

EL MENOR ANTE LA NORMA PENAL

HERNAN UTRIA C.

Trabajo de grado presentado como requisito parcial para optar el título de Abogado.

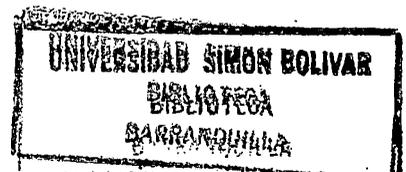
Asesor: **CESAR MERCADO**

BARRANQUILLA

CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO SIMON BOLIVAR

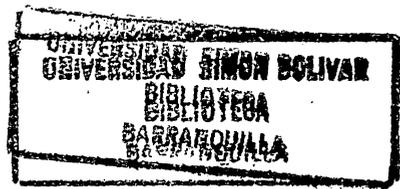
FACULTAD DE DERECHO

1987



4034292

DR = 0249



UNIVERSIDAD SIMÓN BOLÍVAR
BIBLIOTECA
BARRAQUILLA

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA

34292

Nº. INVENTARIO 134

FECHA 29 FEB 2008

GANJE DONACION

Barranquilla, 26 de Noviembre de 1987.

Doctor;

CARLOS LLANOS S.

Decano Facultad de Derecho
Universidad Simón Bolívar.

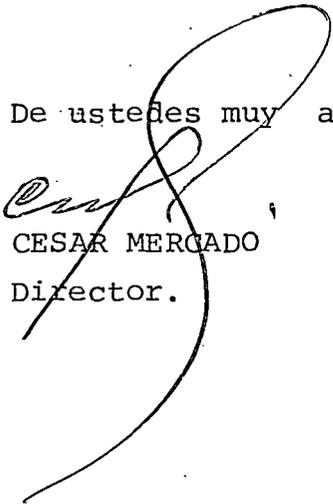
E. D. D.

Estimado Doctor;

Habiendose desarrollado y corregido el trabajo de investigación para obtener el título de Abogado, denominado "El menor ante la norma penal", presentado por el egresado Hernan Utria C., le doy concepto favorable, pues se investiga profundamente para acopiar la meta trazada, logrando adquirir el dominio de la materia y el léxico jurídico.

Una vez más le expreso mis sinceros agradecimientos por haberme designado director de este trabajo.

De ustedes muy atentamente,

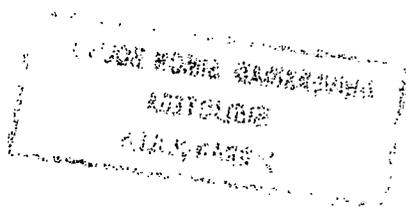


CESAR MERCADO
Director.

inserco4

08/11/2019, 8:23

DOCUMENTO DE BAJA CALIDAD



T
345.08
4.92

Nota de aceptación

Presidente del jurado

Jurado

Jurado

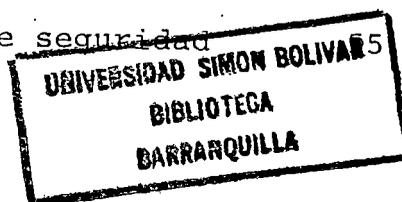
Barranquilla, noviembre, 1987



TABLA DE CONTENIDO

	pág.
INTRODUCCION	1
OBJETIVOS	3
JUSTIFICACION	4
METODOLOGIA	5
1. MARCO HISTORICO	6
1.1. LEY DE TALION	6
1.2. LA COMPOSICION	7
1.3. VENGANZA DIVINA	7
1.4. DERECHO ANTIGUO	8
1.4.1. Escuela clásica	10
1.4.2. Escuela positiva	11
1.5. LEGISLACION COLOMBIANA	12
1.5.1. Código de Santander	13
1.5.2. Código penal de 1858	14
1.5.3. Proyecto concha	13
1.5.4. Años 1920-1981 (estatutos legales)	15
2. MARCO CONCEPTUAL	16
2.1. MEDIDAS DE SEGURIDAD	16
2.2. EDAD PENAL	26

2.3.	CONDUCTA IRREGULAR	26
2.4.	INIMPUTABLE	28
2.5.	INMADUREZ PSICOLOGICA	30
2.6.	CRITERIO BIOLOGICO	31
2.7.	ANTI JURIDICIDAD. ART. 4- C.P.	31
2.8.	CULPABILIDAD	32
2.9.	ANOMALIAS PSIQUICAS	33
2.10.	CAPACIDAD JURIDICA	34
3.	MARCO SOCIAL	36
3.1.	SISTEMA R.R. (REHABILITACION READAPTACION)	36
3.1.1.	Sistema disciplinario	38
3.1.2.	Sistema progresivo	40
3.1.3.	Sistema socio-pedagógico	41
3.1.4.	Sistema psicopedagógico	43
3.2.	CONDUCTISMO	45
3.3.	LIBERTAD VIGILADA ESTÁ ESCRITO EN M.S.	45
3.4.	HOMICIDIO	45
3.5.	INFANTICIDIO	48
3.6.	BIGAMIA	51
4.	MARCO LEGAL	54
4.1.	LEGISLACION PERTINENTE	54
4.1.1.	Artículo 2 Hecho punible	54
4.1.2.	Artículo 31	55
4.1.3.	Artículo 34 Menores	55
4.1.4.	Artículo 33	55
4.1.5.	Artículo 93 De las medidas de seguridad	



4.1.6. Artículo 96	55
4.2. CABSACIONES DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA	56
4.3. COMENTARIOS DE DOCTRINANTES	82
4.3.1. Marco Gerardo Monroy Cabra	82
4.3.2. Héctor Solís Quiroga	84
4.3.3. Nodier Agudelo Betancur	86
4.3.4. Luis Mendizábal Oses	88
4.4. COMENTARIOS PROPIOS	92
5. MARCO ANALITICO	96
5.1. ARTICULO 31	96
5.2. ARTICULO 33	97
5.3. ARTÍCULO 34	99
5.4. ARTICULO 96	100
CONCLUSIONES	103
SOLUCIONES Y SUSTENTACIONES	106
BIBLIOGRAFIA	121

DEDICATORIA

A mi madre le entrego mi triunfo que con tanto desvelo y empeño siempre quiso para mí.

A mi padre que con su ayuda y esfuerzo lograron que culminara mi carrera.

A mis hermanos Luisa, Ketty, Claudia M., Luisa M., Luis A. y Jaime que siempre estuvieron a mi lado.

A mis amigos Pautina Tejera, Julia Betancourt, Eudines Godoy, Salerys Garcia, Daniel Vega, Carlos Romero y Javier Pacheco que compartieron junto con migo estos seis años de alegría y sinsabores en nuestra carrera y que hoy vemos nuestro sueño cumplido.

A la mujer que quiero hoy, que amaré mañana y que será la madre de mis hijos Dolemi.

HERNAN UTRIA C.

AGRADECIMIENTO

El autor expresa sus agradecimientos:

- A LA UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR y su cuerpo de profesores.
- A DOCTOR CESAR MERCADO, mi director de tesis, que me orientó.
- A DOCTOR CARLOS LLANOS SANCHEZ. Decano de la facultad de derecho de la Universidad Simón Bolívar.
- A MI PUEBLO y a todas aquellas personas amigas y contrarias que de una u otra forma hicieron posible la realización de mi carrera.



DIRECTIVA

Rector Dr. José Consuegra Higgings.

Decano Dr. Carlos Llanos Sánchez.

Secretario General Dr. Rafael Bolaño M.

Presidente de tesis Dr. Cesar Mercado.

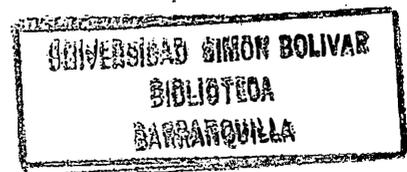
EPIGRAFE

"El niño debe ser educado en el sentimiento de que sus mejores cualidades deben ser puestas al servicio de sus hermanos"

Declaración de Ginebra

"El niño tiene derecho a la mejor tradición a la flor de la tradición que en los pueblos occidentales es, a mi juicio, el cristianismo".

Gabriela Mistral



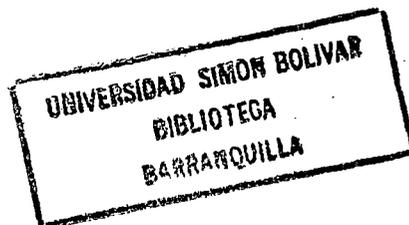
INTRODUCCION

En este trabajo investigaremos la situación Jurídico Penal de los menores, y con ello contribuir a que, en lo posible desaparezcan las irregularidades por demás lamentables de un Legislación no coincidente con la evolución social de nuestros días, en una democracia no solo cristiana sino acorde con la función de los derechos humanos, y especialmente con los derechos del niño.

Este título que he querido darle a mi trabajo no es ortodoxo, porque en nuestro Código Penal no existe tipificado ningún delito contra el menor, sino que existen tipos o normas penales que objetivamente se estructuran a base de condiciones específicas del sujeto pasivo, en este caso el "menor", como son la violencia presunta, llamada actualmente "acceso carnal alusivo"; la corrupción de menores; la trata de menores; el infanticidio; el abandono de menores, etc.

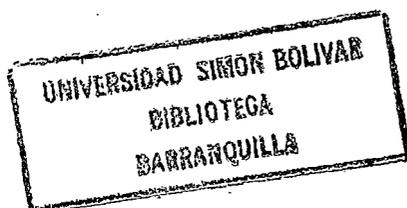
Además hay tipos penales agravados por la intervención del menor. Por ello he tomado este título, ya que no en

contramos en nuestras normas penales la suficiente protección para el menor en estos casos delictivos.



OBJETIVOS

Dentro de los objetivos principales enfocados en este trabajo figuran la insuficiente protección del menor dentro del marco de las normas penales, insuficiencia causada ante el surgimiento de fenómenos sociales que demandan una acción más eficaz del Estado.



JUSTIFICACION

El superar y corregir fallas y contradicciones en los aspectos normativos de esta situación penal, vendría a constituirse en la principal justificación de nuestro estudio.

METODOLOGIA

Empleamos en este trabajo las normas metodológicas ofrecidas por el ICONTEC y exigidas por el ICFES, para esta clase de trabajos en las Universidades.

1. MARCO HISTORICO

1.1. LEY DEL TALION

Enunciada en los libros de Moisés y en otros códigos como el Hammurabi.

Esta ley representaba un avance en materia penal puesto que frenaba los estragos de la venganza. En sí, el Tali6n representa una moderaci6n en el rigor de cobrar las ofensas a las personas o a la comunidad.

Esta ley fue el primer intento de buscar equivalencia entre la ofensa y la correspondiente pena, sin embargo, diez maba tambi6n, aunque en menor grado, los n6cleos sociales primitivos, pu6s a una muerte sobrevenia otra, a una mutilaci6n otro da6o semejante, lo cual ocasionaba constante merma de vitalidad en los grupos.

Podemos decir que esta ley era inhumana y se expresaba en los conocidos principios: "ojo por ojo", "diente por diente", "quien mata debe morir".

1.2. LA COMPOSICION

Del Tali3n se pas3 a la "Composici3n", la cual representa un progreso en la funci3n primitiva. Esta pertenece a una 3poca m3s evolucionada de la organizaci3n social que supera la venganza privada y el Tali3n, pero a3n dentro de estructuras antiguas.

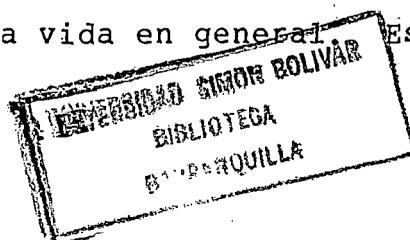
La composici3n era la compensaci3n o indemnizaci3n que el ofensor deb3a pagar al ofendido o perjudicado con determinados bienes. Pero 3sta a3n estaba lejos del significado de igualdad; porque correspond3a a una organizaci3n social sin sentido de igualdad lo cual necesariamente se reflejaba en la mencionada instituci3n.

1.3. VENGANZA DIVINA

Esta se caracteriza por la atribuci3n religiosa al derecho de castigar, por considerar algunos da3os sociales o individuales como ofensas a la divinidad.

Esta no representa un avance en la humanizaci3n de la pena sino una caracter3stica de su significado social.

En este per3odo es notoria la concepci3n m3gica y divina de los fen3menos naturales y de la vida en general. Esto



se explica con los respectivos arraigos socio-culturales donde lo espiritual ocupa lugar predominante en la orientación de la conducta social y en la individualización de la correspondiente civilización.

1.4. DERECHO ANTIGUO

En todas las épocas de la humanidad el menor de edad ha sido objeto de tratamiento especial en razón a su estado de inmadurez psicológica, desde el Derecho Romano siguiendo con la Edad Media.

En la familia antigua el padre tenía todos los poderes divinos y humanos dentro del hogar. Frente a los hijos era su juez absoluto y disponía de sus vidas, podía venderlo y recuperarlo mediante pacto de retroventa.

Para atenuar los poderes del padre se estableció en la ley de las Doce Tablas la libertad del hijo cuando éste había sido vendido por tercera vez.

Constantino dispuso el castigo del padre asesino de su hijo, también ordenó que el hijo culpable de delito debería ser juzgado y castigado por la justicia civil.

La edad de imputabilidad penal no es muy clara. Predominó

el criterio de discernimiento. El niño permanecía en el gineceo o apartamento de las mujeres hasta cumplir los siete años, a esta edad que coincide con el uso de la razón, era tomado por su padre para ser educado virilmente.

En el Derecho Romano se estableció una edad de incapacidad absoluta hasta los siete años. También se afirma que Justiniano fijó la edad penal en catorce años.

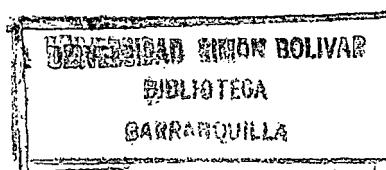
El imputable no era penalmente responsable, se hacía énfasis en la capacidad de dolo y ésta la tenía el pubertatis próximo pero recibía pena atenuada en caso de delito.

Otras civilizaciones siguieron o tuvieron en cuenta el criterio de los Romanos.

Algunos monarcas se distinguieron por su benevolencia en el castigo a los niños. Se menciona el Rey AROCA de la India y el de Inglaterra.

En la legislación Española los menores de diez años y medio no era penalmente responsable y los menores de 25 recibían pena atenuada.

Para el Derecho Canónico, la responsabilidad penal del menor se fundaba en la capacidad de discernimiento. El me



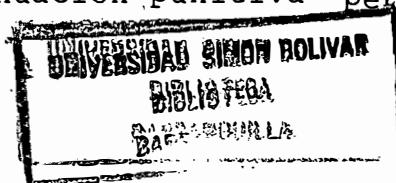
nor de siete años era absolutamente incapaz, de siete a catorce años se presumía el discernimiento pero se podía probar la incapacidad. A partir de los 14 años la persona tenía plena capacidad penal pero siempre el menor de edad recibía pena atenuada.

1.4.1. Escuela Clásica. Sus principales maestros y orientadores fueron Beccaria, Pagano, Filangieri, Ronagnosi, Carmignani, Rossi, Carrara, Pessina.

Para la escuela clásica no se puede deducir responsabilidad penal sino a las personas que son moralmente imputables, que gozan de libre albedrío e inteligencia. Según la participación de esta se determinaba la responsabilidad del sujeto y se castiga.

Carrara distingue cuatro períodos para deducir la responsabilidad.

- a. Hasta los siete años imputabilidad absoluta por ausencia de discernimiento.
- b. De siete a doce años responsabilidad dudosa.
- c. De 14 a 18 años presunción de responsabilidad pero se podía probar que el agente obró sin discernimiento y por consiguiente no es responsable.
- d. La vejez no era causa de atenuación punitiva pero los



discípulos de Carrara sí lo admitieron.

Para Pessina para determinar la edad penal se debía tener en cuenta lo siguiente: que el infante era absolutamente incapaz de responsabilidad penal.

El puer era responsable a menos que se pruebe haber obrado sin discernimiento.

