio, dependiendo del programa que manejen, para lo cual pueden adoptar cualquier modalidad que sea más conveniente, sin que el código lo prohíba.

Ahora bien, en materia de ubicación institucional, el juez no tiene realmente ninguna posibilidad de escoger, ya que el número de instituciones es muy limitado. En la práctica, el funcionario judicial sólo decide si ordena una

ubicación institucional en medio abierto o cerrado. Una vez tomada esta decisión el lugar de ejecución le es impuesto de hecho.¹⁰⁵

El seguimiento institucional que se haga del menor para su rehabilitación,

requiere de una cierta infraestructura, para lo cual el código ha definido cuatro tipos de instituciones:

a) *Centros de recepción*. Como su nombre bien lo indica, son aquellos sitios o lugares en donde se ubica por primera vez al menor infractor cuando es aprehendido por la correspondiente autoridad policiva, denunciado, o en un tercer evento, el juez abre oficiosamente la investigación por informes de terceros hasta tanto no se le resuelva su situación jurídica, para que luego del correspondiente estudio que inicialmente es remitido por el juez de menores para su observación, el cual debe ofrecer las debidas seguridades y garantías para su protección.

Estos centros han perdido su propia naturaleza, ya que por falta de cupos allí se están albergando menores con medidas de observación y de ubicación

¹⁰⁵ FUNDACIÓN FES, *El tratamiento del menor infractor en Bogotá en Tres Estudios Inéditos sobre los menores Infractores en Colombia*, 1994, pág. 44

institucional en centro cerrado. Igualmente carecen de una infraestructura administrativa y asistencial sólida.

Como bien lo manifiesta ALAN MEISTER -en el estudio *“El Tratamiento del Menor Infractor en Bogotá”* en *“Tres estudios inéditos sobre el menor infractor”* publicado por la Fundación FES (FUNDACIÓN FES, Tres Estudios inéditos sobre los menores infractores en Colombia, 1994) - al inicio de cualquier proceso, el noventa por ciento (90%) de los menores infractores son llevados al centro de recepción cerrado, generalmente por la Policía. El menor, es entonces puesto a disposición del juez quien toma las medias necesarias, ya que tratándose de un caso de privación de la libertad, el ingreso de un menor a estos centros debe ser ordenada por el juez y no por la Policía, como viene ocurriendo en la actualidad.

Cuando un menor es aprehendido por la Policía, ésta debe avisar inmediatamente al juez quien decide si el menor debe ser entregado a su familia o si debe ser enviado a un centro de recepción. Desafortunadamente, estos centros carecen del personal administrativo y social necesarios que colaboren en la toma de tal decisión, previo estudio realizado al menor, así como para la atención de la familia del menor.

Creemos que si el menor infractor tiene familia estable y asiste regularmente al trabajo o al colegio, no se justifica, en principio, su ingreso a un centro de recepción. Esta medida es una garantía para el menor y debe tener como consecuencia disminuir el número de menores que ingresan al centro de recepción.

b) *Centros de observación.* Son aquellos lugares a donde es remitido el menor infractor por disposición del juez si así la decreta, por el término inicial de treinta días, mientras un equipo interdisciplinario adelanta los exámenes necesarios con el fin de establecer un informe social sobre la situación del menor. Durante dicho lapso, se le priva de la libertad al menor (artículos 187 y 188).

Estos dos tipos de centros, presentan una gran congestión por el volumen de menores que llegan para que sean evaluados y se les haga un seguimiento serio y profundo sobre su situación socio familiar. La causa fundamental de tal problema, radica en la carencia de personal educativo en los despachos de los jueces de Menores, lo que imposibilita realizar una encuesta social y un seguimiento intensivo del menor y de su familia, para darle celeridad al proceso que como lo expresa el Código debe ser sumario.

c) *Instituciones de reeducación de carácter abierto*. En ellas, el menor ubicado debe observar las normas, los deberes y obligaciones que se le hayan impuesto, garantizando su presentación permanente, el desarrollo y cumplimiento de planes educativos, formativos, y terapéuticos dentro de la entidad, pero sin alejarse de su entorno familiar o social común, y en las cuales debe vincular a su círculo familiar (artículo 208).

En este tipo de instituciones, el pilar fundamental de la reeducación se consolida en un trabajo mutuo entre los integrantes de la entidad como el menor infractor, involucrándolo en actividades fructíferas, que puede compartir con su familia, sus compañeros y con la comunidad en general. Fundamentalmente son quienes reciben a los menores a quienes se les hayan impuesto medidas de libertad asistida o reglas de conducta.

d) *Instituciones de reeducación de carácter cerrado*. Conformadas por aquellos lugares en donde el menor infractor es privado de su libertad por el término que dure la medida, y en la cual debe hacerse un seguimiento constante tanto educativa como terapéuticamente.

El artículo 209 del Código del Menor define tres situaciones en las cuales la ubicación debe hacerse en medio cerrado:

- 1) Cuando la infracción haya sido cometida mediante amenaza grave o violencia contra las personas;
- 2) Cuando se presente una reiterada comisión de infracciones penales, denominada "*reincidencia*", y
- 3) Cuando haya existido oposición del menor a ejecutar una medida ordenada anteriormente.

No se entiende cómo, al tenor de la filosofía que inspiró al Código del Menor, en el sentido de consagrar que la medida privativa de la libertad debe ser utilizada como último recurso, y que en todos los casos se preferirá que el menor se quede con su familia mientras se realiza la investigación preliminar, el artículo 209 ordena al juez hacer uso de la ubicación institucional en centro cerrado como se mencionó.

Contraría el precepto contenido en el artículo 204, por el cual faculta y deja a criterio del juez, la aplicación de cualquier medida, siempre y cuando tenga de presente la evaluación social que se haya efectuado del menor.

De acuerdo a lo desarrollado a lo largo de esta investigación, consideramos que la medida que llegare a imponer, un juez de menores con fundamento en semejante criterio positivista y extremista, puede ser impugnado abiertamente ante la correspondiente Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial, a fin de que no se vea afectado el derecho a la libertad del menor.

Por otra parte, las categorías que establece dicho artículo están orientadas bajo un fuerte esquema represivo, sin que se vislumbre la aceptación de ciertos fenómenos o circunstancias que puedan excluir del menor, la responsabilidad en la ocurrencia de dichas causales.

Así mismo, distingue un solo concepto para situaciones que pueden revestir diferentes connotaciones. A modo de ejemplo, en la ocurrencia de un homicidio doloso.

Para el primer caso, en nuestro criterio, no se haría necesario la ubicación del menor en un medio cerrado, entendiéndose por tal, un anexo carcelario, o en su defecto, un lugar en donde se encuentren restringidas las visitas de su familia al máximo, lo cual en vez de ser benéfico para el menor, puede lesionarlo en su desarrollo personal.

6.2.5. Cualquier otra Medida de Rehabilitación.

Son medidas que pueden contribuir con la rehabilitación del menor, desde una perspectiva más global, ya que con ellas puede llegar a regular la relación de los padres, y de estos con sus hijos menores infractores. Entre ellas encontramos:

- La amonestación por parte del juez para que respete las normas familiares y de convivencia social a los padres o alguno de ellos, evitando con tal requerimiento, cualquier actitud violenta.

- La multa convertible en arresto, cuando la infracción se debe a la inobservancia de las obligaciones que tienen los padres o las personas responsables del menor; o cuando los mismos no colaboran con el cumplimiento de las medidas impuestas por el juez.

- La suspensión o retiro de la patria potestad a los padres o la guarda en caso de existir causas legales para ordenarlo.

6.2.6. Las medidas que se aplican en el ordenamiento penal.

Las medidas de seguridad, que como su nombre lo indica, equivale a medidas de prevención, de policía, de higiene, etc., se aplican en Colombia a los inimputables que, habiendo incurrido en delito, no pueden ser sancionados por la ley penal, y tiene por objeto adaptar al medio social donde vive, o el aislamiento de ella, a las personas acusadas de la comisión de una conducta punible, pero consideradas inadaptadas.