1.4.2. Escuela positiva. Fundadores: Cesar Lombroso, Rafael Garofolo y Enrique Ferri.

Ellos estaban en contra con la clásica y el fundamento de la imputabilidad penal no está en el libre albedrío. También rechazaban las teorías basadas en el discernimiento.

Para ellos todas las personas que viven en sociedad eran responsables de los hechos que iban en contra de la convivencia social no importaba la edad, sexo, salud mental o física (responsabilidad legal).

Ellos tenían en cuenta las facultades mentales del sujeto en el momento del hecho, y así se le aplicaba una pena o una medida de seguridad.

Cuando los menores de edad eran infractores de las normas

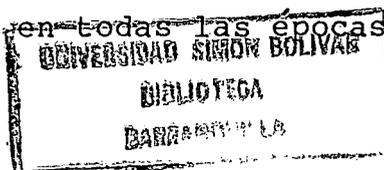
penales se les aplicaba un tratamiento educativo y tutelar claro está teniendo en cuenta la edad, la situación familiar, el estado físico y psíquico y la habitualidad en conductas antisociales, naturalmente a mayor edad mayor el grado de peligrosidad social y esta situación también estaba relacionada con la gravedad del hecho y la personalidad de su autor.

1.5. LEGISLACION COLOMBIANA

Nuestra legislación penal en relación al menor de edad ha variado según la doctrina del momento. Así podemos observar que el siglo pasado y principio de éste se seguían los postulados de la escuela clásica, esta señalaba las pautas para que el legislador determinara la edad penal y el tratado especial a los imputables que no habían alcanzado su plena madurez psicológica.

En este siglo desde el año 1936 en un principio se impuso la filosofía positivista pero también adquiere importancia el derecho de menores y así podemos observar en el Código actual que a los menores imputables en razón de su inmadurez psicológica se les da un tratado especial en caso de infracciones penales.

En general se puede observar que ~~en todas las épocas;~~ cual



quiera sea su orientación filosófica se ha tenido en cuenta una determinada edad hasta la cual el menor es imputable y esta por fuera del C.P. o simplemente no es sujeto de pena; también se ha tenido en cuenta una edad en donde el menor siendo imputable recibe un tratado benigno, y por último la plena capacidad frente a la pena y otras consecuencias derivadas del hecho punible.

1.5.1. Código de Santander. Año 1827 art. 105 decía: son excusables y no están por consiguiente sujetos a pena alguna los menores de siete años, o sea que los menores de siete años eran absolutamente inimputables y cuyas acciones quedaban fuera del ámbito del Derecho Penal.

(Concepción Clásica pura), art. 108. En ningún caso se impondrá pena al menor de 10 años y medio, y solamente se prevendrá a los padres, abuelos o curadores para que cuiden de él, le den educación y lo corrijan convenientemente. Pero si hubiera fundado motivo para desconfiar de que los padres, abuelos o tutores lo corrijan o se comprobare que es incorregible se le pondrá en una casa de reclusión por el término que se estime conveniente según su edad y circunstancias del caso con tal que no pase de la época en que cumpla 17 años.

O sea que los niños de 10 años y medio solamente se les po

día a sus padres o representante legal que los corrigiera pero si no se confiaba en el padre o tutor o que el menor era incorregible se le imponía medidas asegurativas de reclusión.

También a los mayores de 17 años se les consideraba como imputables.

1.5.2. Código penal de 1858. Este era el que venía rigiendo para el Estado de Cundinamarca y su capítulo segundo trataba de "las personas excusables".

Fijaba tres períodos en relación con los menores:

- a. El de los menores de siete años que estaban fuera del Derecho Penal o sea que eran absolutamente inimputables.
- b. El de los mayores de siete y 12 años, éstos eran puestos bajo el cuidado de una persona para que los educara o corrigiera, o eran colocados en casas de reclusión, todo eso a juicio del poder ejecutivo o del perfecto respectivo hasta que cumpliera 18 años.
- c. El último período el de los mayores de 17 años de edad que eran plenamente imputables.

1.5.3. PROYECTO CONCHA

Ley 109 de 1922, art. 51. Este decía que no se seguía procedimiento criminal alguno a los menores que no hubieran cumplido 12 años de edad en el momento en que ejecutó el acto violatorio de la ley penal.

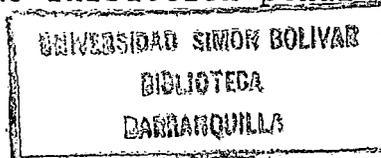
Art. 52. El menor que tenga 12 años sin llegar a los 14 años y haya violado la ley penal no era punible cuando se declare que obro sin discernimiento y no se le seguía procedimiento criminal, pero si se declara que obro con discernimiento se le reducirá la pena legal.

Art. 53. Si al momento de la violación el menor ha cumplido 14 años sin llegar a los 18 años se le reduce la pena a la mitad que se le hubiere impuesto en esa circunstancia.

Art. 54. Si el delincuente hubiera cumplido 18 años sin llegar a los 21 años se reducira la pena en una sexta parte.

1.5.4. AÑOS 1920-1981 (ESTATUTOS LEGALES)

a. Ley 98 de 1920. Esta ley fue sancionada por el Presidente de la República, Marcos Fidel Suarez, en noviembre de 1920. Por primera vez se crea una jurisdicción especial a la cual quedaban sometidos los menores de 17 años que ejecutaran actos definidos como infracción penal o con



travención.

Esta ley abre el camino al tratamiento pedagógico de todos los problemas de conducta del menor y además tiene un espíritu esencialmente tutelar.

b. Código penal de 1936. Este fue regresivo especialmente en el tratamiento para menores infractores de las normas penales. Llamó delincuentes a los menores de 18 años infractores de las normas penales.

La imputabilidad era presupuesto de la pena y no de responsabilidad penal.

En el Código de 1936 predominó el criterio de la peligrosidad social y esta circunstancia se determinaba teniendo en cuenta la edad del menor, su conducta social y familiar, la personalidad y la gravedad del delito.

Dividió los menores en dos categorías respecto a las medidas de seguridad. A los menores de 14 años y los mayores de esta edad hasta 18 años. Estableció los términos de duración mínima y máxima. Las medidas fueron: para menores de 14 años libertad vigilada en la familia hasta que cumpliera 18 años (duración máxima), libertad vigilada fuera de la familia (duración máxima), escuela de trabajo. Para

el menor de 18 años fueron: condena condicional, libertad vigilada y medida de reformatorio.

c. Código de Procedimiento Penal 1938. Sus características fueron:

- El Juez de menores conocía de infracciones penales cometidas por menores de 18 años.
- La investigación se hacía para demostrar los hechos y la responsabilidad penal del menor, además, la situación socio-familiar y su estado físico mental.
- La investigación era sumaria.
- Se debía celebrar audiencia privada sin la presencia del menor.
- La libertad vigilada, la condena condicional, no se podía aplicar si el menor no gozaba de salud física y mental.
- Las medidas de seguridad podían ser revocadas en cualquier tiempo.

d. Ley 83 de 1946 o Estatuto Orgánico de la Defensa del Niño. Conservó en 18 años la edad de inimputable penal. Le dio competencia al Juez de menores para aplicar medidas de asistencia y protección a menores infractores de las normas penales y también a quienes se encontraban en estado de abandono o de peligro físico o moral.

e. Decreto 1699 de 1964. En éste, se definieron varios comportamientos punibles calificándolo de "conducta antisociales" y determinando las correspondientes sanciones penales, funcionario para su conocimiento y procedimiento.

Este decreto se aplicaba a los mayores de 16 años y concurrían en primera instancia los Jueces Municipales, y en segunda los Tribunales Superiores si era mayor de 18 años.

Durante la vigencia de este decreto las normas relativas a los menores de 18 años no se cumplieron, pues ello hubiera significado colocar a los infractores fuera de las garantías tutelares de la ley 83 de 1946.

f. Ley 75 de 1968. Esta se llamó "de paternidad responsable", porque su propósito fue mejorar la situación jurídica del menor frente a las obligaciones parentales.

Reguló los siguientes asuntos:

- Asuntos civiles: filiación, guardas, adopción y alimentos.

- Asuntos administrativos: creación del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, señalando su estructura y funciones.

- Asuntos penales: creación de delito contra la asisten

cia familiar.

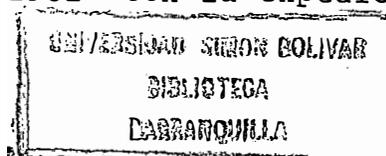
Disminuyó de 18 años a 16 años la edad penal, dió competencia a los Jueces Penales ordinarios para conocer de delitos contra la asistencia familiar cuando los procesados fueran mayores de 16 años.

Dió competencia al Juez de menores para conocer de delitos contra la asistencia familiar cuando los sindicados fueran menores de 16 años y mediante procedimientos señalados en la ley 83 de 1946.

Determinó la pérdida de competencia del Juez de menores cuando el menor procesado cumpliera 16 años y el proceso no hubiere sido decidido con fallo que haya hecho tránsito o cosa juzgada.

g. Decreto 409 de 1971. Este introdujo reformas al C. de P. y codificó todas sus normas, con relación a la jurisdicción de menores incluyó un capítulo bajo el título "Juicio ante los jueces de menores", hace una transcripción literal de disposiciones de la ley 83 de 1946 relacionada con el procedimiento en caso de infracciones penales cometidas por menores de 16 años.

h. Tercera época desde enero de 1981 con la expedición



del actual Código Penal cambio la situación jurídica de los menores de 16 años en relación a la naturaleza jurídica de los hechos punibles por ellos realizados.

Después de varios trabajos realizados por comisiones, fue incluido en el texto definitivo del actual Código Penal. Los conceptos de los inimputables menores de 16 años que serán sometidos a jurisdicción y tratamientos especiales.

Las medidas de seguridad, la culpabilidad, la antijuricidad, los hechos punibles, todo esto para comprender la situación jurídica del menor frente a la norma penal.

2. MARCO CONCEPTUAL

2.1. MEDIDAS DE SEGURIDAD

Las medidas de seguridad adquieren especial importancia a partir de la expedición del Código de 1963; antes en una forma limitada, se habían establecido para algunos menores infractores y después para los adultos.

Actualmente la medida de seguridad no aparecen definidas en el Código. El art. 12 dice que: "las medidas de seguridad persiguen fines de curación, tutela y rehabilitación".

Las medidas de seguridad son recursos judiciales para la prevención y defensas sociales y surgen desde el momento en que el Estado se organiza jurídicamente.

El fin en términos generales es la satisfacción de una necesidad. Así, entonces las medidas de seguridad es el modo de que se vale el Estado para satisfacer la necesidad de que los inimputables que realizan un hecho legalmente

descrito como delito sean curados, rehabilitados y protegida la sociedad contra las acciones nocivas de tales personas.

Estas cumplen su función cuando el sujeto sometido a ellos deja de constituir una amenaza para la convivencia social.

Las medidas que un juez de menores puede aplicar son:

- a. Absolución plena
- b. Simple amonestación
- c. Libertad vigilada
- d. Depósito del menor en su familia o en una institución
- e. Escuela de trabajo
- f. Reformatorio especial

En la práctica los jueces de menores decretan las siguientes medidas: amonestación, libertad vigilada con asistencia al menor y a su familia, internamiento con fines de formación integral.

Las dos modalidades de libertad vigilada se puede tomar desde la etapa investigativa o la de observación, si fuere el caso.

La absolución plena no es propiamente una medida y el reformatorio especial aún no se ha creado en Colombia. Sobre estas medidas explicaré los siguientes:

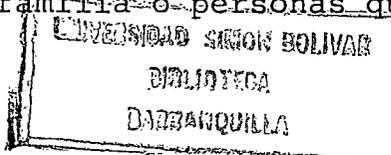
- Libertad Vigilada Simple, o Depósito Familiar Simple. Consiste en depositar al menor a su familia o bajo la responsabilidad de otras personas, amonestándola previamente para que colaboren con los fines de la investigación y que lo presente periódicamente al despacho.

Estas medidas generalmente se toma en casos de faltas puramente ocasionales, siempre que el menor no tenga antecedentes del mal comportamiento familiar, escolar y social y cuenta con un hogar apto para su formación.

Esta medida se toma cuando el menor inflige la ley en los delitos de daños en bienes ajenos, abusos de confianza y algunas conductas sexuales. La mayoría de estas medidas dan su resultado y con el fallo terminan, previa, amonestación.

- Observación. Cuando no se reúnen los requisitos para decretar el depósito familiar el juez ordenará observación en los siguientes casos:

a. Cuando el menor carece de familia o personas que pue



dan responsabilizarse de él.

b. Cuando el menor es reincidente y ya se ha intentado rehabilitarlo con una medida no institucional.

c. Cuando el juez considere que el medio socio-familiar es criminógeno o puede influir negativamente en la educación del menor.

d. Cuando la gravedad del delito, según su categoría en el Código Penal las circunstancias denunciadas sean indicativas de trastornos graves del comportamiento, ejemplo: asesinato, atraco, extorsión, chantaje, delitos sexuales, se someterá el menor a una medida de observación.

Los fines de las medidas de observación no es para corregir al menor sino para estudiarlo integralmente en sus aspectos psicológicos, fisiológicos, moral y medio socio-familiar, cuyos resultados fundamentarán la recomendación sobre tratamiento "médico-pedagógico".

La duración máxima de la medida de observación es de 90 días. Con relación a la institución donde cumplirse la medida de observación no hay concepto unificado, a nivel nacional, y puede afirmarse que imperándose criterios: el de los jueces quienes exigen una institución "Tipo cerrado", donde el menor permanezca el tiempo necesario para su observación, y el de los profesionales en rehabilitación que argumentan la convivencia de una casa en "medio

abierto" donde el menor no se sienta obligado a permanecer y lo haga voluntariamente.

En el centro de observación el ambiente debe favorecer la sinceridad y espontaneidad del menor; desestimular los estados de agresión, angustia o culpabilidad comunes en el adaptado y tener una organización que facilite el manejo de la disciplina y el control de las evasiones.

Estos censos de observación deben ser diferentes a una cárcel común pero que facilitan la vigilancia y la permanencia de los menores.

Informe de observación. Este es una síntesis de lo investigado por diferentes profesionales del centro respectivo y se refiere al estado físico, mental y socio-familiar del menor y comprende los resultados del examen médico general y del psiquiátrico, el estudio psicológico, el realizado por el trabajador social y las observaciones de educadores y jefes de disciplina.

Para que el informe cumpla con la finalidad de ilustrar al juez de menores, sobre la terapia de educación debe ser objetivo y lógico, objetivo en el sentido de que los hechos sobre los cuales se elaboran las conclusiones es

tén plenamente demostrados.

Debe ser lógico porque por falta de relación lógica entre hechos investigados y conclusiones, pueden ser rechazados por el juez. Ello ocurre cuando aparece de manifiesto que la medida recomendada no guarda proporción con la motivación del concepto.

2.2. EDAD PENAL

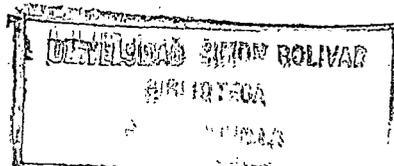
La edad para efecto de la penalidad siempre ha estado limitada desde el siglo pasado hasta hoy.

Actualmente la edad penal está fijada en los 16 años.

2.3. CONDUCTA IRREGULAR

Un menor es de conducta irregular cuando su comportamiento no está acorde con la convivencia social y familiar éstos están en conflictos consigo y la sociedad. Estos menores son llamados inadaptados o sea los que están en permanente dificultad con respecto a la exigencia propias de su edad y de su medio.

La conducta irregular de un menor empieza a manifestarse entre los 8 y 10 años.



Los tipos de comportamiento, éstos son de gran variedad u nos definidos como hechos punibles (delitos y contraven siones), también realizan actos violatorios con perjuicio a la comunidad como hurtos, lesiones personales, daños ma teriales en los casos etc.; otros con perjuicio para así mismo como vagancia, prostitución, drogadicción.

Los menores realizan estas conductas irregulares con tor peza y poca preparación porque el aprendizaje no está bien perfeccionado más si se trata de hurtos.

Las conductas irregulares casi siempre las realizan en grupos, en estos grupos se destaca los de gaminos o "ga lladas". Este grupo es de mayor peligrosidad y esto au menta con la edad de los componentes. Ellos aseguran la subsistencia mediante el hurto y otras actividades y su se guridad personal frente a otros desadaptados, autoridades y personas perjudicadas. Los factores de esta conducta son numerosos, entre ellos podemos enunciar:

- a. Los medios de comunicaciones masivo (T.V.). Los meno res de edad han visto por lo menos en estos medios 5.000 escenas de violencia, de crimen, de rapiña que después pue den realizar.
- b. En los barrios pobres y en los tugurios pululan malean tes, prostitutas, mendigos, tahures que inculcan a los a

dolescentes sus malas enseñanzas.

c. Abandono de los menores por parte de los padres que se ven obligados a trabajar para cumplir necesidades del hogar. Estos menores se dedican al ocio o deambular por las calles, tabernas y otros lugares no menos peligrosos en donde reciben el mal ejemplo de los delincuentes.

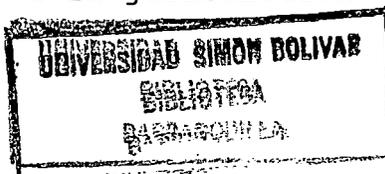
d. Los progenitores desahogan sus frustraciones y tratan de brutal y bárbaramente a sus hijos. El desempleo, la falta de recursos de los padres para educar a sus proles. Todo esto es un caldo de cultivo para las conductas irregulares de los menores.

2.4. INIMPUTABLE

Artículo 31. Es inimputable quien en el momento de efectuar el hecho legalmente descrito, no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez psicológica o trastorno mental.

Artículo 34, dice: "Los menores de 16 años estarán sometidos a jurisdicción y tratado especial.

Este no afirma la inimputabilidad de estos sujetos sino que se dispone que tendrán un tratamiento formativo especial y que no estarán sometidos a la jurisdicción común



ordinaria sino a una especial que es la de menores, o sea que los menores quedan por fuera del régimen de las medidas de seguridad establecidas en el Código.

La inimputabilidad se da cuando la conciencia no puede registrar el hecho o la voluntad de probar o de no probar su realización y para llegar a esa afirmación absoluta de capacidad 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, deficiencia sensoriales o factores culturales.

La inimputabilidad se puede dar en los siguientes casos: trastorno mental permanente, transitorio, preordenado, inmadurez psicológica.

Los menores de 16 años son inimputables razón a su inmadurez psicológica. La inimputabilidad siempre es admirable aunque la realidad psicológica del sujeto indique que tiene capacidad de comprensión y de autodeterminación, en algunos casos esta calidad tiene el carácter de calidad en presunción legal.

A los inimputables no se les puede aplicar pena, sin embargo el art. 33 dice: "Los inimputables que realicen un hecho punible serán sometidos a las medidas de seguridad establecidas en este castigo. Esta es una contradicción que afortunadamente no tiene consecuencia.

2.5. INMADUREZ PSICOLOGICA

Se presenta cuando el desarrollo de la inteligencia está detenido o evoluciona más lenta de lo normal o aún no ha alcanzado la madurez que exige la norma penal.

Los inmaduros psíquicos cuando han realizado un hecho punible, no justificable ni excusable, su situación jurídica se resuelve de las siguientes formas:

- a. Los inmaduros psíquicos, no indígenas, serán sometidos a tratamiento educativo ocupacional.
- b. A los indígenas, inmaduros psíquicos, su otra calificación, no se les aplica medidas de seguridad y simplemente seán reintegrados a su comunidad de origen.

Todos los menores de 16 años son inimputables en razón a su inmadurez psicológica.

2.6. CRITERIO BIOLOGICO

Este consiste en señalar determinada edad a partir de la cual la persona, aunque sea menor es penalmente capaz y si realiza un hecho punible debe sufrir todas las consecuencias jurídicas aunque puede recibir algunos beneficios procesales por su condición de menor de edad. Este criterio nos indica que los menores de 16 años de edad son inimputables.

El límite de la edad es señalado por las normas penales o por el derecho de menores pero le corresponde a este último determinar la clase de tratado que van a recibir los menores infractores de las normas penales.

2.7. ANTIJURIDICIDAD. ART. 4- C.P.

Art. 4- C. P. "Para que una conducta típica sea punible se requiere que lesiones o ponga en peligro sin justa causa, el interés jurídico tutelado por la ley".

Concepto de antijuridicidad en el sentido más simple y elemental puede decirse que la antijuridicidad consiste en la contradicción entre la conducta humana y la ley.

La antijuridicidad en relación a la conducta del inimputable

está valorada sobre elementos subjetivo, incapacidad de comprender y autodeterminación frente a una exigencia ética-social.

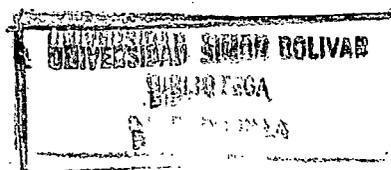
El juez para deducir la antijuricidad debe dar los siguientes pasos:

- a. Identificación frente al precepto legal, o sea la tipicidad.
- b. Lesión o peligro de lesión del interés penalmente tutelado.
- c. Ausencia de causas justas, es decir que el hecho no esté justificado por haber concurrido en su realización cualquiera de las situaciones circunstanciales a que se refiere el art. 29 del C.P.

2.8. CULPABILIDAD

Art. 5 C.P.: "Para que una conducta típica y antijurídica sea punible debe realizarse con culpabilidad. Queda prescrito toda forma de responsabilidad objetiva".

Para que se pueda cometer un delito o contraversión y así penada una persona se requiere que haya obrado con dolo, culpa o preterintención. Así que el inimputable no puede realizar conducta punible porque así psiquismo inmaduro



ro o anormal no se le pueden hacer las atribuciones propias de culpabilidad. A los menores se les aplica una medida de seguridad así su conducta sea típica y antijurídica por su madurez psicológica.

Para afirmar si una conducta típica antijurídica es atribuible a su autor a título de dolo, de culpa o de preterintención, debe reunir los siguientes requisitos:

- a. Capacidad genérica del sujeto, o sea imputable.
- b. Capacidad específica o calificada que surge al relacionarla con determinado objeto del conocimiento, poder comprender que la conducta es antijurídica dentro del significado de lesión injusta.
- c. Que en un momento dado al agente podía exigirle una conducta ajustada al derecho.

2.9. ANOMALIAS PSIQUICAS

Muchos de estos comportamientos juveniles irregulares están asociados con algún tipo de anomalía psíquica. En informe de observación en algunos casos el juez de menores puede encontrar referencia a anomalías mentales y que debe darle su justo valor para efectos de las correspondientes medidas. Estas anomalías mentales más comunes son:

Deficiencia mental, inestabilidad. Anormales morales, Paranoíca. Esquizofrenia o demencia precoz, Psicosis-maníaco depresivo o Ciclofrenia, Epilepsia, Histeria, neurastenia Psicostenia, sociopatía.

2.10. CAPACIDAD JURIDICA

Es el conjunto de elementos o condiciones que habitan a una persona para ser sujeto activo de una relación jurídica. Es decir, capacidad de derecho, de obligación y capacidad de obrar.

Todo régimen normativo tiene presente la capacidad jurídica en su negación, condición o limitación se valoran diferentes factores como la edad, estado mental, enfermedad, sexo, interdicción, quiebra y otros.

Los elementos de la capacidad jurídica, son sujeto, objeto y acto. Es decir, en toda relación jurídica se requiere capacidad para ser sujeto; capacidad para ser objeto y que el acto realizado por el sujeto tenga efeciencia en la vida jurídica.

Con relación a la edad como factor determinante de capacidad frente a ciertas relaciones jurídicas, no existe armonía en los diferentes estatutos legales.

Ejemplo, en ciertos delitos sexuales de capacidad para ser sujeto pasivo de los mismo, en cuanto la edad, debería coincidir con el correspondiente requisito para la celebración del matrimonio.

La capacidad de realizar actos con eficacia jurídica está condicionada a diferentes factores como la edad, el estado mental y el sensorial.

3. MARCO SOCIAL

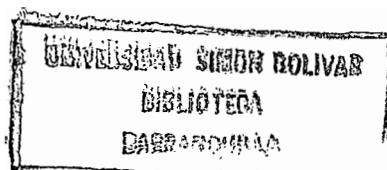
3.1. SISTEMA R.R. (REHABILITACION READAPTACION).

Rehabilitar los menores que han observado un comportamiento antisocial y albergan y capacitan lo moral y físicamente abandonados, es la principal labor preventiva que debería tener la nación si observamos el alto número de ellos que se encuentran en tales circunstancias.

Podemos afirmar que hasta hoy el reintegro a la sociedad de menores capacitados y reeducados es ínfimo en comparación a los recursos materiales y humanos destinados a tal finalidad, y los miles de casos tramitados que se han quedado sin solución.

La rehabilitación y readaptación de los menores siempre ha despertado interés en las ciencias médicas, psicológicas y antropológicas.

Esto lo apreciamos en los diferentes sistemas reeducati-



vos que se han formulado y puesto en práctica para tratar de inducir cambios en el comportamiento. Estos sistemas reeducativos se aplican en las diferentes instituciones oficiales o privadas o con mayor o menor predominio, y son los metodos derivados del conductismo y del precoanálisis. El primero parte de la base de que toda la conducta es siempre el resultado de determinado aprendizaje social. En este influyen la modelación y el reforzamiento ambiental.

La reeducación a este tipo de conducta consistiría en enseñar y reforzar conductas socialmente aceptadas y debilitar las negativas dentro de determinados patrones de modelación. Por su parte, las psicoterapias se fundamentan en el principio de que cualquiera que sea el problema de conducta y sus causas, todo tratado debe incluir algún tipo de acción directa o indirecta sobre la mente del sujeto. También se da principal importancia al ambiente en la formación del carácter, pero no atribuye la desadaptación únicamente al aprendizaje social sino a los conflictos psicológicos que la persona no entiende ni sabe manejar.

La psicoterapia de tipo analítico se propone ayudar al paciente a descubrir la razón de sus conflictos afectivos y a superarlos mediante la racional utilización de sus recursos psicológicos.

La psicoterapia tiene resultados limitados frente a los problemas de conducta juvenil y su acción resulta ineficaz o difícil de aplicar a ciertos tipos de delincuentes juveniles y de adultos, especialmente aquellos que tienen antecedentes en carencia afectivos, rechazo parental y trato cruel.

Aquí en Colombia ninguna institución aplica exclusivamente cualquiera de los métodos anteriormente mencionados y los menores son desestimulados en aquellas conductas negativas y reciben ayudas psicológicas a cargo de profesionales en los respectivos centros.

Los métodos para rehabilitar y readaptar a los menores de conducta irregular son varios y estos están influenciados por determinadas doctrinas psicológicas, en un momento dado.

Estos métodos reeducativos son:

3.1.1. Sistema disciplinario. Este tiene por base la creación de inhibiciones en el educado, para alejarlo en la comisión de actos antisociales. En este sistema se utiliza un régimen aplicado a las cárceles comunes, este es con el fin de automatizar al muchacho. El menor es sometido a una disciplina rígida manejada por guardianes o vigilan

tes. Es castigado por la falta que comete con severidad y no se le reconocen algunas actividades físicas.

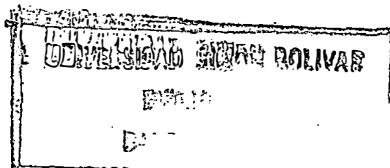
El muchacho se convierte en un robot que es dirigido por órdenes y si no obedece ésta le acarrea graves consecuencias.

A esta medida se le ha criticado que no se enseñe al educando a determinar sus acciones de una manera socialmente positiva, sino que solamente se evite lo negativo de su conducta imponiéndole un régimen que impide la realización de actos indebidos.

Por lo demás no solamente no enseña sino que es inadmisibile tanto para el débil mental como para el superdotado.

Este sistema disciplinario es cuestionable y no está de acuerdo con la vida real, porque las conductas desviadas pueden ser controladas mediante la coacción física y moral, pero no su erradicación al desaparecer la rigidez disciplinaria, lo más probable es que vuelva a aparecer.

Este también se presta para abusos de los adultos poseedores de la autoridad hacia los niños que son débil y no tienen oportunidad de aludir los atropellos de que puedan ser víctimas.



3.1.2. Sistema progresivo. Este es la creación del gran especialista Roureray a comienzos de esta centuria. Se caracterizó porque la comunidad de desadaptados esta dividida en secciones o grados y esta división se da luego del examen psicológico del menor para clasificarlo, se comienza por una etapa y pabellón de prueba de régimen semejante al disciplinario, posteriormente si observa una buena conducta y se adapta satisfactoriamente, para una segunda etapa y pabellón "de mérito" donde se aligera la disciplina y más bien se le aconseja lo que debe hacer.

La tercera etapa es la "de excelencia", en la cual se convierte en ayudante de los preceptores dándosele comisiones de confianza, inclusive fuera del establecimiento.

Naturalmente que quienes están en la etapa y pabellón más bajo sufren más la rigidez disciplinaria y están privados de los estímulos o recompensas que van otorgando a medida que se asciende.

Los integrantes de estos grupos no son estables y pueden ascender o descender según el comportamiento y el aprovechamiento. En este sistema se puede observar que los niños que están en la tercera etapa gozan de unos privilegios que otorga el centro como mejor vestido, comida especial o en comedores separados, salidas, autogobierno,

cuarto para dormir en lugar de dormitorios masivos.

Los de la etapa inferior, o sea los que están en el pabellón de prueba no tienen ningún privilegio y sobre ellos no hay intervención del adulto.

El sistema progresivo no está de acuerdo con la vida real pues los beneficios que dispensa la sociedad no siempre corresponden al buen comportamiento, y a veces la conducta irregular de un menor cambia, pero no es un cambio sincero, porque conociendo el sistema; para el sistema es fácil manipular agrandando hipócritamente a los dispensados de los respectivos beneficios, y esto da como resultado que su rehabilitación no es real.

A este sistema se le critica, que confía demasiado en la capacidad de superación de cada menor, olvidando que muchos casos requieren de ayudas especiales, como de profesionales en el campo de la psicología, psiquiatría, medicina general. Y en cuanto a los beneficios, si se cumplen los principios del merecimiento reconocido por los educadores especialmente preparados y de intachable conducta moral, en algunos casos traería buenos resultados.

3.1.3. Sistema socio-pedagógico. Este sistema tiene una forma de organización semejante a la sociedad ordinaria

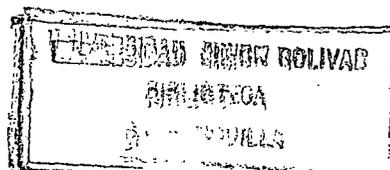
con sus organos legislativo, ejecutivo y judicial, facilita y estimula las calidades de los líderes y éstos ocupan puestos importantes en el funcionamiento de grupos o familias y en la comunidad total de menores (alcaldes, directores, presidentes, etc). Los menores tienen sus propias normas y las hacen cumplir en relación a la disciplina, esto es una ventaja en este sistema porque funcionan como una verdadera organización social.

También reconoce las características propias de la adolescencia como sus actitudes rebeldes frente al adulto y la dinámica que se puede inducir en grupos de muchachos.

Pero este sistema socio-pedagógico es cuestionado, porque no es el adecuado para tratar problemas graves de conductas ni aquellos relacionados con determinadas anomalías mentales (debilidad mental, esquizofrenia y epilepsia).

También se cuestiona el sistema socio-pedagógico porque la similitud con la comunidad real aparente y el llamado autogobierno obedece más a la manipulación del adulto que la propia creatividad de los menores.

Las instituciones con características pedagógicas en la práctica se convierten en selectores de menores..