En nuestra legislación penal sustantiva, en el artículo 12 del Código Penal de 1980, se preceptúa que: “... *Las medidas de seguridad persiguen fines de curación, tutela y rehabilitación.*”

Se discute la naturaleza jurídica de las medidas de seguridad. Para unos tiene carácter de pena y para otros tiene una función protectora del enfermo y de la sociedad. Según nuestra Corte Constitucional,¹⁰⁶ y este fue el criterio que animó al reformador en materia constitucional, independientemente de su naturaleza, la medida de seguridad que afecta a los inimputables limita sus derechos fundamentales en cuanto supone privación de su libertad, la cual se encuentra justificada en la ley en cuanto hace a la comisión de un

¹⁰⁶ COLOMBIA, Corte Constitucional, Sentencia de Constitucionalidad C-176 de 1993.

delito, pero debe de todas maneras apreciarse desde el punto de vista de la equidad de trato frente al régimen punitivo ordinario, concluyendo que ellas persiguen fines de curación, tutela y rehabilitación.

De lo anterior, se deriva que las medidas de seguridad no tienen como fin la retribución por el hecho antijurídico, sino la prevención de futuras y eventuales violaciones de las reglas de convivencia social. La prevención que se busca con estas medidas, es especial, De acuerdo con este objetivo se conforma su contenido. Otra cosa es que, por su carácter fuertemente aflictivo, también tenga efectos intimidatorios.

Como indicamos en su oportunidad, estas medidas están dirigidas en su aplicación a los inimputables considerados por la ley penal, diferentes a los menores infractores, ya que para ellos se aplica lo vigente en el Código del Menor, estudiado con anterioridad.

Respecto a estas medidas, los artículos 69 y siguientes de la Ley 599 de 2.000 modificaron el tope en su aplicación, y limitaron su operancia a partir de su ejecución, en relación con lo contemplado en el Código Penal de 1980. Así mismo se incluyó como nueva medida, la reintegración al medio cultural propio, para aquellos desadaptados socioculturales, es decir, a quienes

pertenecen a otras comunidades, como lo son los indígenas de las diversas culturas que habitan la Nación.

7. LA REINCIDENCIA JUVENIL.

Vital es considerar la reincidencia juvenil, dentro de este amplio estudio, por cuanto tal concepción, no sólo refleja los fracasos de las políticas institucionales vigentes en la actualidad, para el tratamiento del menor infractor, que propende por su reeducación y reinserción a la Sociedad, como la incidencia misma que tiene para la aplicación de determinadas medidas consagradas en el ordenamiento de menores.

7.1. ¿QUÉ ES LA REINCIDENCIA?

Según el Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, la Real Academia Española define el sentido forense de las palabras reincidencia y reiteración.

La primera como circunstancia agravante de la responsabilidad criminal, que consiste en *“haber sido reo condenado antes por el delito análogo que se le imputa”*; y la segunda, como *“la circunstancia que puede ser agravante, derivada de anteriores condenas del reo, por delitos que de índole diversa de*

la que se juzga."¹⁰⁷ Así pues, la diferencia entre una y otra se basa en la igualdad o la diferencia entre el delito pretérito y el presente.

En la Doctrina Jurídica se acostumbra a llamar *reincidencia especial* o reincidencia propiamente dicha a aquella en que se encuentra incurso el individuo que comete un delito después de haber sido ya condenado por sentencia firme en otro delito de la misma naturaleza; y *reincidencia general* o reiteración, cuando la naturaleza del delito anterior es distinta.

Por su parte, Alessandro Baratta,¹⁰⁸ se refiere a la reincidencia como la nueva entrada del menor a un proceso de criminalización, el cual es terminado positivamente, es decir con sentencia de responsabilidad; así, quedan por fuera todas aquellas conductas realizadas por el menor infractor que no hayan llegado a la instancia judicial, lo mismo aquella conducta que realizada fácticamente, no haya concluido con una definición jurisdiccional del delito.

¹⁰⁷ OSORIO, Manuel, *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*, Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1981, pág. 658.

¹⁰⁸ BARATTA, Alessandro, *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal*, Ed. S. XXI, 1984

La expresión “*proceso de criminalización*”, es comprendida como la unidad lógica temporal que tiene como punto de partida la definición de que un menor de edad ha cometido un acto que se considera delito, y como punto de llegada, la declaratoria judicial de que realmente el menor es infractor.

En el libro publicado por Santiago Mir,¹⁰⁹ se asume como concepto mínimo al abordar la reincidencia, el de “*comisión de una infracción penal por parte de quien, con anterioridad a la misma, ha sido condenado por otra infracción*”, por que la reincidencia en un sentido amplio, posee una significación, tanto político criminal como jurídico-positiva.

7.2. SIGNIFICADO POLÍTICO- CRIMINAL.

Debido a la reincidencia en hechos punibles, el Estado desde el derecho romano, como el germánico y en los antecedentes del derecho contemporáneo; ha declarado la misma, como factor de agravación en su reacción punitiva contra dichos hechos. Es así, como de manera clara se denota la firme convicción de la necesidad de tratamiento penal especial para la reincidencia.

¹⁰⁹ MIR PUIG, Santiago, *La Reincidencia en el Código Penal*. Ed. Barcelona, Bosch, 1974.

La reincidencia permite valorar el nivel de eficacia de un sistema penal. Tal vez por ello es frecuente la inmediata puesta en relación por parte de la doctrina de la reincidencia y la problemática general, del derecho de penar y del sentido de la pena.

El expresado carácter indiciario de la reincidencia hace comprensible la atención doctrinal que, desde distintos puntos de vista, despertó aquella institución a fines del siglo XIX y a principios XX, cuando se presentó un considerable aumento de la criminalidad.

La criminología y la ciencia penitenciaria también se ocupan con especial interés del fenómeno de la reincidencia, hasta el punto que se llega a hablar de una triple dimensión de la reincidencia: la legal, la penitenciaria y la criminológica. La noción general ya enunciada, correspondería con el primer aspecto.

Desde la perspectiva penitenciaria, el reincidente sería quien se encuentra en prisión tras haber sido ya condenado anteriormente por la comisión de un delito. Y criminológicamente, será reincidente quien habiendo sido sujeto de una condena precedente, comete a continuación un delito, sea o no descubierto.

Así mismo, la ciencia penitenciaria reconoce desde hace tiempo que la reincidencia constituye un criterio central para medir el éxito o fracaso de un sistema penitenciario.

7.3. SIGNIFICADO JURÍDICO-POSITIVO.

Existe en los sistemas jurídicos gran número de hipótesis sobre reincidencia, y no sólo se manifiestan en el ámbito jurídico penal.

El Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales,¹¹⁰ señala los disentimientos fundamentales de los penalistas en lo referente a la etiología y a los efectos de la reincidencia, ya sea especial o general. Para Carrara, Rossi y otros, constituye una circunstancia agravante de la responsabilidad, criterio asumido por la mayoría de las legislaciones; mientras que Carmignani, Merkel, Mittermaier, no aceptan que la reincidencia sea el origen de la agravación.

A su vez Bucellatti y Kleinschrod,¹¹¹ consideran la reincidencia causal de atenuación, puesto que la repetición del delito significa una inclinación al mal, y por ende, implica una disminución de la imputabilidad; o bien se puede

¹¹⁰ OSORIO, Manuel, *Diccionario de Ciencias jurídicas, políticas y sociales*, 1981, pág. 658.

entender dicha repetición como el resultado de las fallas en la organización social o de los malos sistemas penales y penitenciarios.

Más recientemente, Jiménez de Asua,¹¹² opina que el concepto de reincidencia será reemplazado por el de “*habitualidad*”, toda vez que el delito es realizado por parte del infractor como una costumbre adquirida, de tal forma que al convertirse en un estilo de vida, la sanción pierde trascendencia frente al delincuente y no se obtiene el resultado de corrección esperado; es así, no tiene ningún objeto considerar la reincidencia como causal de agravación o atenuación, pues al permanecer en un estado de peligrosidad constante, la única opción es defenderse de él, con una medida de carácter especial.

Algunos códigos, como el argentino, no establecen diferencias entre la reincidencia y la reiteración; por esta razón excluyen de la reincidencia los delitos militares, los políticos, los amnistiados, y los cometidos por menores de dieciocho años. Pero será declarable la reincidencia por la comisión de delitos realizados después de cumplidos los dieciocho años, si el tribunal tiene en cuenta las condenas anteriores a dicha edad.