Este sistema no obstante a las críticas puede funcionar siempre cuando el calificativo o ciudadelas dados a estas instituciones sea meramente nominal, porque si se interpreta como agrupación numerosa de menores se puede presentar problemas insolubles ya que la masificación desnaturaliza la relación interpersonal entre adultos y menores, tan necesaria en cualquier tratado reeducativo.

Otra de las críticas a este sistema sena que el menor puede en cierta forma su identidad con relacion a su grupo natural, o sea la familia.

3.1.4. Sistema psicopedagógico. Este sistema funciona de tres maneras diferentes, según el tipo de conducta del menor. Reconoce que cada problema de desadaptación es individual y superable mediante la acción personal y especialmente la de grupo, en este se organizan unidades terapéuticas en las cuales es admitido el joven o la joven problema.

En este sistema parte de la base de que en toda situación de conducta irregular esta presenta la consecuencia de un ambiente socio-familiar inadecuado. El fin del tratado es fortalecer la voluntad hacia el manejo de los problemas que impiden la adaptación sin perjuicio para sí y para la sociedad.

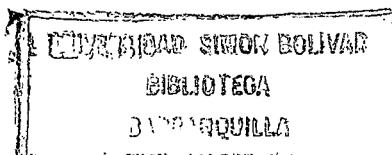
Las formas de funcionar son: para el caracterizado y sobre todo el agresivo se recomienda una actividad inicial de impavidez en el personal técnico. Cuando el menor hace una transferencia agresiva en el funcionario, este debidamente escogido y preparado, no se responderá produciendo en el educando la sensación de que dicha conducta es ineficaz y provocando una explosión de su actividad, que determinará sin entregamiento a la influencia educativa del preceptor.

En el sistema psicopedagógico el paciente o el menor debe subir o progresar según las escalas en que se divide el tratado, hasta la culminación o sea cuando ya está preparado para su reintegro social.

En cada etapa el menor debe pasar por determinadas pruebas todas encaminadas a fortalecer la voluntad frente a los propósitos educativos.

A este sistema se le han dado conceptos favorables porque se caracteriza por el estudio profundo de la personalidad del menor debe funcionar como un equipo multi-profesional que comprende todas las facetas de la problemática a tratar.

El estudio que se hace es el de la personalidad del menor



en los aspectos antropológicos y fisiológicos, psicológicos y psiquiátricos, así como pedagógicos. El aspecto antropológico y fisiológico comprende el estudio morfológico y funcional del menor teniendo presente el estado que manifieste su desarrollo orgánico. El análisis psicológico y psiquiátrico procura comprender la inteligencia, tendencias neuróticas, interés, adaptabilidades, aberraciones, desviaciones, sentimientos de inseguridad y posible alteraciones de carácter, para tener un cuadro descriptivo y proyectivo de la personalidad del menor.

El análisis educativo tiende a comprender no solo el grado cultural y de instrucción que posee el menor, sino las posibilidades y aptitudes en orden a su futuro, orientación escolar y profesional.

3.2. CONDUCTISMO

3.3. LIBERTAD VIGILADA ESTA ESCRITO EN M.S.

3.4. HOMICIDIO

Es punible la conducta del que "mataré a otro".

Los clásicos siguiendo a Corminani, definen el homicidio como: "la muerte de un hombre realizada injustamente por

otro hombre". Este es uno de los hechos que la sociedad más repudia por eso es castigado con severidad, cualquier persona puede ser sujeto activo. No interesan el sexo, la edad, la nacionalidad, la raza, ni las calidades personales. Esta excepcionalmente, sirven para agravar o atenuar el homicidio.

Sujeto pasivo puede ser cualquier individuo de la especie humana, o sea, una persona física, desde que nace hasta que muere.

Objeto material de la conducta, toda persona desde el momento del nacimiento y mientras pueda afirmarse que esta con vida. Las posibilidades de ésta no interesan para la estructura objetiva del delito.

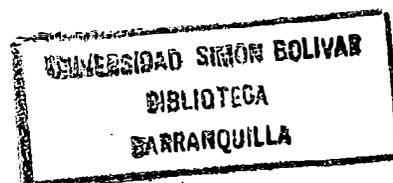
El homicidio es la figura penal modelo, pues le son aplicables la mayoría de las disposiciones de la parte general y especialmente los del título tercero y capítulo segundo del título cuarto.

Este es un delito de resultado de daño (causalidad), valorable en el momento en que se produce la muerte, cualquiera sea el tiempo transcurrido desde la realización de la acción u omisión.

En el homicidio se puede participar en calidad de tutor o cómplice con o sin la determinación del otro. Se puede presentar en concurso con otros hechos punibles de la misma o distinta naturaleza objetiva. Admite todas las causas de justificación y es posible el exceso punible a que se refiere el art. 30.

Las causales de inimputabilidad tienen especial relevancia jurídica en el homicidio y las lesiones personales. En el aspecto subjetivo admite todas las formas de culpabilidad y es el único delito preterintencional del C.P. Es excusable por cualquiera de las circunstancias de los ordenales 1, 2 y 3 del art. 40. No lo sería por la causal cuarta de inculpabilidad pues ésta, se refiere a errores o cualquier juicios valorativos equivocados sobre cualquiera de los elementos descriptivos del tipo legal. Tal error contradice la naturaleza propia del homicidio.

El homicidio a pesar de su descripción simple (matar a otro), en la práctica judicial y doctrinal plantea numerosos interrogantes que requieren una respuesta adecuada si se quiere lograr la justicia y la equidad en las correspondientes resoluciones judiciales, demanda ésta que adquiere especial significado social porque se trata de la supresión injusta de la vida humana.



3.5. INFANTICIDIO

Es punible la conducta de la "madre que durante el nacimiento o dentro de los ocho días siguientes matare a su hijo, fruto de acceso carnal violento o abusivo o de inseminación artificial no consentida" (art. 328).

Entre las dos disposiciones la del 36 y la actual existen diferencia fundadas, no en cuanto a la calidad del sujeto pasivo (infante) y circunstancias temporales de la conducta, sino en relación a los posibles sujetos activos del hecho y determinantes psicológicos del mismo. En la disposición precedente, parientes de la madre y por motivos referibles a ésta (honor), si realizaban infanticidios, recibían el tratado penal especial de la norma mencionada. Y en cuanto a los motivos determinantes de la conducta, en el código derogado estaban señalados en la necesidad de preservar la honra u honor sexual.

Dicho aspecto descriptivo de la figura penal fueron modificados así: hoy solamente la madre puede realizar dicha clase de homicidio, atenuado por razón de motivos relacionados con circunstancias especiales de la concepción, o sea cuando se debió a un acto sexual violento o abusivo o inseminación artificial no consentida.

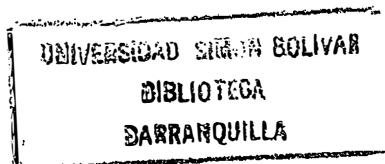
La norma exige que el hecho se realice durante el nacimiento o dentro de los ocho días siguientes. Estas circunstancias fueron tomadas de la legislación derogada pero allí se condicionaban a que el hijo no estuviera escrito en el Registro Civil.

Esto era explicable por la referencia que se le hacía al honor sexual como determinante psicológico de la conducta. El motivo este era la ocultación del hecho cuya divulgación pudiera exponer la madre (homicida), a la deshonra.

Al respecto la disposición del art. 328 es suficientemente clara y en cuanto al significado de nacimiento, el proceso físico del parto siempre que sea visible.

De todo lo impuesto se deduce, que si la concepción se debió a acceso carnal violento o abusivo o a inseminación artificial no consentida, no importe que sea mujer casada, soltera o viuda y da muerte a su hijo concebido recibirá el tratamiento penal benigno del infanticidio.

La norma actual se tiene que interpretar sin el condicionamiento a excusas de honor sexual, pues estas circunstancias no se mencionan ni es inferible por deducción. En la estructura de dicho delito es requisito el precedente



de la concepción pero este no puede ser la única razón del tratado penal benigno para un hecho en sí grave y repugnante como es suprimir la vida de un ser humano en condiciones de absoluta indefensión, en contradicción con sentimiento instintivos propios de la función maternal.

Al no especificar las normas sobre los motivos, se incurre en una generalización propicia para soluciones jurídicas injustas. Estas consideraciones no serían válidas para el aborto durante los primeros meses de embarazo, pero sí en situaciones subsiguientes.

Si una mujer que ha aceptado el embarazo y vive en una forma normal, sin pretensiones aparentes de ocultarlo o de librarse de él y este fué concebido injustamente luego le da muerte dentro las circunstancias temporales descritas formalmente ha realizado el delito del art. 328, pero si no existieran motivo de honor entonces con bases en Cuáles debe recibir un tratado penal benigno?. Se podría afirmar que el estado psicológico de una mujer forzada injustamente a ser madre, identifica el elemento subjetivo especial del infanticidio, pues éste viene a ser la exteriorización del rechazo mental a dicha situación. Pero qué ocurre si existen otros motivos de orden económico, familiar, laboral etc.

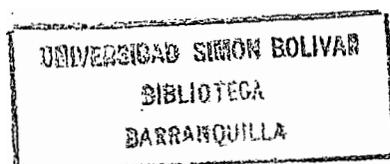
Por todo esto podemos concluir que en los tiempos actuales la maternidad ya no es socialmente rechazada y que los hijos ilegítimos no es la afrenta social de otros tiempos. Actualmente se respetan y deben respetarse los propósitos superiores de la maternidad, la cual debería ser siempre deseada o al menos libremente aceptados los hechos que la causan, pero cuando esto no sucede los derechos al respecto también deben tener su límite.

3.6. BIGAMIA.

Art. 260. El que ligado por matrimonio válido contraiga otro, o el que siendo libre contraiga matrimonio con persona válidamente casada, incurrirá en prisión de uno a cuatro años.

Es necesario que el matrimonio anterior sea válido no importa que sea irregular.

El delito de bigamia se consuma con la celebración del nuevo matrimonio, siempre que se hayan reunido las formalidades esenciales requeridos para su validez y que el impedimento para contraerlo dependa únicamente de la existencia de de un vínculo anterior.



No interesan, para la perfección del delito, los resultados que el bígamo haya querido obtener como la satisfacción de la sexualidad o de la codicia que son los más frecuentes.

Los matrimonios nulos o ilegales son penalmente relevantes por que afectan la institución familiar en su constitución y en su función, es decir, frente a los contrayentes y a los hijos, cuando los hay con relación a la bigamia.

La doctrina penal colombiana no ha sido uniforme, especialmente cuando el matrimonio ilegal o el divorcio se realizan en país extranjero. Al respecto se deben tener en cuenta las siguientes consideraciones:

- a. Un acto que realizado en Colombia será jurídicamente nulo, no puede adquirir validez por el hecho de recurrir los interesados a otros países donde no está legalmente prohibido.
- b. Si un hecho es punible según la ley Colombia, lo seguro sigue siendo aunque se realice en el exterior.
- c. Lo que hace punible el matrimonio ilegal no es la violación de la prohibición basada en un impedimento dirimente, sino el perjuicio que tal acto causa a la familia. No importa que el hecho nulo sea o no punible en el país extranjero donde se realizó, sino las consecuencias anti

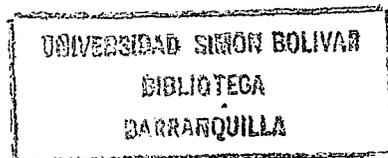
jurídicas que de él se puede derivir.

4. MARCO LEGAL

4.1. LEGISLACION PERTINENTE

- Código penal de 1837 (Código de Santander)
- Código Penal de 1858
- Código Penal de 1890
- Ley 98 de 1920
- Ley 109 de 1922
- Código Penal de 1936
- Ley 94 de 1938
- Ley 83 de 1946 Orgánica de la Defensa del Niño
- Decreto 14 de 1955
- Decreto 1699 de 1964
- Decreto 1818 de 1964
- Ley 75 de 1968
- Decreto-Ley 409 de 1971
- Decreto 100 de 1980 Código Penal Colombiano

4.1.1. Artículo. Art. 2 Hecho Punible. Para que una conducta sea punible debe ser típica, antijurídica y culpable.



4.1.2. Art. 31. "Es inimputable quien en el momento de ejecutar el hecho legalmente descrito, no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión por inmadurez psicológica o trastorno mental".

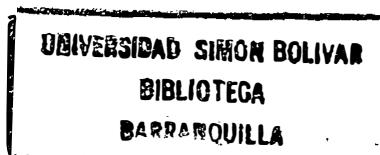
4.1.3. Art. 34. Menores. "Los menores de 16 años estarán sometidos a jurisdicción y tratamientos especiales".

4.1.4. Art. 33. Medidas aplicadas a las inimputabilidades se les aplicarán las medidas de seguridad establecidas en este Código. Si la inimputabilidad proviene exclusivamente de trastorno mental transitorio, no habrá lugar a la imposición de medidas de seguridad, cuando el agente no quedare con perturbaciones mentales, sin perjuicio de la responsabilidad civil a que hubiere lugar".

4.1.5. De las medidas de seguridad. Art. 93 Especies.
Son medidas de seguridad:

- La internación en establecimiento siquiátrico o clínica adecuada.
- La internación en caso de estudio o trabajo.
- La libertad vigilada.

4.1.6. Art. 96. Otras medidas aplicables a los inimputa



bles.

A los inimputables que no padezcan enfermedad mental, se les impondrá medida de internación en establecimiento público o particular, aprobado oficialmente, que puede suministrar educación o adiestramiento industrial, artesanal o agrícola.

Esta medida tendrá un mínimo de un año y un máximo indeterminado. se suspenderá condicionalmente cuando se establezca que la persona haya adquirido suficiente adaptabilidad al medio social en que se desenvolverá su vida.

Cuando se tratare de indígena inimputable por inmadurez psicológica la medida consistirá en la reintegración a su medio ambiente natural.

4.2. CASACIONES DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Sentencia # 62 de mayo 10 de 1983, por medio de la cual se declaró inexecutable parte del artículo 646 del Código del crecimiento penal. "El ciudadano Alfonso Lopez Carrascal solicita la declaratoria de inexecutable del precepto de la referencia (art. 646 del Código del crecimiento Penal, sobre menores)".

- Texto de la norma acusada. Ella forma parte del decreto extraordinario 409 de 1971, por el cual se reformó el código de procedimiento penal y se codificaron sus normas, y dice:

"Artículo 646. Comparecencia del menor. Exclusión de abogado "El menor comparecerá personalmente ante el juez de menores; podrán acompañarlos los padres o personas de quienes dependa. Este acto, así como todo lo relacionado con la defensa del menor, a excepción de los casos especiales perceptuado en este capítulo se llevará a cabo sin intervención de abogado".

- FUNDAMENTO DE LA DEMANDA

En sentir del actor, el precepto acusado es violatorio de los artículos 2, 16, 26, 17, 31, 40 y 76-12 de la Constitución. Sus argumentos esenciales son los siguientes:

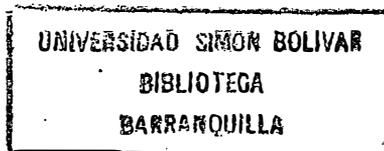
- "Las leyes 16 de 1968 y 16 de 1969 no facultaban expresamente al Presidente de la República para excluir el ejercicio no oficial de la abogacía no para permitir que abogados no oficiales pudieran en cambio pedir pruebas contra un menor acusado. (C. de P.P., art. 645)". "El ejecutivo exedió lo expresamente ordenado en dichas leyes, al pedir el precepto acusado".

- "De conformidad con el artículo 2 de la carta, la justicia penal y más la de menores, debe asegurar, como poder público, la garantía constitucional del derecho de defensa. El artículo 646, en cuanto niega esa garantía, infringe el constitucional citado".

- Según el artículo 16 de la constitución, todas las personas tienen derecho a una defensa integral, y si los menores no tienen plena capacidad para comparecer por sí mismo, los padres o el propio juez deben designarles (sic) defensor, y es inaceptable que unos funcionarios públicos que forman parte del instituto de bienestar familiar, sean los únicos que puedan defender al menor"

- "Según el artículo 1 del Decreto 196 de 1971 sobre la abogacía en concordancia con el 17 de la carta, la principal misión del abogado en el perfeccionamiento del orden jurídico, la realización de una recta y cumplida administración de justicia y defender en ella los derechos de la sociedad y de los particulares. Al limitarles al abogado con el artículo acusado el ejercicio de su profesión, se desproteje el derecho al trabajo consagrado en el artículo 17 de la carta".