¹¹¹ FUNDACIÓN FES, *Reincidencia juvenil y libertad asistida en Santafé de Bogotá, 1998*

¹¹² FUNDACIÓN FES, *Reincidencia juvenil y libertad asistida en Santafé de Bogotá, 1998*

En ciertas circunstancias, algunas legislaciones, imponen al delincuente reiterativo la pena de reclusión por tiempo indeterminado, como accesoria de la última condena y al servicio de la defensa social.

7.4. LA REINCIDENCIA COMO FALLA DEL SISTEMA.

Como lo hemos mencionado, la reincidencia se considera como la falla en el fin propuesto por la pena, es decir, si el fin se orienta a resocializar al individuo, es evidente que si reincide en las conductas delictivas, tal fin no cumplió su cometido.

Si se analizaran los planteamientos de Ponti,¹¹³ los factores que inciden en la reiteración en la comisión de delitos son los de la personalidad, los cuales se representan en los aspectos negativos de esa personalidad, como los coeficientes de vulnerabilidad individual. Estos aspectos se encuentran más a menudo en aquellos reincidentes que han cometido delitos recientemente.. Según este factor, los reincidentes se pueden clasificar en quienes sienten la pena como:

¹¹³ Ponti Gian Luigi, *Compendio de Criminología*. Ediciones Librería Cortina, Milano, 1980.

- a) Una motivación frenada. Por las condiciones socioeconómicas y culturales los hacen continuar en la infracción.

- b) Una realidad indiferente; es el típico reincidente que toma la pena como un riesgo calculado en la empresa criminal.

- c) Una motivación facilitante, los cuales encuentran en la delincuencia el medio más apto y cómodo para vivir debido a sus frustrantes condiciones materiales y espirituales.

Según Ponti, se presentan factores ambientales y de situación, que facilitan y favorecen la delincuencia y que después de cumplida una condena permiten reanudar su condicionamiento.

Igualmente, al exdetenido se le dificulta la reinserción social con obstáculos que la misma sociedad le antepone una vez está en libertad, y que se convierten en verdaderas barreras que le impiden al individuo ubicarse nuevamente dentro del entorno social, para poder continuar su vida de una manera digna.

Finalmente, Ponti hace relación a los efectos de la encarcelación, como la destrucción del yo, la convivencia con individuos delincuentes, la formación de bandas con consecuencias en lo económico, lo social y la vida cotidiana, que hacen que el encarcelado tome un rol definido por su primera sanción.

7.5. TRATAMIENTO Y REINCIDENCIA.

La sanción penal se aplica en busca de varias finalidades, entre las que se cuenta la de servir de vehículo para la reinserción del infractor a la sociedad de tal forma que no le cause daño. Este es quizá el único sentido que se le puede dar al encierro de un menor de edad que, dadas ciertas condiciones, haya violado la norma penal del país.

La privación de la libertad a un individuo y su eficacia para reeducarlo o, en caso tal, para poderlo ubicar dentro de un contexto social sin que cause perjuicio al grupo y a sus actores, ha sido objeto de múltiples estudios críticos en pro y en contra. Sin embargo, se puede constatar, que en general, el noventa por ciento (90%) de los individuos que han incurrido en un primer

delito vuelven a infringir la ley penal, hecho que cuestiona en su totalidad los fines de la pena y los instrumentos utilizados para lograrlos.¹¹⁴

La reincidencia sólo puede darse en la medida en que anteceda una sanción previa y por lo mismo, cuando se halla orientado un acto de corrección, reeducación o en general de resocialización.

Aquí entra en juego el modelo de tratamiento que se escoja para lograr los objetivos de desarrollo integral y reinserción del menor a la familia y la comunidad.

La razón de ser de la reincidencia sólo se puede comprender a partir de la ejecución de una sanción y de un programa de rehabilitación, pues el éxito del programa o su fracaso llevará al menor de edad a retomar el camino de la infracción o a ubicarse responsablemente ante sí, ante la familia y la comunidad.

Si al referirse a la relación entre tratamiento y reincidencia se toma el enfoque tradicional de la criminología, se puede afirmar que cuando la sanción no ha logrado su fin de remover las causas que produjeron la

¹¹⁴ MARTINEZ NEIRA, Nestor H., *Plan de Justicia para la Gente*. Una visión alternativa.

infracción, concluyendo que el tratamiento orientado para el logro de los fines de la pena no dio los frutos esperados fue nulo, incompleto, o en todo caso, fallido.

En esta medida, la reincidencia se convertiría en indicador de la efectividad de los programas establecidos para reeducar a los menores infractores.

Pero si el punto de partida son los postulados de la criminología crítica, existe gran desconcierto, pues sostienen que la primera sanción producto de la reacción social, condiciona psicológicamente al menor de edad para volver a cometer la infracción, dado que es una apropiación de papeles sociales que se le imponen y que el menor de edad asume como propios a partir de la interiorización y la imitación.

Con este enfoque el planteamiento cambia considerablemente, obligando a dar una solución fuera de la punibilidad al menor de edad, pues ésta lo llevaría irremediabilmente a la asunción de papeles delictivos. Posición esta que avala los altos índices de reincidencia que se encuentran en el ámbito nacional que superan el ochenta por ciento (80%),¹¹⁵ cifra alarmante en una

Ministerio de la Justicia y del derecho, Bogotá, marzo de 1995.

¹¹⁵ DEFENSORÍA DEL PUEBLO-FUNDACIÓN FES-UNICEF. *La niñez y sus derechos*. Boletín N° 3. Bogotá, septiembre de 1997.

Nación poblacional joven, frente a un esquema de violencia estructural y de escasas oportunidades de acceso a los medios de realización ofrecidos.

Es ciertamente una paradoja del sistema de control social frente al menor de edad, que lo sanciona para rehabilitarlo, pero al sancionarlo lo condena a penetrar a un círculo vicioso, en donde cada nueva infracción implica una sanción diversa la cual lo lleva a reafirmar su papel de infractor.

7.6. REALIDAD COLOMBIANA.

Las estadísticas conocidas sobre reincidencia juvenil en Colombia varían dependiendo de la metodología utilizada, la población seleccionada y el objeto del estudio. Generalmente, la reincidencia es mirada de manera accesoria o circunstancial como dato curioso; de ahí que las apreciaciones sobre la magnitud del fenómeno sean tan diversas, considerándola desde una situación accidental hasta un fenómeno constitutivo de la personalidad del individuo.

Varios estudios han reseñado el índice de reincidencia con relación a menores infractores: *“Referido al índice de reiteración de la conducta se*

*estableció un 40%, cifra significativa frente a los que no la reiteran que es de un cincuenta por ciento (50%).*¹¹⁶

El Ministerio de Justicia y del Derecho ha calculado que el índice nacional de reincidencia en menores de edad, es del ochenta y cinco por ciento (85%),¹¹⁷ cifra muy cercana al índice para mayores; dato que preocupa pues hace pensar en la existencia de un círculo vicioso de la criminalidad, el cual se retroalimenta de la población joven del país.

De igual forma, se encuentra la investigación de la Defensoría del Pueblo, *“La privación de la libertad en Colombia y los menores de edad”*,¹¹⁸ que aborda la situación en la que se encuentran los menores de edad privados de la libertad en lo relativo al debido proceso, al derecho de defensa y a las diferentes inconsistencias del Código del Menor relativas al derecho de la libertad.

Este estudio muestra que el 24.56% es reincidente, de este porcentaje el 84.6% lo es por una vez, el 14.9% mas de tres veces y el 2.5% más de cinco veces.

¹¹⁶ PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. *Primer informe sobre derechos humanos*. Anexos: Menor infractor. Revista N° 11, septiembre de 1.991.

¹¹⁷ MARTINEZ NEIRA, Nestor H., *Plan de Justicia para la gente*. Bogotá, marzo de 1995

Sin embargo, resulta muy complicado el registro de reincidencia por cuanto no es posible establecer la frecuencia de evasiones y tampoco se pudo constatar la utilización de seudónimos o alias.