- "Restringirles al menor y a sus padres el derecho a ser defendido por abogados particulares y obligarlos a la defen



sa oficial del defensor de menores, es contrario al artículo 26 de la carta, que consagra el derecho de defensa al numeral 3 del artículo 14 de la ley 74 de 1968, por la cual se aprobó el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en el que se establece que toda persona tendrá derecho en plena igualdad a la garantía mínima de ser asistida por un defensor de su elección".

- "El precepto acusado viola además el artículo 34 superior, en cuanto consagra un monopolio del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, discriminatorio del ejercicio de la abogacía".

- "Conforme al artículo 40 de la carta, que consagra que solo podrán ser inscritos como abogados los que tengan títulos y que en condición para ejercer la profesión, es distinta la calidad de defensor de menores como funcionarios remunerados por el estado, respecto del cual la ley no exige que sea abogado titulado en ejercicio, por lo cual no siempre coinciden esas dos calidades y el precepto acusado viola el contitucional".

- EL PROCURADOR

El jefe del Ministerio Público solicita que se declare inexecutable el artículo 646 acusado, por estimarlo contrario a los artículos 10, 16 y 26 de la Constitución, con

fundamento en los siguientes razonamientos:

- "Los procesos que adelantan los jueces de menores no son propiamente criminales o penales sino correctivos, de reorientación, protectores y educativos del menor infractor, pero ello no implica que a los menores infractores se les pueda desconocer las garantías procesales consagradas en favor de todas las personas en los artículos 16 y 26 de la Carta. Tales garantías comprenden el derecho pleno de defensa, con la asistencia jurídica de apoderado o defensor que lo representa a lo largo del proceso".

- "Se transcribe al respecto la sentencia de la Corte, de octubre 2 de 1981, en la que se precisa el alcance del artículo 26 de la Constitución en cuanto a los principios del debido proceso, de la libertad, de la igualdad ante la ley de la seguridad y el derecho de defensa".

"Dichas garantías, agrega el procurador, buscan asegurar que todo proceso se cumpla observando la plenitud de sus formas, especialmente el derecho de defensa y de postulación, de controversia probatoria, de presentar explicaciones, de alegar y hacer valer en su favor pruebas y de cuestionar las decisiones que se adopten".

- "Impedir al menor infractor ser representado por un abo

gado es una discriminación odiosa que hace ilusorias las garantías constitucionales del debido proceso y del derecho de defensa, y contradice el principio de igualdad de las partes, que es una manifestación del de la igualdad de las personas ante la ley, según el artículo 10 de la Carta, ya que, según sentencia de la Corte, de 30 de Marzo de 1978, "la ley debe ser la misma para todos, sin distinción de ninguna naturaleza, refiérase a derechos u obligaciones. Es la igualdad jurídica, que otorga iguales facultades e impone idénticos deberes, y da igual protección a unos y otros".

- CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Primera. La competencia y el principio de la cosa juzgada.

- "Según lo ordenado en el artículo 214 de la Constitución, es competente la Corte para conocer de la demanda formulada contra el artículo 646 del C. de P. P., por formar parte un D. E. con fuerza de ley".

- "Deja en claro ésta corporación que mediante sentencia suya de 7 de septiembre de 1953, a la que no alude la Procuraduría, había sido declarado exequible el artículo 30 de la ley 1946, orgánica de la defensa del niño; pero que ésta norma fue luego subrogada por la que se acusa e incorporada al Código de Procedimiento Penal".

"Con todo, respecto del precepto acusado no opera el principio de la cosa juzgada, porque su redacción no es idéntica a la del legal que había sido declarado exequible, y porque además aquel es de contenido y de naturaleza diferente y corresponde a contextos constitucionales y legales distintos, como enseguida se analizará".

- "Se transcriben a continuación los textos de ambos artículos, con el propósito de lograr su cabal comprensión comparativa:

a) El art. 30 de la ley 83 de 1946, que fue declarado exequible, decía: "Artículo 30. El menor comparecerá, personalmente ante el Juez de menores; podran acompañarlo los padres o personas de quienes dependa.

Este acto, así como todo lo relacionado con la defensa del menor, a excepción de los casos especiales preceptuados por esta ley, se llevarán a cabo sin intervención de abogado".

b) El artículo 646. Ahora acusado del Código de Procedimiento Penal, que subrogó el precedente, dice:

"Artículo 646. Comparecencia del menor. Exclusión de abogados. El menor comparecerá personalmente ante el Juez de Menores; podrán acompañarlo los padres o personas de quie

nes dependa. Este acto, así como todo lo relacionado con la defensa del menor, a excepción de los casos especiales preceptuados en éste capítulo, se llevará a cabo sin intervención de abogado".

"Hace ver la Corte que las primeras expresiones que se subrayan del artículo 644 ("comparecencia del menor. Exclusión de abogados"), no se encontraban en el art. 30, y que las subrayadas en el segundo término ("en este capítulo"), son de redacción diferente. O sea que formalmente, los cánones no son idénticos sino apenas similares".

- "Naturalmente, la mera diferencia de redacción o de forma entre los dos preceptos, no es asidero suficiente, sino mero punto de partida, para demostrar la entidad diversa de la disposición. Pero la distinción es también de contenido".

"En efecto: según el art. 30, que fue declarado exequible por la Corte, el acto de comparecencia del menor y todo lo relacionado con su defensa se llevan a cabo sin intervención de abogado, "a excepción de los casos especiales preceptuados en esta ley", es decir, en la 83 de 1946, parcialmente aún vigente, cuyo cuerpo es de 132 art. y cuya materia se refiere no sólo a la jurisdicción de menores, sino además a las medidas correctivas del juez, al procedimien

to para el caso de menores abandonados y en peligro, a los establecimientos de educación, a la relación entre el Juzgado y las cosas (sic) de educación, a los alimentos, a la investigación de la paternidad, al Consejo Nacional de Protección Infantil, a los comités departamentales, al trabajo de menores, a su protección moral y física, a "disposiciones varias" al final del estatuto. Tan extenso, orgánico y complejo contenido sobre la legislación de menores, permite colegir que contexto de aquel art. 30 sobre la excepción de intervención de abogado respecto de la ley, era también amplio y múltiple".

"Pero en cambio, el artículo 646 acusado establece que aquel acto de comparecencia y lo relativo a la defensa del menor se llevarán a cabo sin intervención de abogado, a excepción de los casos especiales preceptuados en este capítulo, es decir, en el capítulo II, del título V, del libro tercero, del C. de P. P., que comprende de los artículos 627 a 649, cuyo contenido se refiere apenas a los juicios ante los jueces de menores y no a los demás aspectos mentados de la ley 83 de 1946, y, lo que es más llamativo, el predicamento exceptivo consagrado en dicho precepto es de mera forma, por cuanto al examinar los 34 art. a que alude el capítulo en cuestión (sic) encuéntrase que el enunciado no corresponde a ninguna excepción, pues en ninguno de los preceptos del capítulo se consagra la posibilidad de que el menor sea de

fendido o asistido por abogado; en este aspecto específico el art. 646 es, además de inocuo, contradictorio, y no más por eso, de contenido diverso al del art. 30".

"Más aún, el contexto legal del art. 646 del C. de P. P., es, per se, ya no en cuanto a la específica parte de la excepción antes referida, sino en cuanto a toda la norma, todo el Código , y, por absurdo contraste, dicho Código no sólo no exime a ninguna persona de su derecho de ser defendida y asistida por abogados, sino que prohíbe que a al quien, así sea inimputable, se le desconozca o limite este derecho".

"En consecuencia, también es distinto el contexto de la Ley 83 de 1946 respecto de su art 30, al del Código respecto de su artículo 646, tan distintos, que en relación con la no asistencia de abogado la ley permitía excepciones, y, en cambio, el Código sólo termina consagrando como única excepción al principio general de asistencia de apoderado, precisamente la del art. 646, que, por lo tanto, resulta contrario frente a toda la legislación procesal penal".

- "Tampoco puede olvidar la Corte que el contexto constitucional de la disposición que ahora se juzga, frente al de la que se declaró exequible, es también diferente, no sólo porque los mismos preceptos constitucionales ante los que

se confrontasen una y otra, siendo los mismos, deben estar referidos a otras disposiciones constitucionales, derogadas hoy, en un caso, o nuevas, en el otro, sino además y ante todo porque dada la naturaleza diversa del art. 30, que lo era de una ley, acto formal del Congreso, como legislador ordinario, frente a la del art. 646, que lo es de un decreto-ley, acto del legislador extraordinario, hay necesidad en este caso de examinar el precepto acusado no sólo respecto de los constitucionales que atañen a las leyes, sino a los decretos, en cuanto a extemporaneidad, extralimitación material y adecuación del ejercicio de las facultades".

- "Entonces, por lo expresado, siendo diferente el artículo legal declarado exequible y el ahora acusado del decreto por su redacción y forma, por su contenido, por su contexto legal y constitucional, y por su naturaleza, no es permisible pensar en un fallo inhibitorio de la Corte por efectos del principio de la res iudicata sobre la disposición que se examina. En materia constitucional no hay traslación normativa hacia la cosa juzgada, no sólo por las razones precedentes sino por el fenómeno de la supervención constitucional, conforme al cual, una norma de fuerza legal declarada exequible, puede luego resultar inconstitucional ante nuevas disposiciones constitucionales".

"Por lo tanto, el fallo será de mérito".

"Segunda. Las leyes de facultades extraordinarias".

"Reitera la Corte conforme a su jurisprudencia anterior al respecto, el artículo 646 del decreto extraordinario 409 de 1971 no adolece del vicio de extemporaneidad con relación al tiempo señalado para su expedición en las leyes de facultades extraordinarias 16 de 1968 y 16 de 1969".

"En cuanto a la alegada extralimitación por razón de la materia a la que alude el demandante, tampoco se encuentra reparo alguno, pues según el literal a) del ordinal 11 del artículo 20 de la ley de 1968 el gobierno había sido investido de facultades extraordinarias, para:

"a) determinar el procedimiento que debe seguirse en la investigación de los delitos; señalar los funcionarios a quienes competan la instrucción penal y disponer a quien o quienes corresponde el nombramiento de estos funcionarios".

De la anterior disposición legal la corte infiere que el gobierno estaba investido para regular, mediante el artículo 646 del Código de Procedimiento Penal, la forma de comparencia y de defensa de los menores en relación con los delitos por ellos cometidos y con las medidas correctivas

y punitivas correspondientes.

Además, de conformidad con lo previsto en el art. 6 de la ley 16 de 1969, por la que se adicionó la de facultades 16 de 1968, estas ampliaron y complementaron, en la siguiente forma:

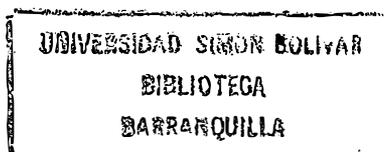
"El Presidente de la República al ejercer las facultades extraordinarias que le confirió la Ley 16 de 1968 en el ordinal 11), literal a), del art. 20, determinará lo relacionado con el procedimiento que haya de seguirse en la investigación de las infracciones penales; ordenará numéricamente todas las disposiciones procedimentales penales en forma sucesiva, y la sistematizará por títulos y capítulos, con el fin de integrarlas en un sólo estatuto debidamente codificado".

De esta atribución extraordinaria de la ley al gobierno se deduce que éste había quedado autorizado no sólo para modificar el art. 30 de la ley 83 de 1946, sobre la forma de comparecencia y de defensa del menor en materia penal, sino para incorporarla, subrogándola, como lo hizo, al Código de Procedimiento Penal.

Podría pensarse, por lo afirmado por la Procuraduría, que no quedó clara la atribución extraordinaria del ejecutivo para

haber expedido el artículo acusado, pero sólo si se partiera de la base de que el régimen jurídico de menores y su jurisdicción especial fuese exclusivamente correctivo y educativo del menor, y no penal. Pero, aunque la Corte no niega la naturaleza especial de la jurisdicción "penal" de menores, de propósitos no sólo punitivos, sino además protectores, preventivos y reorientadores, es evidente que la inclusión del precepto en la legislación codificada del procedimiento penal estaba autorizada, al tenor de lo dispuesto en el ordinal 11 del artículo 20 de la Ley 16 de 1968 y del artículo 6 de la Ley de 1969. De otra parte, aún el propio art. 30 de la ley 83 de 1946 que se subrogó por el acusado, tenía una fundamentación esencialmente penal, según lo previsto en sus art. 1, 2, 12, 14 y 39, entre otros, relativos en su orden a la enunciación de las materias penales sobre menores, el Juez competente del juzgamiento de delitos de menores, a las circunstancias de flagrancia y cuasi flagrancia delictiva de los menores, a las modalidades de detención y retención de menores sindicados y delincuentes y al tratamiento de reclusión en penitenciaría cuando el sujeto hubiera dejado de ser menor.

La Corte parte del supuesto de que el precepto que aquí juzga corresponde a una legislación protectora y a una jurisdicción especial de menores y al carácter no sólo procesal sino también resocializador y educativo o pedagógico de e



llas, pero no puede desconocer que el art. 646 sea también de entidad penal, no sólo porque el tratamiento benévolo al menor no lo exonera de la imposición de medidas tuitivas, sino porque la legislación procesal penal es especialmente favorable al derecho de defensa de todo procesado, en su calidad de persona, sea o no menor.

"Tercera. El debido proceso, el derecho pleno de defensa y la igualdad de las personas ante la ley de las partes ante el Juez".

"- Tiene establecido la Corte, y no de ahora sino por tradición jurisprudencial, que toda disposición legal o de jerarquía menor, procesal o no, penal o no, debe respetar y en su caso garantizar los principios normados en los art. 10, 16, 23 y 26 de la Constitución, sobre el debido proceso, el derecho de defensa y la igualdad de las personas ante la ley y de las partes ante su juzgador".

Es clara además la indeleble huella de la doctrina de esta corporación en el sentido de que esos principios cobran mayor realce cuando se juzga la exequibilidad de normas procesales de naturaleza punitiva y de que su indefectible entidad es prevalente sobre cualquiera otra regulación, llame se pedagógica, educativa, reorientadora, resocializadora o benevolente, sobre conducta exculpativas, exonerativas,

exentas, disculpables o atenuantes de responsabilidad punible.

No se pretende aquí imponer unos principios recientes de "penalización del derecho constitucional", que son consustanciales a la doctrina sobrepositiva legal del "constitucionalismo", o al decir de ahora, a la ideología o "ideocracia" del Estado de derecho, y que son inherentes a los denominados "derechos y libertades procesales".

Es indispensable, además, hacer ver que tales presupuestos procesales constitucionalizados han sido ya prohiados por el denominado "derecho ecuménico" de las naciones civilizadas del orbe, como unas de las pocas conquistas claras de naturaleza universal, plasmadas en cláusulas normativas multilaterales de naturaleza supralegal, como pactos o tratados internacionales del derecho público.

"- Prohija de nuevo la Corte la jurisprudencia del fallo de octubre 2 de 1981, al cual se refiere el señor Procurador, en relación con el alcance de los principios del debido proceso y del derecho de defensa, que en lo pertinente dice:

El debido proceso.

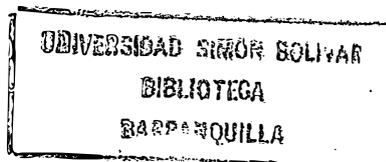
"Este concepto se hace derivar especialmente de las normas contenidas en el artículo 26 de la Constitución Nacional:

"Toda persona debe ser juzgada conforme a la ley preexistente al acto que se impute, ante funcionarios judiciales competentes y cumpliendo todas las formas propias de cada juicio. Además, en asunto penal ha de prevalecer la ley permisiva o favorable sobre la restrictiva o desfavorable, aún en el caso de que aquella sea posterior a ésta".