7.6.1. Concepto de campo.

En su acepción más amplia, el concepto de reincidencia según los directivos y profesionales que trabajan en las instituciones de reeducación,¹¹⁹ lo asumen como un fenómeno social que surge básicamente por dos motivos: cuando el muchacho que termina un proceso de reeducación en una institución a la cual se le da el cambio de medida, ya sea libertad u otra, vuelve a la institución por cometer una nueva infracción; y el muchacho que entra en una institución para asumir su proceso y en el transcurso se evade y es capturado. Ellos distinguen tres formas específicas de reincidencia:

1. *Reincidencia de infracción*, es decir, cuando el menor de edad vuelve a cometer una infracción. Esta forma es la contemplada en el Código del Menor, constituyéndose en la dimensión legal de la reincidencia, es decir,

¹¹⁸ DEFENSORÍA DEL PUEBLO, *La privación de la libertad en Colombia y los menores de edad*, septiembre de 1995

¹¹⁹ FUNDACIÓN FES-RESTREPO BARCO, *Reincidencia juvenil en Santafé de Bogotá*, noviembre de 1998

que el menor de edad vuelve a cometer una infracción, después de haber sido ya calificado con sentencia de responsabilidad.

2. *Reincidencia de institución.* Cuando el menor de edad no cumple la medida impuesta y luego de su recaptura es remitido a otra institución a cumplir, por lo general, una nueva medida.
3. *Reincidencia de programa.* Cuando el menor, luego de haber cometido una nueva infracción o no haber cumplido la medida impuesta (recapturado), vuelve al programa.

Sin embargo, es preciso tener en cuenta que el Código del Menor en ninguna de sus partes asume la recaptura como reincidencia, convirtiéndose así estas dos últimas modalidades en creaciones sociales.

Haciendo una transposición de términos y con la salvedad necesaria, estas dos últimas formas de reincidencia conformarían la dimensión penitenciaria, que en este caso podría llamarse, "*dimensión institucional*", es decir, la reincidencia que se configura cuando el menor se encuentra de nuevo cumpliendo una medida igual o diferente a la primera, en una institución de

reeducación, luego de haber pasado ya por una institución o programa similar.

Cabe recordar que existe una forma de reincidencia, la oculta, que es imposible de establecer. Es la que se presenta en los casos en que tanto menores de edad como adultos que infringen la ley, lo hacen sistemáticamente y no han sido descubiertos, y de esta forma cualquier estadística sobre el fenómeno estará sesgada.

7.6.2. Las causas en nuestro medio.

El fenómeno de la reincidencia se percibe multicausal, esto es, todas las causas se conjugan y concatenan para producir esta situación del menor. Analizaremos las fundamentales.

7.6.2.1. Sociales.

El muchacho termina su proceso en la institución y al salir encuentra el mismo medio ambiente que lo llevó a cometer la infracción. A esto se suma el rechazo social y la discriminación de la cual es víctima.

Este binomio ambiente-sociedad ya había sido planteado por Ponti,¹²⁰ como elemento que incide en la reiteración de la comisión de conductas delictivas: factores ambientales y de situación, es decir, todo aquello que en el ambiente favorece la delincuencia; y factores de reinserción social, que son los obstáculos que la sociedad antepone al ex detenido, una vez está en libertad y que se convierten en barreras que impiden nuevamente su ubicación en el entorno social cumpliendo una función digna.

Si bien es cierto que el factor económico no prima al momento de establecer las causas de la reincidencia, -dado que el menor de edad que reincide generalmente vive con su familia, tiene vivienda, comida, vestido, acceso a la educación formal y ha tenido la oportunidad de adelantar un proceso pedagógico en instituciones de reeducación-, el medio que enfrenta y en el que debe desarrollarse impide su readaptación armoniosa.¹²¹

Los programas de reeducación del menor infractor debería tener como prioridad la formación escolar y profesional como instrumento de resocialización.

¹²⁰ PONTI, Gian Luigi, Compendio de Criminología. Ediciones Librería Cortina. Milano, 1980.

¹²¹ FUNDACIÓN FES, *Tres Estudios Inéditos sobre menores infractores en Colombia*, mayo de 1994, pág. 67.

Consideramos que no es suficiente que durante su estadía en la institución el menor trabaje en talleres o que aprenda oficios, si éstos no están oficialmente reconocidos y por lo tanto, no puede hacerlo valer en el mercado de trabajo.

De otra parte, esta formación debe corresponder a las habilidades y deseos del menor y a la situación del mercado de trabajo en la ciudad, que ofrezcan una receptibilidad adecuada a los intereses de ellos.

En nuestro criterio, si la formación no está reconocida, el menor corre el riesgo que al salir de la institución debe buscar sustento en el sector informal, lo cual implica condiciones de vida difíciles y ninguna perspectiva de progreso y reinserción escolar, familiar, laboral y social.

7.6.2.2. Estatales.

El inadecuado cumplimiento de la función social del Estado demostrado en la deplorable situación actual, produce desajustes y descomposición en las relaciones que se tejen en la sociedad, desencadenando problemáticas como la delincuencia juvenil.

Aunque la Constitución Política de 1991 en su artículo 44 impone al Estado *“la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos”*, en la práctica esta norma es de difícil cumplimiento.

La mayoría de la población vive marginada social, económica, política y culturalmente. El Estado no ha sido capaz de construir una sociedad que responda a las necesidades básicas de la población. La organización de la sociedad depende de todos sus componentes, de los cuales el Estado no es sino uno de ellos, así como de los factores externos o internacionales.

El Estado puede en cierta medida y a pesar de factores externos sobre los cuales no tiene ninguna influencia, dirigir los destinos del país y su nivel de desarrollo social, cultural y económico. Por lo menos debe sostener ciertos sectores de la población desfavorecidos o amenazados y desarrollar una verdadera política de prevención, especialmente en el campo de la educación.

Entre algunos de los problemas identificados dentro de la actividad del Estado, en relación con los menores infractores,¹²² tenemos:

- La falta de apoyo y de protección del Estado a la familia en situación de riesgo y ausencia de toma de conciencia sobre la importancia de la política de prevención.
- Las trabas burocráticas impiden la buena marcha de los programas relativos al menor infractor. A partir de cierta dimensión, la administración está más ocupada en su propio funcionamiento que en el cumplimiento de los objetivos para los cuales fue creada. Es así como los empleados pueden cumplir las tareas que figuran en las funciones de la entidad administrativa, permitiendo a ésta funcionar, pero sin ningún conocimiento de la realidad y de las contingencias del trabajo de base.
- Las deficiencias en el funcionamiento de los programas de rehabilitación del menor infractor. Los enfoques dominantes en el tratamiento del menor infractor se centran en la adaptación a la norma institucional y el tratamiento centrado en la expiación de la culpa.

¹²² SAMUDIO, Lucero y RUBIANO, Norma, *“Estimación de tendencias en la infracción y contravención entre menores y ponderación de la calidad de la respuesta institucional”* Proyecto de investigación auspiciado por la Universidad Externado de Colombia y el ICBF, 1996

Estos modelos que tienden a ser más punitivos que educativos logran movilizar la subjetividad del menor, ni comprometerlo en su propio proceso de rehabilitación.

El simple seguimiento de normas y rutinas no permite desarrollar en el menor el criterio, la autonomía, ni el control que requiere cuando sale de la institución en la que se encontraba. Lo anterior, por cuanto el momento de la reinserción es independiente de la medida judicial y requiere del acompañamiento personalizado del joven para abrir oportunidades y proporcionarle el suficiente soporte emocional para evitar la reincidencia.¹²³

Estas inhabilidades en muchos casos conducen irremediablemente al menor nuevamente a la infracción.

7.6.2.3. Institucional.

El principal problema con que cuentan las instituciones que reciben a los menores infractores es la falta de cupo. De manera crónica, algunas instituciones están subocupadas mientras que otras tienen su cupo lleno o

¹²³ CENTRO DE INVESTIGACIONES SOBRE DINÁMICA SOCIAL. *Tendencias en la infracción y contravención entre menores y ponderación de la calidad de la respuesta institucional*, informe final, Universidad Externado de Colombia, septiembre de 1997.

presenta sobrecupo. Esta situación revela un desequilibrio en las estructuras institucionales que no responden sino precariamente a las necesidades de las autoridades de ubicación.¹²⁴

En nuestro criterio, consideramos que albergar en una institución un número de menores superior al previsto, dificulta considerablemente el trabajo educativo, sobre todo en el régimen cerrado. La eficacia de un programa de reeducación depende en parte del grado de individualización del seguimiento.