Y en la que más adelante agrega:

"El derecho de defensa emana también del art. 26 de la Carta, porque pertenece al debido proceso. Más aún, ésta norma constitucional tiene como objeto principal su garantía, dado que el mismo derecho es atributo fundamental de la persona como tal y se relaciona directamente con los derechos esenciales de la libertad, la igualdad ante la ley y la seguridad. Es, además, un derecho histórico. Los romanos instituyeron el principio audiatur pars, como regulador de todo proceso en garantía de sus partes. No hay sistema procesal alguno que lo pueda excluir".

"El derecho de defensa en la práctica se descompone, entre otros, en los derechos de impugnación y de contradicción, esenciales a él y consecuencia jurídico-procesal de su aplicación. Su fuente constitucional es la misma. Se encuentran específicamente proclamados en los pactos internacionales de derechos económicos, sociales y culturales de dere



chos civiles y políticos, aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York, el 16 de diciembre de 1966, y convertidos en norma nacional mediante nuestra ley 74 de 1968".

"- Hállase entonces que el art. 646 del Código de Procedimiento Penal es inconstitucional en cuanto dispone, en aras de una ambigua sobreprotección al menor, que el acto de su comparecencia y otros relativos a su defensa se llevarán a cabo sin intervención de abogado. Este veto al abogado defensor es, a juicio de la Corte, un cercenamiento indebido del derecho constitucional del menor a ser defendido por abogado, como lo tiene todo ser humano, sindicado, imputable o no".

Si lo que se buscó con el artículo en cuestión (sic) fue favorecer al máximo al menor y presuponer su oficiosa e instituída defensa mediante la asignación de esa tarea a los denominados "defensores de menores", no resulta acorde con la Carta este propósito si se toma en cuenta que, según el art. 7 de la ley 83 de 1946, aún vigente, dichos funcionarios tienen por misión no solo "la defensa de los intereses del menor, ya presentando pruebas y razones en favor de su inocencia...", sino además la contradictoria respecto de cualquier defensor, de presentar pruebas, "...demostrativas de su culpabilidad".

Y si lo que el precepto acusado pretende es resocializar, reeducar o reorientar al menor que realice hechos previstos en la ley penal, y que esas medidas sean en ocasiones las "más convenientes para la salvación del menor" (art.7 ibidem), tampoco corresponde a la Carta que el bien de la libertad de la persona se pueda sacrificar por el de su reeducación sin libertad, tanto más cuanto que al tenor del art. 655 del mismo Código, cuando no se haya logrado la corrección del procesado, este podrá ser recluido entre los 21 y 25 años de edad en una "penitenciaría".

"- Para el caso sub lite, destácase que el principio del debido proceso es inherente a todo ser humano y otorga a este el derecho a su defensa y a ser juzgado por igual conforme a normas preexistentes, nítidas e inequívocas, por jueces constitucionales, señalados previamente, ceñidos a los lineamientos, garantías y rigores del proceso, también preestablecidos y claros".

Dicho postulado comporta además el cumplimiento de los imperativos mandatos de aplicación de la norma más favorable al sindicado, procesado condenado; de garantizar a éstos que no se les condene por lo que no se les ha probado como acción u omisión suya, respecto de la cual además le sea atribuible normativamente su conducta; del derecho a que se presuma su inocencia mientras no se le demuestre

lo contrario ya que en caso de duda esta favorezca al sindicado; de que la carga de la prueba ("demostrabilidad") corresponda al Estado; de que toda prueba alegada o allegada en su contra o controvertible por el procesado o por su apoderado; de que al sindicado no se le puede negar su derecho a solicitar la práctica de las pruebas que estima conducentes a su defensa y a la verificación de su inocencia, inimputabilidad o irresponsabilidad; de que no hay posibilidad de juzgamiento ni de condena sin que además se haya determinado o especificado la pena correspondiente al incriminativo; y de que toda decisión condenatoria de primera instancia en su contra es recurrible ante otra de mayor jerarquía.

Y el derecho de defensa, que es otra de las esenciales manifestaciones del debido proceso, tiene como asidero fundamental la libertad de postulación y escogencia del defensor o del apoderado por parte del sindicado o de quien lo represente en sus intereses; la igualdad de opción y de controversia en la defensa ante la ley y de oportunidad ante el juzgador; la igualdad objetiva de aptitud y capacidad profesional y dedicación de quien asuma como defensor, y la obligación ética y constitucional de este de hacer todo lo válidamente posible para la idónea asistencia profesional de su poderdante.

Frente a la constitución, por principio, la defensa ha de ser ejercida por el abogado escogido por el sindicato o por quien lo represente en caso de que aquel sea menor, incapaz o inimputable. En forma subsidiaria, se dispone que el Estado le designe abogado de oficio. Y en ocasiones, por razones especiales de protección, como en este caso, al Estado se le asigna el deber social de apoderar de oficio, con funcionarios destinados al efecto, a los menores sindicados de hechos punibles. La Corte no recri mina esas tareas.

Pero lo que no resulta constitucionalmente admisible es que la obligación subsidiaria, supletiva u oficiosa del Estado de asegurar el derecho de defensa de los menores que por cualquiera razón no puedan ser asistidos por abogados, se convierta en prohibición absoluta para aquellos sus padres o ascendientes potestativos, de estar representados en juicio por un abogado inscrito escogido a su guisa y con cargo a su peculio. Eso no es sustituir sino cercenar el derecho de defensa y contrariar los mandatos de los artículos 10, 16, 23 y 26 de la Carta.

"Cuarta. La abogacía".

"- Mediante sentencia de mayo 22 de 1975 esta corporación declaró exequibles, entre otros, los artículos 1 y 2 del

decreto extraordinario 196 de 1971, "por el cual se dicta el estatuto del ejercicio de la abogacía".

"El texto de los dos mentados preceptos declarados constitucionales es el siguiente:

"Artículo 1. La abogacía tiene como función social de colaborar con las autoridades en la conservación y perfeccionamiento del orden jurídico del país, y en la realización de una recta y cumplida administración de justicia".

"Artículo 2. La principal misión del abogado es defender en justicia los derechos de la sociedad y de los particulares. También en la ordenación y desenvolvimiento de sus relaciones jurídicas".

"Sustentose la Corte, obviamente, en art. 40 de la carta, en el que consagra la obligación de litigar valiéndose de quien tenga la calidad de abogado titulado e inscrito".

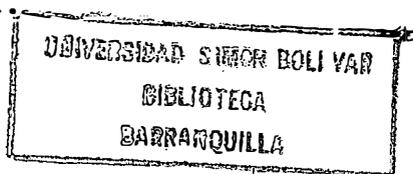
Y hallaba como razones de su fundamentación, éstas:

"Cómo se puede, entonces, dissociar la noble labor de la abogacía, para solo mirar el aspecto de interés privado que ella pueda tener y que se traduce en un emolumento o en algo crematístico, del otro aspecto fundamental de la

interrelación entre lo que el abogado realiza y el ordenamiento jurídico y social del conglomerado dentro del cual actúa? Absurdo, por lo menos, es pretender que se pueda cumplir un encargo profesional de esta naturaleza prescindiendo de los semejantes y del papel que estos juegan en el campo de la vida social y pública".

"El ejercicio profesional del derecho es, en términos generales, la materia propia de la abogacía; y el derecho es una regla de conducta que se impone a los hombres que viven en sociedad, creándoles obligaciones, que son a la vez, deberes sociales y jurídicos, luego, la función social de la abogacía es evidente, siendo necesaria y justa".

"La cooperación o colaboración con las autoridades en la conservación y perfeccionamiento del orden jurídico del país y en la realización una recta y cumplida administración de justicia no es deber exclusivo del abogado sino de todas las personas. Es el principal y más importante de los deberes sociales, ya que sin un orden jurídico estable y una recta y cumplida prestación del servicio de justicia, no es posible adelantar tarea alguna de desarrollo o progreso colectivo. Y por razón de su conocimiento es del abogado de quien se exige un mayor y permanente esfuerzo para alcanzar ese fin vital.



"("G.J.", tomos CLII y CLIII, 1979, p.73)".

"- Con fundamento en esta jurisprudencia, agrega ahora la Corte que el art. 40 de la Carta en ningún caso permite afirmar que se le puede prohibir al abogado obedecer la exigencia constitucional de cumplir con su deber social de defender y asistir judicialmente a quienes lo requieran, ni con su obligación de colaborar con la autoridad en la administración de justicia".

"Por sentido común, que de recibo es también en el derecho, no se puede incurrir en el tropo jurídico de que lo que es obligatorio, o lo que no lo sea, esté prohibido; ni en el de que toda excepción a un principio general su ponga la prohibición contraria a la razón de ser del principio. Si se examina el inciso 2 del art. 40 de la Constitución, lo que allí se dice es que "nadie podrá litigar en causa propia o ajena, si no es abogado inscrito", y que, "sin embargo, la ley establecerá excepciones".

"Sin embargo, al principio general de tener que litigar como o por medio de abogado inscrito solo se le puede oponer razonablemente a la excepción legal, opcional y no imperativa, de defensa eventual sin necesidad de abogado para ciertos casos, porque el particular no puede económicamente o no quiere, velarse de él. Pero nunca se le podrá

contraponer aquel postulado normativo como excepción legal posible la que establezca la prohibición rotunda del derecho a solicitar a los abogados inscritos su asistencia en litigio, como lo ordene el precepto acusado. La enormidad conduce a afirmar que el abogado estorba o perjudica el derecho de defensa. Y la prohibición de ser defendido por abogado resulta aún mas inconcebible cuando el proceso es precisamente de carácter penal, porque en este caso la legislación ni siquiera puede dar al procesado la opción de su defensa sin abogado, y por lo tanto, menos puede imponer su prohibición. LO que la legislación penal busca a toda costa es la defensa por parte del abogado: de oficio, como probabilidad mínima, pero no como posibilidad única o excluyente, y en calidad de apoderado como probabilidad plena; pero jamás la prohibición de la plena defensa".

"Por las anteriores razones, el precepto acusado es también contrario al art. 40 de la constitución".

- "Advierte la Corte de la inconstitucionalidad parcial del artículo 646 no significa que los menores sindicados no puedan seguir siendo asistidos por los defensores de menores, sino que si el menor, sus padres o sus representantes potestativos prefieren la escogencia de un abogado inscrito para su defensa, en lugar de la mínima oficiosa,

la Constitución no permite que se les prohíba a ellos hacerlo. Además, la presencia del abogado defensor del menor no es incompatible con la función coayudante del "defensor de menores" y, por ende, no excluye la gestión de éste".

"En consecuencia, resulta contraria a la Constitución la segunda parte del título y del cuerpo del art. 646 del Código de Procedimiento Penal, por violatoria de los art. 26 y 40 de la Carta e incompatible con lo previsto en los artículos 10, 16 y 23 de la misma. En cambio, respecto de la primera parte de aquel título y artículo no se encuentra violación de precepto alguno de la constitución".

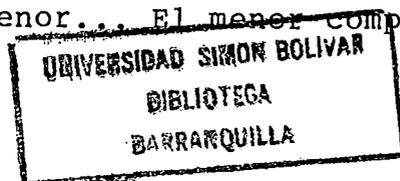
- DECISION

"Con fundamento en lo expresado, y por razones anotadas, la Corte Suprema de Justicia, en sala plena, oído el procurador de la nación, y en ejercicio de su atribución señalada en el art. 214 de la Constitución".

- RESUELVE

- "Declarar exequible, por no ser contraria a la Constitución, la parte del artículo 646 del decreto extraordinario 409 de 1971, Código de Procedimiento Penal, que dice:

"Artículo 646. Comparecencia del menor... El menor compa



recerá personalmente ante el juez de menores; podrán acompañarlo los padres o personas de quienes dependa".

4.3. COMENTARIOS DE DOCTRINANTES

4.3.1. Marco Gerardo Monroy Cabra. Definición de derecho de menores existen tres tesis:

a. Concepción integral que considera que el derecho de menores es el "conjunto de disposiciones que tiene por objeto regular la actividad comunitaria en relación con el menor". Según esta tesis el derecho de menores comprendería las normas civiles, penales, laborales, educativas y en general todas las normas que se refieren al menor.

b. Concepción restringida que limita el derecho de menores a los que se encuentran en situación de ser infractores. Algunos hablan de derecho penal o correccional de menores.

c. Concepción intermedia que según expresan los tratadistas Sajon y Calvento tendría por objeto la regulación del menor carenciado, que se encuentra en situación de conflicto con su familia o con la sociedad.

También dice este doctrinante que el derecho antiguo no

reconoció derechos a los menores. Generalmente la educación se fundamenta en el método disciplinario.

Las fuentes del derecho de menores son:

a. Declaraciones de la Organización de Naciones Unidas sobre los derechos del niño como la declaración de 1959.

b. Recomendaciones de los congresos Panamericanos del niño, que tiene la fuerza de conferencias especializadas dentro del marco de la Organización de Estado Americano.

c. Códigos de menores expedidos por los distintos estados.

El objeto de esta nueva rama del derecho no es otro que proteger al menor y defender sus derechos, se trata de un derecho tutelar, que busca la medida de reeducación que convenga mas a la personalidad del menor, si ha cometido una infracción a la ley penal, y de protegerlo en todo caso en bien de su interés.

El proceso de menores debe ser breve y sumario, con intervención del defensor de menores, del trabajador social, del psicólogo y médico siquiátra y del Juez de menores.

Considera que en Colombia se pueden modificar y actualizar

las normas del Código Civil sobre asuntos de familia y expedir el Código de Menor. No deben desaparecer los jueces de menores que se integren los juzgados de familia del circuito, y que los jueces de protección del menor tengan competencia en asuntos penales y de protección del menor.

4.3.2. Héctor Solís Quiroga. Los menores infractores cometen actos de toda índole, cuya clasificación cabe a nuestro juicio, en las tres categorías siguientes:

"Primera categoría. Corresponde a los hechos cuya gravedad es tal que su tipo está comprendido como delito en las leyes penales. En algunos países, donde se hace distinción entre delito y crímenes, ella no importa porque los menores cometen también los actos más graves".

Es debido a esta categoría de actos, que se ha llamado a todo fenómeno erróneamente, criminalidad o delincuencia infantil o juvenil.

"Segunda categoría. Son los hechos cometidos por los menores y se refiere a actos que violan las disposiciones reglamentarias de policía y buen gobierno. Son escándalos en sitio público, robo o fraudes, infracciones de tránsito, etc".

"Tercera categoría. Comprende hechos que no se ocupa la legislación pero cuya trascendencia es considerable para el futuro del menor, de su familia y de la sociedad, se divide en dos subcategorías.

a. En los países en que la drogadicción, el alcoholismo, la prostitución, el homosexualismo y otros similares sólo son tolerados como vicios y son, en mayor o menor grado, objeto de tratamientos, estas perversiones, casi siempre iniciables en los menores de edad pueden afectar gravemente los intereses evolutivos de los jóvenes por lo que deben ser evitados. Para ello se recurre a los jueces de menores, sobre todo cuando los padres o demás familiares han fracasado.

b. Los actos más leves pero no carentes de significación negativa a la vida del menor, son la desobediencia sistemática, la rebeldía constante, las faltas incontroladas a la escuela, son signos iniciales de futuros problemas profundos.

"como se ve no se trata solamente de que el menor sea parte activa en los errores de la conducta, sino sea parte pasiva o víctima de tales errores".

Esto provoca la justa intervención de los jueces de meno

res para su protección contra peligros futuros, que no solo están presentes cuando el menor es infractor y va formando hábitos o conductas estereotípicas que desvían su propia personalidad, sino cuando el es víctima de otros". Si el menor es infractor, su conducta siempre implica violación contra ciertos valores sociales o familiares ya reconocidos y contra normas de conducta cuya transcendencia el desconoce, pues solo percibe la oposición personal entre el mismo (sus deseos o anhelos) y otros que escarnan la existencia de ciertas normas.

"El sentido que tiene el acto del menor deriva de la transcendencia de la conducta para su vida futura y de la protección que debe otorgársele contra sí mismo o contra otros".