Si no es posible resolver este problema con una modificación de los hábitos de trabajo de los jueces y de los equipos educativos, como también una mejor coordinación entre los actores, hay que reconocer que las estructuras institucionales son insuficientes y sacar, por ende, las consecuencias de tal situación.

Como lo manifiesta ALAN MEISTER,¹²⁵ de la carencia de una oferta institucional inadecuada que no responde a las necesidades de los menores surgen los siguientes problemas.

¹²⁴ *Ibidem*, Cap. II. Parte III.

- La ausencia de la alternativa pedagógica efectiva para el tratamiento de menores con problemas de conducta particulares que necesitan un trabajo en grupos pequeños, y

- La ausencia de programas especiales para ayudar a jóvenes embarazadas, menores con problemas neurológicos, de adicción, terapéuticos, etc.

Como obligación primordial del juez de menores, debe ordenar la remisión o la ubicación de los menores que sufran deficiencias físicas, mentales o sensoriales, al igual que de menores con dependencia a los estupefacientes, a centros especializados, teniendo en cuenta que su estadía allí contará para efecto de la ejecución de la medida. Tal ordenamiento no se acata en la práctica dado a la escasa o nula existencia de estos centros especiales.

7.6.2.4. Familiares.

Conforme a la investigación práctica realizada por la Fundación FES y Restrepo Barco,¹²⁶ lo que prima es la poca o nula colaboración de la familia.

¹²⁵ FUNDACIÓN FES, *Tres estudios inéditos sobre menores infractores en Colombia*, mayo de 1994, pág. 58.

¹²⁶ FUNDACIÓN FES, *Tres estudios inéditos sobre menores infractores en Colombia*, mayo de 1994, pág. 45

En la mayoría de los casos la familia está desintegrada, es inestable emocionalmente, ya no cree en el menor, y por ende, casi siempre los abandona. Es una familia desesperanzada que no se esfuerza en una nueva reinserción del joven.

Los programas de reeducación deben centrarse en no sólo rehabilitar al menor infractor, sino ofrecer alternativas de entendimiento, acercamiento y solución a los conflictos familiares generados por la conducta del menor, que

en muchos casos no se genera por voluntad propia, sino por el reflejo inconsciente de las circunstancias familiares y culturales sufridas y que afectan al menor en su comportamiento y desenvolvimiento ante la sociedad.

Es casi imposible llevar a término un proceso exitoso de reeducación sin el concurso de la familia.

8. CONSIDERACIONES FINALES

En el desarrollo de la presente investigación, hemos querido definir y analizar, la actual regulación del menor infractor en Colombia, así como su paralelo con la normatividad vigente para aquellos a quienes consideramos imputables de conductas punibles contempladas tanto en el Código Penal como en el Procesal Penal vigentes y, de los recientemente promulgados por el Congreso de la República, mediante la expedición de las Leyes 599 y 600 del veinticuatro (24) de julio de 2.000.

En este orden de ideas, era fundamental definir el concepto de la Minoridad, y el régimen “*especial*” que se aplica a quienes consideramos menores inimputables de una conducta penal, a quienes únicamente se les sujeta a las medidas, contempladas en nuestro Código del Menor.

Ahora bien, preciso es determinar posibilidades y soluciones concretas que redunden en beneficio no sólo de la comunidad social, en aras de reducir drásticamente la delincuencia juvenil que nos marca hoy, sino también para el interés y desarrollo propio de cada uno de aquellos menores que son partícipes de infracciones penales; o que de manera alguna puedan

rendundar en la prevención y atención debida de las conductas desviadas que afectan a nuestros jóvenes.

8.1. REDUCCIÓN DE LA EDAD DE INIMPUTABILIDAD PENAL.

Como bien lo establecimos en acápite anteriores, con la expedición del decreto 2737 de 1989 se dio vida al Código del Menor, el cual modificó la edad penal consagrada en el Código Penal vigente, estableciendo para tal efecto los dieciocho (18) años.

Sin embargo, podría considerarse como válidas las razones que se exponen a continuación, en razón al dramático aumento de la delincuencia juvenil, para su eventual reducción.

8.1.1. La violencia.

Sabemos que en Colombia antes de la violencia actual, de tipo subversivo y paramilitar, existió la violencia propiciada, en un principio, por odios partidistas (liberales y conservadores). Esta situación de odios y venganzas con alto saldo de víctimas humanas, de viudas y huérfanos, involucró a muchos menores de edad quienes al lado de adultos cometieron toda clase

de atropellos, algunos de los cuales fueron delitos verdaderamente crueles y atroces.

Si miramos la situación de orden público actual y tomamos las informaciones de la prensa, la radio y la televisión, observamos que en los diferentes movimientos armados que operan en el país se encuentran menores, algunos de corta edad. No se trata propiamente de un fenómeno de descomposición familiar sino más bien de aprendizaje social por los modelos que los menores ven en su respectiva comunidad.

Ante esta situación sería absurdo pensar que la solución es disminuir la edad penal pues lo que se debe hacer es eliminar aquellas circunstancias que influyen en la adopción de determinados comportamientos desviados. A un menor guerrillero no se le debe tratar como a cualquier delincuente juvenil o como adulto. Deben siempre valorarse los creadores y reforzadores ambientales de la conducta del menor.

8.1.2. Estadísticas sobre criminalidad.

El alto porcentaje de delitos cometidos por menores de dieciocho (18) años, puede ser otra razón suficiente para dicha disminución.

Según estudios adelantados por la Universidad Externado de Colombia,¹²⁷ se evidenció que la infracción juvenil sigue la misma tendencia de la delincuencia adulta, tanto en volumen como en composición, aunque con proporciones menores (un joven infractor detenido por cada tres adultos detenidos) pero con tasas de crecimiento tres veces superiores a las de adultos.

El 62% de los menores infractores tiene entre dieciséis (16) y diecisiete (17) años, pero esto es así porque en este momento de sus vidas hacen crisis los procesos de exclusión. El sistema escolar ya los ha expulsado, la familia ya los ha excluido o han tenido que ir en busca de un trabajo que la estructura laboral no puede ofrecerles. Por su edad, quieren tener acceso a consumos que están lejos de sus posibilidades; tienen, en cambio, oportunidades de enganche en actividades que lindan con la infracción o que son claramente delictivas, pero que prometen dinero rápido.

Rebajar la edad penal es eliminar formal y artificialmente el problema de la infracción juvenil y cobrarle a estos menores lo que le corresponde a los

¹²⁷ SAMUDIO, Lucero y RUBIANO, Norma, *Estimación de tendencias en la infracción y contravención entre menores y ponderación de la calidad de la respuesta institucional*, Proyecto de Investigación auspiciado por la Universidad Externado de Colombia y el ICBF, Bogotá, 1996, pág 13.

adultos que los utilizan, a las estructuras de la sociedad misma que los expulsan y al Estado que no puede garantizarles sus derechos.

8.1.3. Resultados de la legislación de menores.

De igual forma, se ha pretendido atribuir a la ineficacia de la Legislación de Menores en Colombia, el aumento de la delincuencia juvenil. No negamos que muchos delincuentes juveniles lo son porque las medidas judiciales decretadas por los juzgados de menores no han tenido los efectos esperados. Pero el problema no se plantea, como lo hemos estudiado, únicamente a nivel de despachos judiciales, sino también frente a los demás recursos administrativos.

Según el documento CONPES 2561,¹²⁸ y el convenio de cooperación interinstitucional, tienen responsabilidad en los procesos de rehabilitación del menor las siguientes entidades: SENA, Departamento Nacional de Planeación, Procuraduría, Ministerio de Salud, Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, Ministerio de Educación Nacional, Dirección Nacional de Administración Judicial y Coldeportes.

¹²⁸ DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACION-ICBF. *“Servicios de protección y reeducación al menor infractor y contraventor”* Documento CONPES 2561.DNP-UDS-ICBF. Santafé de Bogotá, Octubre de 1991

Hoy, a modo de ejemplo, la cooperación de las entidades involucradas en el convenio interinstitucional es puntual, esporádica no se da en todas las regiones y se limita a dar acceso a algunos centros de salud (las secretarías de salud son la entidades que mayor colaboración ofrecen), al suministro esporádico de dotación para talleres de capacitación y a la asignación de instructores por corto tiempo.