4.3.3. Nodier Agudelo Betancur. "Concepto y sistema de regulación de la inimputabilidad en el nuevo Código Penal. Inimputabilidad es incapacidad del sujeto para ser culpable. El concepto de inimputabilidad del Nuevo Código Penal concuerda con el concepto general de inimputabilidad. Es la incapacidad del sujeto, para comprender la ilicitud de un hecho que ejecuta y/o de determine de acuerdo con las exigencias del derecho".

"El art. 32. Se pueden observar dos aspectos, el intelec

tivo y el volitivo, al primero se alude con el verbo comprender y al segundo con el verbo determinarse".

Si observamos con detenimiento el aspecto intelectual nos percatamos que la ley se refiere a la incapacidad de "comprender su ilicitud", la del comportamiento o hecho con lo que vuelca tal aspecto al mundo oxiológico. No refiere la inimputabilidad a que el sujeto conozca o no la relación material del hecho, sino a que conozca o no su significado, su transcendencia valorativa.

"Como ya se ha dicho, no porque el sujeto sepa lo que hace, que mata, por ejemplo, puede predicarse la inimputabilidad pues es posible que sepa que obra pero no comprende la significación, según las exigencias del derecho, de su obrar. A mi manera de ver, no es indiferente el hecho de que la ley al regular el fenómeno de la inimputabilidad se refiera a comprender su ilicitud, mientras cuando se refiere al dolo en su art. 35, diga que este existe, cuando el agente conoce el hecho punible y quiere su realización".

Recalca que no basta con la comprobación de los fenómenos mencionados para que se pueda invocar sin más, la inimputabilidad o el trastorno y, sin embargo, por no producir la incapacidad de comprender y/o de querer no poderse hablar

de inimputabilidad.

Esto significa que la inimputabilidad o imputabilidad de un sujeto debe ser referido a caso concreto, y no dediar se como una característica genérica por el hecho.

4.3.4. Luis Mendizábal Oses. "Estructura del Derecho de menores. El derecho, para realizarse, necesita ser estructurado. De ahí la necesidad y la urgencia en acometer la tarea de desarrollar, tras su concepto, un cuerpo de doctrina formal, claro y preciso del derecho de menores. Derecho de nueva planta, autónomo, que ha de formarse partiendo de las instituciones que referidas a la infancia, a la adolescencia y a la juventud menor de edad, regula en la actualidad el derecho positivo para ir integrado con ellos, la nueva disciplina".

"El derecho de menores, consecuentemente, ha de estructurarse como un todo orgánico en el que garantizado el bien y la paz social, prevalezca el carácter social y tuitivo en todas y cada una, de las instituciones. En consecuencia ha de elaborarse doctrinalmente, con arreglo al siguiente esquema".

a. Una parte preliminar, de fundamentación, encaminada a la adaptación del ser de su realidad jurídica y que, a su

vez, permita constituir un conjunto de proposiciones normativas que deben ser, con el fin de establecer el concepto y el método de la nueva disciplina.

b. Una primera parte, relativa a establecer la teoría de la realización jurídica de menores, así como la naturaleza, estructura y vida de sus necesidades subjetivas.

c. Una segunda parte, encaminada a delimitar la consideración jurídica del menor de edad, con un criterio sistemático que conduzca a configurar la naturaleza de la protección que el ordenamiento jurídico debe asegurar ante la situación desvalida y dependiente en que el menor se encuentra.

d. Una tercera parte, que recoge y estudie las instituciones de interés o de orden público de menores, entre las que se pueden señalar: el matrimonio de menores, la familia funcional para menores, la adaptación de menores y la de protección y guarda de los menores.

e. Una cuarta parte, comprensiva de las instituciones ius-publicistas de menores, fiel expresión de la tutela del Estado sobre la colectividad del menor de edad. La razón política y fines de esta tutela del estado, modalidades de la tutela del estado en el ámbito social, en el

campo de la salud física y mental de los menores y en los ámbitos educativos y laborales con el fin de ofrecer desde una exacta concepción del menor las tradicionales tuteladas de orden moral y social que, la forma embrionaria, establecieron las legislaciones de menores. En ellas, el principio eminentemente tuitivo se ve complementado por el de cooperación, con el fin de posibilitar hasta su última consecuencia el desarrollo de la faceta social de la personalidad de los menores con miras a su progresiva incorporación a las tareas comunitarias en todos los ámbitos en que la convivencia humana tiene lugar.

f. Una quinta parte, relativo a considerar la situación irregular de los menores, desde la perspectiva correccional del nuevo Derecho de Menores, con el fin de integrar la construcción dogmática de la inimputabilidad en la minoría de edad con una óptica radicalmente diferente a la tradicionalmente sustentada por la doctrina en la forma anteriormente expuesta por nosotros en la introducción al Derecho Correccional de Menores, ya instituída por algún tratadista de la disciplina.

g. Una sexta parte, referida a la organización jurisdiccional y al procedimiento de menores, con el fin de articular los criterios formales a través de los cuales puede asegurarse la efectividad de los preceptos sustantivos,

con arreglo a aquellos presupuestos y principios procesales que deben ser tomados en consideración.

h. UNA séptima parte, comprensiva de la problemática internacional referida a los menores.

Quien pretenda profundizar el conocimiento de un derecho nuevo, como lo es el Derecho de Menores, tiene el ineludible deber de ofrecer una solución justa a los conflictos jurídicos que en el seno de la sociedad se plantean entre el mundo de adulto y de los menores. Conflictos que han de resolverse dentro del sistema social y jurídico-político en que ellos se producen.

"Nuestra misión ha de ser no solo de interpretar las leyes vigentes, sino que, conocido los principios que fundamentan el nuevo sistema, con base en estos habrá que ir completando sus lagunas y clamar insistente e incansablemente hasta que las cuales anomalías queden superadas por la puesta a punto de un Derecho positivo de Menores de nueva planta".

"Anomalías que son el residuo de un período histórico en el que lo individual y particular fue exaltado en menoscabo del bien común y lo patrimonial aclipsó los derechos inalienables de la personalidad humana. Para que no sub

sista el conflicto ante la justicia y las normas de derecho positivo, en cuanto que éstas regulan el hecho de la minoría de edad, es necesario resaltar el carácter tutelar de la justicia. Y al defender a ultranza tal carácter, haremos posible esa soldadura intergeneracional en la que converge ese tradicional concepto político de pueblo, que como corpus mysticum, intuyera Alfonso y el Sabio que desarrollado por los más eximios juristas de la escuela clásica española, hace de él un todo conjunto que vibrará al unísono en plena comunidad de ideales, ante el pasado, el presente y el devenir que habrán de protagonizar las nuevas generaciones.

4.4. COMENTARIOS PROPIOS

Se ha ubicado al menor, desadaptado social ante la norma penal sin la importancia que éste se merece por ser el menor el futuro de todo Estado.

Considero desde todos los puntos equivocada la política criminológica que trata como mayor a quien psíquico y biológicamente es menor, para efectos de hacerle sufrir el rigor de la ley, y con un criterio de defensa social.

Ningún comportamiento se corrige si no actuamos sobre las causas del mismo y hasta el momento el Estado y la socie

dad ignora todos los problemas que existen en una comunidad compuesta por un gran número de delincuentes juveniles que hoy están condenados a según formando parte de ese panorama de miseria en que esta casi todo el país.

La protección del menor corresponde primordialmente a la familia, al medio social en el cual convive y también al Estado teniendo en cuenta que el menor representa como ya dijimos el futuro de un país, hay que darle buena formación basándose en sanos principios y un medio adecuado para su desarrollo.

El menor debe ser educado con un espíritu de dignidad e igualdad y respeto que se debe a todo humano.

Este deber de la educación familiar es de tanto trascendencia que cuando falta difícilmente puede suplirse, y es pues para el bien o para el mal decisivo en el desarrollo psicológico y moral del niño.

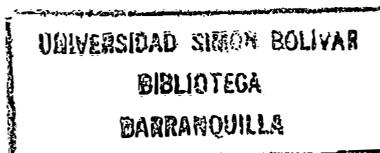
Si este deber que tienen los padres primordialmente, la sociedad y el Estado de proteger al menor no se da, seguro que nos vamos a enfrentar a varios problemas como, la desintegración familiar o que su medio familiar no es el más apto para su normal desarrollo, y el más grave es que el menor carezca de familia lo que da origen a los delin

cuentas juveniles y así encontramos a muchos menores con problemas penales.

Nuestras normas hablan de menores o incapaces por razones de edad y éstos son los que han alcanzado el pleno desarrollo de la inteligencia y lo hacen en un sentido esencialmente tutelar y de protección.

Estos menores son aquellos que se ubican hasta los 16 años y que son inculpables como lo dice el art. 31 del C. P. Para mí esta edad no está acorde con el desarrollo biológico de el menor así estamos en un mundo que vertiginosamente va hacia la tecnificación de los medios de comunicación y al perfeccionamiento en los sistemas de enseñanza. La edad penal debe ser de 18 años porque considero que en esta hay una madurez psicológica y su desarrollo ha evolucionado acorde con la existencia de las normas penales.

La ubicación del menor ante la norma penal y sobre cuál debe ser la actitud de la sociedad frente a todo transgresor juvenil es muy compleja porque su rehabilitación muchas veces no lleva a darse, porque el tratamiento no era el adecuado o porque la misma sociedad y el Estado no tienen los recursos económicos y humanos para rehabilitar el menor infractor.



Los sistemas reeducativos de un menor deben ser acordes con el problema de cada uno, debe ser diferencial y libremente escogido por el Juez. Deben también abrir establecimientos porque si no los hay no se pueden aplicar cualquiera de los cuatro sistemas, y estos deben mejorar para que así logren capacitarse los menores que llegan a estos establecimientos.

- "Declarar inexecutable, por ser contraria a la constitución, la parte restante del artículo 646 del decreto extraordinario 409 de 1971, Código de Procedimiento Penal, que dice:

"...Exclusión de abogados... Este acto, así como todo lo relacionado con la defensa del menor, a excepción de los casos especiales preceptuados en este capítulo, se llevará a cabo sin intervención de abogado".

"Cópiese, publíquese, comuníquese, infórmese al gobierno, insértese en la Gaceta Judicial y archívese el expediente".

"Firmas de los magistrados de la corte".

5. MARCO ANALITICO

5.1. ARTICULO 31

"Es inimputable quien en el momento de ejecutar el hecho legalmente descrito, no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez psicológica o trastorno mental.

Inimputable: dicese de la persona menor de edad que no tiene capacidad jurídica para llevar a cabo un hecho que es punible.

El inimputable no responde penalmente, es decir, no se le exige a quien la ley no considere sujeto de determinadas obligaciones, este no responde ante los jueces si ejecuta un acto tipificado como infracción penal. Pero ello no quiere decir que la ley ignora las consecuencias perjudiciales de tal hecho. Si así lo hicieran no estaría cumpliendo su finalidad de procurar el bien de todos los asociados. Lo que aquí ocurre si se originan obligaciones (responsabilidad), pero de ellas no responde el autor del

daño, sino un tercero "responsabilidad por el hecho ajeno".

La inmadurez psicológica es un fenómeno predicable de quien no ha llegado aún a la plenitud de sus facultades cognoscitivas y volutivas, ordinariamente está ligado a los períodos infantil y al criterio cronológico con fijación límite de 16 años, por debajo de la cual se presumen de derecho inmadurez biosíquica de la persona, para colocarla en situación de inimputabilidad desde la edad de 12 años.

5.2. ARTICULO 33

Medidas aplicables. Los inimputables que realicen un hecho punible, serán sometidos a las medidas de seguridad establecidas en este código.

Si la imputabilidad proviene exclusivamente de trastornos mental transitorio no habrá lugar a la imposición de medidas de seguridad, cuando el agente no quedare con perturbaciones mentales, sin perjuicio de la responsabilidad civil a que hubiere lugar.

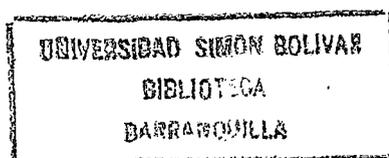
Las medidas de seguridad son la respuesta del Estado-Jurisdicción a comportamiento típico y antijurídico por su

jeto inimputable; estos consisten en internación en establecimiento psiquiátricos o clínica adecuada, o en caso de estudio o de trabajo y en libertad vigilada, son determinadas en su mínimo e indeterminadas en su máximo y tiene finalidades de curación, tutela y rehabilitación.

Sobre las medidas de seguridad aplicadas a los menores como lo analizamos son aplicados por el juez y esta son depósito familiar simple y condicionados; observación, libertad vigilada, internamente para capacitación en reeducación, tratamiento psiquiátrico.

Todos estas buscan rehabilitar al menor desadaptado social. Lo que pasa es que en Colombia no existen por falta de recursos económicos, los establecimientos para llevar a cabo la rehabilitación de estos menores que han cometido un hecho punible, tampoco existen los recursos humanos o sea los profesionales que puedan tratar a los menores desadaptados.

El fin de las medidas de seguridad se dirigen siempre hacia el beneficio inimputable, la labor del juez cuando el inimputable a realizado un hecho punible será de simple constatación para que establecida o demostrada la inimputabilidad se decreten las respectivas medidas de seguridad.



5.3. ARTICULO 34

Menores. Los menores de 16 años estarán sometidos a jurisdicción y tratamiento especiales.

La jurisdicción especial es que los menores de 16 años no los juzga la justicia ordinaria, sino los jueces de menores, y estos juzgamientos son breves y oral, hay una reserva en todas las actuaciones, y conocimientos en una sola instancia, tampoco intervienen jurados.

Todo esto es con el fin que el menor que ha cometido una falta no sea sometido a una jurisdicción y a un procedimiento perjudicial y antipedagógico.

El tratamiento especial con que se trata el menor infractor es el resultado de un sentimiento universal de humanitarismo frente al rigor del procedimiento y sistema carcelarias, a los cuales se sometía al menor de edad, en trato paritario con el adulto.

La edad penal fue reducida al máximo de 16 años por la ley 75 de 1968.

5.4. ARTICULO 96

Otras medidas aplicables a los inimputables. A los inimputables que no padezcan enfermedad mental, se les impondrá medida de internación en establecimiento público o particular, aprobado oficialmente que pueda suministrar educación o adiestramiento industrial, artesanal o agrícola.

Esta medida tendrá un mínimo de un año y un máximo interminado, se suspenderá condicionalmente cuando se establezca que la persona haya adquirido suficiente adaptabilidad al medio social en que se desenvolverá su vida.

Cuando se tratara de indígena inimputable por inmadurez psicológica, la medida consistirá en la reintegración a su medio ambiente natural.

Esta norma no se refiere a los casos que se originan en trastorno mental, sino a los casos que surgen de la inmadurez psicológica.

Los menores de inmadurez psicológica serán rehabilitados en establecimiento público o particular. El problema que estos no existen y los que existen no llevan un sistema acorde con el problema de los menores desadaptado social.

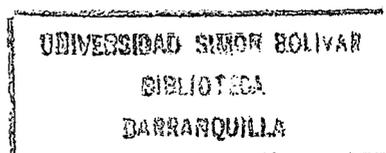
Entre los inmaduros psicológicos encontramos a los sordos mudos.

Las causas de esta inmadurez psicológica son varias, pero la más común son que los hogares de, los menores no está bien cimentado. Otro es el medio ambiente, malas compañías, el cine etc.

También sucede que los casos de menores siempre han sido señalada como medio corruptores. Este concepto flota en la opinión pública y muchas veces es verdad por que en ellas el consumo de estimulante, el homosexualismo, delitos comunes son males que hasta la fecha no han podido erradicarse del todo. Por eso se habla que los menores que pudieran ingresar a centros de rehabilitación son pocos y constituyen raras excepciones los que lograron capacitarse y son ejemplo de superación.

La regla general es que salgan con más problemas de estos centros.

Para la imputabilidad por inmadurez psicológica deriva de la calidad de indígena. La medida de seguridad no puede ser sino la "reintegración a su medio ambiente natural no importa la edad del indígena.