La mayor cooperación proviene de las universidades que realizan sus practicas profesionales en los centros de reeducación.¹²⁹

Sin duda, el fortalecimiento de los procesos de concertación y cooperación interinstitucional es una tarea urgente para generar procesos de responsabilidad pública y social, no sólo en el espacio familiar, sino en el de la escuela, la sociedad y la comunidad de origen del menor; superar el estigma que pesa sobre el joven y abrir opciones concretas de reinserción social.

¹ SAMUDIO, Lucero y RUBIANO, Norma, *Estimación de Tendencias en la infracción y contravención entre menores y ponderación de la calidad de la respuesta institucional. Proyecto de Investigación auspiciado por la Universidad Externado de Colombia y el ICBF*, Bogotá, 1996, Ob. Cit, pág 98.

¹²⁹ SAMUDIO, Lucero y RUBIANO, Norma, *Estimación de Tendencias en la infracción y contravención entre menores y ponderación de la calidad de la respuesta institucional. Proyecto de Investigación auspiciado por la Universidad Externado de Colombia y el ICBF*, Bogotá, 1996, Ob. Cit, pág 98.

El Doctor Alfonso Reyes Echandía¹³⁰, afirma que, el disminuir la edad penal de los menores infractores, influye en el comportamiento de los padres hacia sus hijos ya que como los menores actúan y reaccionan de manera positiva o negativa dependiendo de las relaciones familiares que tengan; los padres se esforzarán en brindar a sus hijos modelos adecuados de aprendizaje social, con el fin de evitar que el mal manejo de las relaciones intrafamiliares, terminen por crear delincuentes juveniles y estos se vean obligados a soportar las consecuencias penales que su conducta les acarrea.

8.1.4. Nuestro criterio.

Si el Código del Menor insiste en una edad penal de dieciocho (18) años, no se fundamenta únicamente o tiene por base una supuesta incapacidad psicológica generalizada, que en muchos casos no existiría, ya que la misma no significa indefectiblemente incapacidad de comprensión y de autodeterminación frente a un objeto específico, simplemente tiene por razón prioritaria, darle al menor de edad, por el hecho de serlo, un tratamiento diferente al que se da al delincuente adulto.

¹³⁰ REYES ECHANDÍA, Alfonso, *Criminología, Universidad Externado de Colombia*, 1984

Al determinar esta edad para efectos penales, se facilita prestar al menor y a su familia el apoyo que requiere su situación carencial y amplía las posibilidades de manejar la mayoría de los problemas de la delincuencia juvenil con medidas no institucionales, que bien aplicadas y desarrolladas, conducirían a su real y certera reeducación y reinserción social.

La situación de los menores de dieciocho (18) años en las cárceles comunes, dentro del actual sistema penitenciario colombiano, no garantizaría ni remotas posibilidades de resocialización, máxime de ser atentatoria de sus derechos fundamentales.

En un concepto más humano y no técnico, consideramos que la etapa de vida del menor, desde su nacimiento hasta su mayoría de edad, es una instancia educativa, en la cual el ser humano alterna aciertos y errores, actos buenos y malos, en su tránsito hacia la adultez.

Si la legislación levanta alrededor del menor, el muro protector de la incapacidad, sometiéndolo a la potestad de sus mayores para la satisfacción de los derechos, no vemos en mérito a qué, puede desprotegerlo con la prematura imputabilidad.

La inimputabilidad del menor, lo lleva directamente al derecho tutelar y educativo que orienta filosóficamente nuestro Código del Menor, objetivo primordial que debe desarrollar no solo el Estado, sino también la sociedad y la familia misma.

En este sentido, es fundamental resaltar que el nuevo Código Penal, promulgado mediante la Ley 599 de 2.000, contempla la misma edad penal que regula el Código del Menor y Penal vigentes, sin que en la antesala de su promulgación se hayan considerado ideas o criterios político-criminales para la reducción de la minoría penal. Antes por el contrario, se observa la clara aplicación de la Ley 12 de 1991 que acogió los postulados dados por la Organización de las Naciones Unidas, respecto a la protección penal del menor, dentro del contexto y sentido dado al artículo 33 del nuevo estatuto penal sustantivo, al definir la necesidad de establecer un *Sistema de Responsabilidad Pena Juvenil*, diferente a la Justicia Ordinaria para adultos.

8.2. NUEVOS PROCEDIMIENTOS.

La vivencia diaria nos indica que en muchas oportunidades las infracciones cometidas por los menores son de carácter benigno, más sin embargo, el tratamiento judicial que contempla el Código del Menor es uno solo para todo

tipo de infracciones, sean estas leves o graves. Es por ello, por lo que nos puede parecer desproporcionado o excesivo el procedimiento vigente, si este se aplicara a los menores que han cometido faltas que no revisten una gran connotación, o que puedan poner en peligro algún tipo de bien jurídico, o a la sociedad misma.

Ante esta perspectiva, consideramos que se hace necesario, crear unas nuevas instancias o aplicar las que existan en beneficio de los menores, evitando así una excesiva judicialización de los mismos, como lo son:

- a.) La creación de una autoridad de conciliación permitiría parcialmente desjudicializar el tratamiento del menor infractor.

Como respuesta a lo anterior, observamos que nuestro ordenamiento jurídico en desarrollo de lo preceptuado por el artículo 247 de nuestra Carta Magna, ha instituido la Jurisdicción de los Jueces de Paz mediante la promulgación de la Ley 497 de 1.999, la cual le asigna competencia a estos funcionarios para que conozcan de los conflictos que se susciten entre personas o la comunidad, y estas decidan voluntaria y de común acuerdo, someter la controversia a su conocimiento.

Cuando se trata de infracciones de poca gravedad y cuando la víctima está identificada y de acuerdo, el caso podría ser tratado por este Juez de Paz que buscaría un arreglo equitativo entre las partes, conforme a la finalidad y principios que promulga la citada ley. En caso de no lograr este acuerdo, el asunto pasaría a conocimiento de la jurisdicción de menores, como también cuando el Juez de Paz considere que el menor presenta problemas educativos que requieran corrección, procedimiento que no está ajeno a lo estipulado en el artículo 22 de dicha normatividad.

Este procedimiento ofrecería las siguientes ventajas: desjudicialización parcial del tratamiento del menor infractor, ya que se trata de un procedimiento ágil y rápido; implica la confrontación del menor con la víctima lo cual es educativo; descongestiona los despachos judiciales, los cuales se reservarían los casos graves; y, asegura la protección del menor ya que se puede trasladar el caso al conocimiento del juez de menores.

Ahora bien, según lo estipulado por el artículo 37 de la Ley 497, el Juez de Paz puede imponer determinadas sanciones a quien incumpla el acuerdo conciliatorio o lo determinado en su sentencia, las cuales y en el sentido en que fueron definidas, representan medidas correctivas y no represivas, como

lo es, imponer la realización de actividades comunitarias las cuales tampoco se desvían de las finalidades contempladas en el ordenamiento de menores.

Los jueces de paz o las autoridades de conciliación deberían estar situados, no sólo en los respectivos municipios sino también en los barrios o sectores que agrupan varios barrios, asegurando de esta manera una presencia efectiva del Estado en la comunidad y para que el conciliador tenga un mejor conocimiento del contexto social en donde trabaja.

De igual forma, tal experiencia redundaría en la apropiación de la comunidad de sus propios conflictos, máxime tratándose de los menores. De allí pueden surgir soluciones alternas a lo formal, que convergen en formas autónomas de organización, desembocando en modelos de convivencia propios y adecuados para los menores.

b.) Tratamiento en otras entidades. Así como en la actualidad las Facultades de Derecho de Universidades públicas y privadas, prestan el servicio de Consultorio Jurídico y de Conciliación y Asistencia Social, quienes laboran en ellas deberían participar activamente en la búsqueda de formas alternativas de manejo del problema de la infracción juvenil, con una clara gestión política y social para la solución de estos conflictos,

apoyados por las diversas áreas del conocimiento, que incidan en una adecuada atención y respuesta a esta problemática.

8.3. PROGRAMAS DE REEDUCACIÓN Y REINSERCIÓN.

De manera clara, hemos expuesto en acápite anterior, el objetivo primordial que deben ofrecer los programas de reeducación y reinserción social. Lo primordial ahora, es que el modelo actual de dichos programas debe variar y ser efectivamente viable.

Conforme ha lo establecido el Centro de Investigaciones sobre dinámica Social de la Universidad Externado de Colombia,¹³¹ la tendencia en los modelos de reeducación se orientan al tratamiento del menor infractor centrado en la “*expiación de la culpa*”.

En esta tendencia el menor se considera como un pequeño adulto al que puede imputarse la responsabilidad de aquel y al que puede exigírsele en la misma medida. El infractor es simplemente responsable de sus actos, constituye una amenaza para la sociedad, la que debe ser protegida mediante la exclusión y aislamiento del menor.

El tratamiento enfatiza en la corrección de la desviación, imprimiéndole el carácter de pago por el error cometido, por lo cual, el menor se considera reeducado solo cuando ha cumplido la medida judicial con lo cual se entiende que ha pagado la pena.

Este sistema, contraría las orientaciones del Código del Menor, en cuanto al objeto mismo de las medidas a aplicar, y sobre el discurso institucional, sobre integridad, humanidad, autonomía y el respeto al otro, de la ambigüedad en la aplicación de una vieja concepción, heredada del sistema carcelario cerrado, punitivo, adecuado para purgar la culpa.

En contraposición a lo anterior, el modelo que debería imperar en el tratamiento del menor durante su reeducación debe partir de la construcción de relaciones más respetuosas de sí mismo y del otro, a la construcción de un proyecto vital y a abrir las oportunidades al menor para permitirle el despliegue de sus potencialidades como ser humano.

¹³¹SAMUDIO, Lucero y RUBIANO, Norma, *Tendencias en la infracción y contravención entre menores y ponderación de la calidad de la respuesta institucional*, Ob. Cit, págs. 46 y ss.

El tratamiento que debe redundar sobre el menor infractor, debe basarse en su crecimiento y desarrollo personal, teniendo en cuenta que el menor atraviesa por una etapa particular.¹³²

El eje de este modelo, debe ser el trabajo del menor consigo mismo, en el cual debe realizar un trabajo de introspección a partir del cual se apropie de su problemática, maneje el conflicto y asuma su responsabilidad en la construcción de un proyecto de vida viable.

El fundamento de estos modelos deben centrarse indefectiblemente en el desarrollo de la confianza, de la construcción de canales de comunicación y de afectividad y empatía con quienes intervienen en el proceso, esto es, con el personal de las instituciones en donde se encuentre ubicado, o de quienes hacen el seguimiento continuo, permanente y serio, cuando hay medida de libertad asistida, que le garanticen al menor durante el proceso de reeducación y reinserción apoyo, seguridad, un consejo adecuado y oportuno en su readaptación y, una asesoría respecto a un proyecto de vida útil y viable.

¹³² SAMUDIO, Lucero y RUBIANO, Norma, *Tendencias en la infracción y contravención entre menores y ponderación de la calidad de la respuesta institucional*, Ob. Cit, págs. 48 y ss.

Consideramos que un modelo como este, es fundamental para que el menor se encuentre consigo mismo, logre el suficiente desarrollo personal y la suficiente autonomía para tomar conciencia de sus procesos, controlar sus acciones, sentimientos e impulsos y para estructurar su proyecto de vida, objetivo final de la reeducación ideal.

En este orden de ideas, una vez el menor logre su reeducación, tal vez sea necesario prever una etapa de transición que permita al menor adaptarse a su nueva situación, la cual debería adelantarse mediante programas post-institucionales,¹³³ los cuales en la actualidad no tienen operancia real y efectiva, y cuyo fin es que el personal que ayudó y colaboró en la reeducación del menor, haga un seguimiento hasta cierto tiempo del menor, a fin de orientarlo, ayudarlo, aconsejarlo y asesorarlo en su nueva vida.

Estos programas deberían ser independientes o ajenos a cualquier actividad judicial, o que corresponda a una parte de la medida impuesta al menor, sino el desarrollo de una política seria y en conjunto de la sociedad misma, para la recuperación y aceptación del menor infractor.

8.4. CONCLUSIÓN.

La principal conclusión que ha arrojado esta investigación del menor infractor, es que el Estado tiene necesariamente que asumir la coordinación en el manejo del tema. Debe hacer una verdadera presencia, sobre todo en aquellos sectores marginales, aquellos de altos índices de criminalidad y abandono. Esto lo puede lograr si reuniera en un solo esfuerzo a todas aquellas instituciones y personas que están trabajando en esta problemática de manera dispersa y aislada.

La problemática de niños y jóvenes infractores presenta un problema delicado, en donde inciden situaciones de riesgo social, la carencia de servicios básicos, la crisis familiar y comunitaria, la falta de alternativas reales y concretas para satisfacer intereses y necesidades de la familia, la niñez y la juventud.

A esto se suma la falta de garantías sociales, judiciales, procesales, la pérdida de identidad y valores como el respeto, la armonía, la responsabilidad, la solidaridad y la dignidad.

¹³³ SAMUDIO, Lucero y RUBIANO, Norma, *Tendencias en la infracción y contravención*

Debe diseñarse una estrategia de comunicación informando y aclarando quien es un menor infractor como sujeto de derechos que invita al desarrollo de un trabajo interdisciplinario y de acciones comunitarias más que de estigmatización, encierro y marginación.

La delincuencia juvenil, emerge de la personalidad antisocial formada y desarrollada en el menor, a causa de un sinnúmero de factores predominantes en la Colombia actual, y que sin ser pesimistas, su confrontación o neutralización por parte del Estado y de la misma sociedad, es totalmente precaria. Aparte, los conflictos propios de cada familia no son fáciles de solucionar mientras no existan mecanismos o alternativas de garantía, estabilidad social y económica que ofrezca el Estado a cada uno de sus integrantes.

Es por ello, que propugnamos que el derecho de menores no se basta con el tratamiento correctivo de los precoces delincuentes, sino que también comprende la corrección disciplinaria de quienes ofenden el orden social mediante actos ocasionales o esporádicos, adoptando las medidas proporcionadas para rectificar rumbos y evitar futuras infracciones. Para ello,

se requiere la voluntad y la obligatoriedad del entorno social y cultural del menor, comprometida en la prevención de estas conductas.

A la prudencia de los jueces está supeditado el actual régimen del Código del Menor, para una orientación predominantemente correctiva; a la sabiduría de los legisladores compete la tarea de sustituirla por un ordenamiento integral que, aboliendo toda pena para los menores de dieciocho (18) años, consagre un sistema de delitos juveniles y de medidas correctivas, complementando la función pedagógica que cumple la familia y la escuela con la que corresponde al Estado frente a la conducta inapropiada de los menores.

Por último, es indispensable que en aras de propugnar por la defensa y la protección de los derechos de los menores, la figura contemplada en el nuevo ordenamiento penal, como lo es, la creación del Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil, se desarrolle de acuerdo a la realidad colombiana, y en concordancia con los postulados que define nuestra Constitución, complementándose con políticas generales en aspectos fundamentales tales como la paz, la generación de empleo, la oportunidad de educación, la justicia social y la verdadera igualdad para erradicar los factores que inciden y llevan al menor a infringir la ley penal.

BIBLIOGRAFÍA

Artículos

DEFENSORÍA DEL PUEBLO, FES, UNICEF. *La niñez y sus derechos*. Boletín número 3, septiembre de 1.997.

DEFENSORÍA DEL PUEBLO, *La privación de la libertad en Colombia y los menores de edad*, septiembre de 1995.

DIRECCIÓN NACIONAL DE ESTUPEFACIENTES. "Coca cocaína", en COLOQUIO, Revista de la Año 4, N° 1, septiembre de 1996.

EL TIEMPO, Sección "Actualidad", pág. 16 A, Bogotá 31 de agosto de 1997

INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, ICBF, *Lineamientos generales para la atención al menor de 12 a 18 años. Autor partícipe de una infracción a la ley penal*. Subdirección Operativa de Protección, Santafé de Bogotá, 1993.

PÉREZ GUZMÁN, Diego, "Los jóvenes como protagonistas de violencia y paz". Convenio CINEP-Consejería para la Juventud, la Mujer y la Familia. Santafé de Bogotá, septiembre 30 de 1994.

PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. *Primer informe sobre derechos humanos. Anexos: Menor infractor*. Revista N° 11, septiembre de 1.991.

Doctrina

ALLPORT, Gordon. *Psicología de la personalidad*, Ed. Galerna, Córdoba, 1990.

BAQUERO LAZCANO, Horacio, *Criminología y delincuencia de menores*, Revista "La Ley", t. 135.

BARATTA, Alessandro, *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal*, Ed. Siglo XXI, 1984.

CENTRO DE INVESTIGACIONES SOBRE DINÁMICA SOCIAL. *Tendencias en la infracción y contravención entre menores y ponderación de la calidad de la respuesta institucional, informe final*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, septiembre de 1997.

COHEN, Stanley, *visiones del control social*, Traducción de Helena Larrauri. Ediciones PPU, Barcelona, 1988.

CÓRDOBA, Eduardo R., *Universo jurídico del menor*, Ed. Lerner, Córdoba, 1994.

D'ANTONIO DANIEL HUGO, *El menor ante el delito*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1978.

DAVID, Pedro R. *Sociología criminal juvenil*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1983.

DAVID, Pedro R. *Sociología jurídica*, Ed Astrea, Buenos Aires, 1980.

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan, *Derecho Penal Fundamental*, Tomo I, Ed. Temis, Santafé de Bogotá, D.C., 1995.

FUNDACIÓN FES, Fundación Restrepo Barco, *Reincidencia Juvenil y Libertad Asistida en Santafé de Bogotá*, Noviembre de 1998.

FUNDACIÓN FES, *El Tratamiento del menor infractor en Bogotá, 1992*, en "Tres Estudios Inéditos sobre los Menores Infractores en Colombia", Bogotá, 1994.

GARCÍA MÉNDEZ, Emilio, *Derechos de la infancia-adolescencia en América Latina*, Ed. Forum Pacis, Bogotá, 1994.

GARCÍA MÉNDEZ, Emilio, *El Menor ante la norma penal*, Ed. Jurídicas Wilches, Bogotá, 1991.

GONZALEZ DEL SOLAR JOSÉ, *Delincuencia y derecho de menores, Aportes para una legislación integral*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 2ª Ed, 1995.

HORAS, Placido Alberto, *Jóvenes desviados y delincuentes*, Ed. Humanitas, Buenos Aires, 1990.

IBÁÑEZ N., Jorge Enrique, *La vida de los derechos de la niñez, Compilación normativa*, Tomo I, Imprenta Nacional, Colombia, 1992.

LEDESMA Jimeno, *Delincuencia juvenil*, Ed del autor, Salamanca, 1972.

LÓPEZ MORALES, Jairo, *Nuevo Código Penal. Explicación de cada uno de los artículos. Concordado. Doctrina Constitucional y Jurisprudencia*. Tomo I. Editorial Doctrina y Ley. 2001.

MARTÍNEZ L, José Antonio, *Derecho del Menor, Manejo del problemas infantiles y juveniles*, Librería del Profesional, Santafé de Bogotá, 1993.

MARTÍNEZ NEIRA, Nestor H., *Plan de Justicia para la Gente. Una visión alternativa*. Ministerio de la Justicia y del derecho, Bogotá, marzo de 1995.

MARTÍNEZ RAVE, Gilberto, *Procedimiento penal Colombiano*, quinta Edición, Temis, Bogotá, 1994.

MIDDENDORF, Wolf, *Criminología de la juventud*, Ed. Ariel, Barcelona, 1964.

MIR PUIG, Santiago, *La reincidencia en el código Penal*. Ed. Barcelona, Bosch, 1974.

MONROY CABRA, Marco G., *Derecho de Familia y de Menores*, Quinta Edición, Librería Jurídicas Wilches, 1997.

MUSHANGA, Theodore, *La Justicia juvenil antes y después de la iniciación de la delincuencia*, Secretaría de las Naciones Unidas, UNICEF, Diciembre de 1991.

NÚÑEZ, Ricardo C., *Manual de derecho penal, parte general*, Ed. Lerner, Buenos Aires, 1975.

OBSERVATORIO DE CULTURA URBANA. *Boletín de estadísticas de violencia y delincuencia de Santafé de Bogotá*, N° 19. Consolidado 1996.

OSORIO, Manuel, *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*, Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1981.

PATIÑO, Carlos A. *"Pobreza y desarrollo en Colombia: su impacto sobre la infancia y la mujer*. UNICEF, DNP, ICBF, 1988.

PETIT, Eugene, *Tratado Elemental de Derecho Romano*, Ed. Albatros, Buenos Aires, 1972, Trad. De la 9ª ed., francesa por José Ferrández González.

PLATT, Alexander, *El Descubrimiento de la Infancia*. La Invención de la delincuencia, 1969.

PONTI, Gian Luigi, *Compendio de Criminología*. Ediciones Librería Cortina, Milano, 1980.

REYES E. Alfonso, *Derecho Penal*, Tercera reimpresión de la Undécima Edición, Temis, Bogotá, 1994.

REYES E. Alfonso, *Criminología*. Séptima edición. Universidad Externado de Colombia, 1984.

SANDOVAL HUERTAS, Emiro y otros. *El pensamiento crítico criminológico*, vol II. Temis, Bogotá, 1987.

SANDOVAL HUERTAS, Emiro. *Sistema penal y criminología crítica*. Temis, Bogotá, 1985.

TIEGHI OSWALDO, *Tratado de Criminología*, Ed. Universidad, Buenos aires, 1989.

VELÁSQUEZ. V., Fernando, *Derecho Penal Fundamental*, Ed. Temis, Bogotá, 1994.

WHITTAKER O, James, *Psicología*. Tercera edición. Nueva Editorial Interamericana. México, 1981.

Ensayos

DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN-UDS. ICBF. Documento Compes 2561. "*Servicios de protección y reeducación al menor infractor y contraventor*". Octubre de 1991.

SAMUDIO, Lucero y RUBIANO, Norma, "*Estimación de tendencias en la infracción y contravención entre menores y ponderación de la calidad de la respuesta institucional*". Proyecto de investigación auspiciado por la Universidad Externado de Colombia y el ICBF, 1996

VANEGAS H, Edilberto. *Los inimputables menores de edad en el derecho penal*, Trabajo de grado, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1987.

Jurisprudencia

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia C-019 de 25 de enero de 1993*. M.P. Ciro Angarita Barón.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia C-176 de mayo 6 de 1993*. M.P. Alejandro Martínez Caballero

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. *Sala de Casación Civil. Auto del 13 de mayo de 1992*.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. *Sala Plena. Sentencia 81 de 13 de Junio de 1991*. M.P. Jaime Sanín Greiffenstein.

Legislación

ARGENTINA. *Ley 22.278 de 1980, reformada por la Ley 22803 de 1983 Régimen Penal de la Minoridad) y la Ley 23.849 sobre Convención Internacional de los Derechos del Niño*.

BRASIL. *Estatuto del Niño y el Adolescente de Brasil. Ley Federal 8069/90*.

COLOMBIA. Código Penal y de Procedimiento Penal , Leyes 599 y 600 de 24 de julio 2000, Grupo Editorial Leyer, Bogotá, 2000.

COLOMBIA. *Constitución Política de 1991*. Bogotá, En Gaceta No. 114 de 7 de julio de 1991, Ed. Cometa de Papel, Medellín, 1998.

COLOMBIA. *Congreso de la República, Ley 12 de 1991 Imprenta Nacional, 1991*.

COLOMBIA. *Decreto 2737 de 1989 por el cual se expidió el Código del Menor* .El Pensador Editores, Bogotá , 2000

COLOMBIA. Código Penal, Decreto Ley 100 de 1980, Legis Editores, Bogotá, 1994.

DEFENSORÍA DEL PUEBLO-FUNDACIÓN FES-UNICEF, *Los Derechos de la Infancia y la Adolescencia, Compilación de convenios, reglas y directrices de la O..U y Legislación Colombiana*, Mayo de 1995.

MÉXICO. *Ley para el Tratamiento de menores infractores, para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal*, 1991.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores, "Reglas de Beijing"*. Resolución 40/33 de la Asamblea General, 29 de noviembre de 1985.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad*. Resolución 45/113, 14 de diciembre de 1990.