Este es el tratamiento verdaderamente novedoso, que humanizó las relaciones con el indigena inmaduro, conserva los valores antropológicos y evita los traumatismos psicológicos y sociales que puedan derivarse de una inadecuada regulación de las medidas que le son aplicables.

CONCLUSIONES

En base al trabajo realizado puedo concluir lo siguiente:

Colombia necesita un cambio de mentalidad debemos pensar en formas distintas, para hacerlo se debe escoger los valores que valen la pena conservar, con el fin de recalcar los por medios de la educación.

Nuestro tradicional amor por la poesía y las letras es importante. Pero nunca hemos dado la misma categoría a las ciencias, cuando con estas últimas las que evitan estas clases de problemas y las que curan las enfermedades, dan los conocimientos necesarios para construir las carreteras y los puentes que llevan a los menores a las escuelas y preparan a los universitarios que van a solucionar los problemas de la industria y el campo, de la justicia etc.

Las soluciones no son imposibles, lo que tenemos que hacer es ser más conscientes, más realistas y evitar los factores que conllevan a este problema de los menores en frentado a las normas penales (delincuentes juveniles).

Todo esto lo digo por que de verdad al menor de edad no se trata como debe ser, como un ser humano. Por eso se ve en las calles menores haraposos, hambrientos, drogándose para evitar el hambre o menores que fuman o usan drogas para robar.

Todo esto se puede evitar si nuestras leyes, nuestros gobernantes son más conscientes y lleven una política de cambio social. Pero una política que lleve bienestar a los menores inimputables, a los inmaduros psicológicos, a toda la gente pobre que hay en Colombia. También hay que llevarle los conocimientos de una educación sexual.

Los menores tienen derecho a la vida pero no una vida como llevan los que tienen problemas de rehabilitación, si no llena de alegría, educación, salud, para así pueda crecer aptos para formar una sociedad más estable y respetuosa.

El menor ante la norma penal está ubicado sin importancia que se merece por que las leyes que existen no son perfectas y las reformas no se ven en un futuro cercano. El menor con problema de conducta irregular debe ser tratado con sistema de rehabilitación no represivos.

Por ultimo las leyes pueden ser y de seguro que lo son,

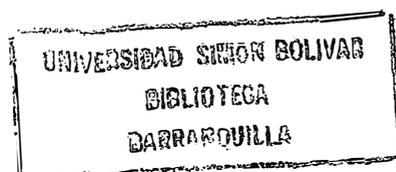
imperfectos, pero aplicadas por jueces sabios, probar y justos darán excelentes resultados.

Y como conclusión final considero más factible afrontar eficazmente los problemas si se actúa.

SOLUCIONES Y SUSTENTACIONES

1. Estudiar la conveniencia de extender la edad hasta los 18 años, como la edad es un factor para delimitar el área de las jurisdicciones ordinaria y de menores ésta debe ser fijada sin tener en cuenta criterios que son absolutos y radicales. Esta debe ser determinada por cada estado en armonía con su ordenamiento jurídico y sus tradiciones y costumbres.

Considero que es un error el establecimiento de la mayoría de edad a los 16 años como lo hizo la ley 75 de 1968 porque nuestra transformación de las costumbres y usos sociales y la vertiginosa tecnificación de los medios de comunicación y el perfeccionamiento en los sistemas de enseñanza no han creado las condiciones para que los jóvenes tengan una personalidad bio psicológica, cultural y social cabalmente desarrollada. Y esta no se ha dado porque nuestra Colombia la tecnificación y la enseñanza, no han llegado, aquí encontramos que hay un gran número de menores que nunca han pisado un centro de enseñanza de primaria.



El menor es inimputable hasta los 16 años y está sometido a jurisdicción y tratamiento especial. Los mayores a esta edad son castigados por los delitos que cometen porque se consideran responsable de los hechos punibles que cometen.

Esto es contradictorio por que en material civil los menores no tienen obligaciones hasta que no cumplan la mayoría de edad, o sea hasta que no llegan a los 18 años. Creo que se deben igualar las edades tanto en lo penal como en lo civil.

También aumentado la edad de 18 años se le brinda una mayor protección a muchos jóvenes que entre los 16 a 18 años cometen hechos punibles y que están en las cárceles como delincuentes comunes y al salir de estos centros estos jóvenes tienen peores hábitos y vuelven a delinquir.

Nuestras normas parecen lo que más desean es castigar los delitos cometidos por los mayores de 16 años no comprenden que el delito es un hecho humano y como todo fenómeno natural está sujeto a las leyes de causalidad. Lo que se tiene que evitar los delitos futuros y para obtenerlo, las penas resultan ineficaces.

Al respecto no existen recomendaciones en el sentido de

los límites máximos deban disminuir y más bien se propugna por elevar la edad en lo posible, y esta elevación de la edad se califica acudiendo a los expedientes de la experiencia de los Tribunales de Menores.

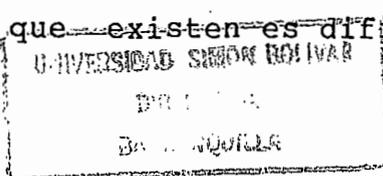
Muchos son los que piden que la edad sea elevada entre estos tenemos al exministro de justicia Felio Andrade Manri que presentó el proyecto de ley, por la cual se establece la jurisdicción de familia.

El objeto de esta ley es:

"Artículo primero: con el objeto de proteger y defender los intereses de la familia, promover su integridad y atender de manera especial los asuntos relacionados con ella, establece la jurisdicción de familia como parte integrante de la norma jurisdiccional del poder público".

"Artículo séptimo: elevase a los 18 años la minoría de edad penal consagrada en los artículos 66 del decreto 409 de 1971, el 34 del decreto 100 de 1980 y el artículo 48 de la ley 75 de 1968.

2. Solución. Debe crearse centros de recepción y rehabilitación, para nadie es desconocido tampoco que estos centros son pocos en Colombia y los que ~~existen es difícil~~



que los menores ingresen y si lo hacen muchas veces salen con más problemas que al ingresar y son raras las excepciones cuando estos menores se superan.

a. Los centros de recepción son pocos los que existen, y estos juegan un papel importante en la recuperación y trato del menor. El centro de recepción es donde se le hará un estudio provisional y sumario sobre la situación del presunto infractor. Este estudio es sobre los aspectos socio-familiar, y antecedentes delictivos e institucionales. Esto es importante porque sobre ello se fundamenta la división que tome el juez de menores.

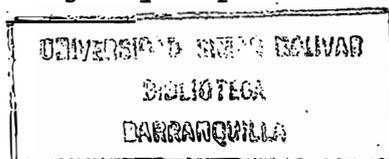
En este centro de recepción el menor permanecerá por un período corto de 8 a 15 días hasta que el juez tome la decisión. El por qué deben funcionar estos centros: deben de funcionar porque el joven, presuntamente delincuente muchas veces sufre prolongadas esperas en los calabozos de las comisarías de policía y ahí se encuentra con delinquentes adultos y esta promiscuidad es muy peligrosa para su integridad personal porque pueden ser víctimas de afecciones sexuales y presentársele enfermedades venéreas. También estos menores se exponen en estas comisarías a los abusos de inescrupulosos y mal trato hasta de la policía.

Estos centros deben funcionar en los grandes municipios o por lo menos de las capitales de departamentos y deben garantizar la permanencia del menor en estos centros porque aquí es donde se inicia el camino de la rehabilitación. Otra ventaja del porqué el menor debe ser primero conducido a estos centros, se evita que muchos menores primerizos u ocasionales en el delito se mezclen con jóvenes que tienen problemas de desadaptación social graves de tratar o han cometido delitos de gran gravedad.

b. Centros de rehabilitación que funcionan en Colombia son centros que no satisfacen, y son un descredito para la administración pública.

Estos centros de rehabilitación no cumplen con su función de rehabilitar a los menores de comportamiento antisocial y alberga y capacita lo moral y físicamente abandonados.

Podemos afirmar que hasta hoy el reintegro de menores capacitados y reeducados a la sociedad es ínfimo, por todo esto cero ya que se deben construir centros de rehabilitación, en todos los municipios de una población mayor y en las capitales de departamentos. Pero no construir edificios por construirse como sucede aquí en Colombia. Estos centros deben ser dotados materialmente (didáctica), para así cumplir su función que es la de albergar y capacitar



a los menores que se han observado un comportamiento anti social.

Deben asistir varias clases de centros de reeducación por que los problemas de los menores no son los mismos y estos deben ser tratados con métodos pedagógicos diferentes; por eso recomiendo que existan centros de:

a. Observación para Varones y Mujeres. Estos tienen el fin de estudiar al menor por un equipo multiprofesional, este está compuesto por médico sicológico, pedagógico y socio-familiar y su objeto es de recomendar el tratamiento u orientación que se necesite, según el caso para que el juez dicte la medida legal también se estudia las aptitudes y vocacion del menor. La diferenciación con el centro de recepción es que la permanencia del menor es mucho más prolongado 90 días y su estudio es más completo.

Estos centros existen en Colombia en un número muy bajo y como ya dijimos no satisfacen las necesidades, y no la hacen por que carecen de recursos materiales y humanos.

Una de las causas de porqué no funcionan es la limitación presupuestal que impide que el joven interno tenga una adecuada reeducación y se capacite para ser útil a la sociedad.

b. Centros o escuelas de trabajo talleres. Estos son importantes porque en ellos el menor recibe capacitación para ocupación tales como ebanistería, mecánica, tejidos, etc.

Con este servicio muchos menores logran una verdadera reeducación. Tienen que ser dotados y los empleados deben tener la debida preparación para formar a los menores.

c. Centro de protección. Estas son instituciones que tienen por fin alojar, cuidar, educar y formar a los niños que carecen de familia o si la tienen no cumplen con su responsabilidad.

Su objetivo es otorgar educación y formación a los menores, ofrecer orientación y tratamiento a la familia cuando existe un fin de superación las dificultades que hicieron necesaria a la operación del menor, a fin de integrarla a la comunidad, satisfacer las necesidades básicas del menor.

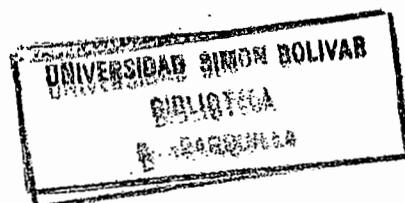
Como se observa son importantes estos centros pero son escasos por la política que el estado ha desarrollado que es la de no darle importancia a los problemas que tienen una gran masa de jóvenes en Colombia.

d. Centro de Rehabilitación Psicosocial. Son instituciones destinadas a tratar menores de conducta irregular o que haya infringido contra la ley, en estos Centros se procura ofrecer al menor un ambiente adecuado para que corrija los trastornos de conducta, forme hábitos para el desarrollo integral y se integre socialmente a la comunidad.

Además se otorga orientación ocupacional necesaria para que aprenda una actividad acorde con sus intereses, actitudes y se procura adaptarlo al medio social.

Toda esta reeducación busca el fin de inculcar a los menores ciertos valores como la autoestima, el compañerismo, el amor al trabajo, el amor a los derechos humanos, el respeto a las autoridades y a las normas.

Podemos observar que estos son unos de los centros más importantes en la rehabilitación del menor desadaptado social, pero nos encontramos como siempre con el problema de que no existen, y si existen no cumplen con su objetivo. Por eso recomiendo como lo hice antes de una forma general que se construyan estos centros y más este por ser el que trata a menores a una situación con problemas de orden penales.



e. Centro Post-institucionales. Estos centros en Colombia no existen y son de una gran importancia porque son aquellos que brindan a los menores que han egresado de una institución de observación reeducación o protección un servicio de la orientación, para que estos menores no se les haga difícil el reintegro al hogar y a la sociedad.

Como se observa tienen un objetivo muy importante, pero no existen en otros países y consisten en residencias juveniles que dan una orientación y le busca empleo y ayudas especiales como económicas, educacional, cultural, etc. También orientar a la familia para que ayude al menor a esta reintegración a la sociedad y a no caer de nuevo en conductas irregular.

Todos estos centros deben estar bajo la administración del Instituto Bienestar Familiar y este debe tener autonomía suficiente para organizar material y científicamente los centros para que así se de una rehabilitación adecuada. Muchos de estos centros están administrados por el Instituto de Bienestar Familiar, pero no funcionan, por que no tienen presupuesto y personal profesional para que cumpla dicha tarea.

Si los centros están bajo el tutelar del Bienestar Fami

liar el estado debe designar una partida adecuada para el mantenimiento de estos, con el fin de que cumplan cabalmente con su función.

Si estos centros van a estar bajo la administración debe crearse un departamento con personal administrativo capacitados y que conozcan la problemática del menor enfrentado a la ley, este departamento debe funcionar con autonomía y capacidad para tomar decisiones, no de un escritorio sino basarse en lo que recomiendan los profesionales y los jueces menores.

3. Solución. Establecer la jurisdicción de Familia.

Como sabemos la familia es la célula básica de la sociedad y ella forma el núcleo más importante de un estado de leyes y por eso el estado debe preocuparse para que exista una armonía y una estabilidad en el seno de todo hogar Colombiano. Esto se ha dado en parte por que no se han expedido las leyes por que exista la debida organización familiar. Por eso creo que es conveniente establecer la jurisdicción de familia con el objetivo primordial de proteger y defender los intereses familiares y atender todo lo relacionado a los asuntos que ellos demanden.

Dentro de esta jurisdicción debe expedirse el Código de

incurres con los siguientes fundamentos:

- a. Este código tendrá un fin esencial que la protección integral del menor en todos los campos de la legislación en especial en lo penal, civil, laboral y administrativo, etc.
- b. Elevar la edad a los 18 años en lo penal y ésta debe ser acreditada por el registro civil.
- c. En materia penal el menor de edad con conducta regular e infractor de la ley debe ser objeto de un tratamiento especial, orientado a obtener su protección y readaptación social.
- d. Se debe conservar el principio de la inmediación y la prohibición de que en lo penal intervengan los abogados, y en las actuaciones que adelante el juez de protección de menores.
- e. Se elaborará con un criterio de protección materno-infantil y será motivo de atención especial.
- f. Determinar los diversos procedimientos que tiendan a responsabilizar a los padres o guardadores de acuerdo con lo previsto en el derecho positivo vigente.

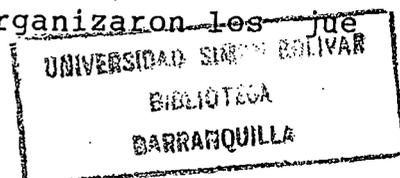
Como ésta será ejercida permanente por los jueces de protección del menor este como actualmente debe ser una persona que reúna cualidades académicas y morales máximas. Porque el juez no es solamente la persona a quien se le encomienda la misión de administrar justicia. Además es

una institución que representa en buena parte la soberanía del Estado. Por esta razón las decisiones judiciales se dictan en nombre de la república y por autoridad de la ley.

Al juez de menores le corresponde escuchar el conflicto en que se encuentra el menor de edad, investigar cómo sucedieron los hechos y solucionar lo que más le convenga al menor infractor. Por eso debe tener facultades para intervenir y aplicar las sanciones que determine la ley.

La pretensión objeto del proceso puede ser de orden exclusivamente económico, o puede estar relacionado con el ejercicio de la libertad o vinculada a la vida afectiva y familiar de las personas, la cual es de mayor trascendencia social y cuya solución debe estar a cargo de un juez de menores especializado, virtuoso desde el punto de vista jurídico y humano, y este debe tomar decisiones justas y correctas sobre conflictos que se presentan en edad temprana y puede evitar la comisión de hechos que pueden tener gran importancia en la edad adulta.

Lastimosamente en Colombia no hemos puesto el debido interés que merecen los menores y la creación de la jurisdicción de familia y con ésta la creación de jueces de menores y de familia. Hace 50 años se reorganizaron los jue



dos deben ser ponderados e inmediatos, aun cuando no sean definitivos.

Su mision no es entorpecer la decision final del proceso sino la de facilitar el encuentro de la mejor solucion. Debe ser un conciliador por excelencia porque las partes en el proceso de familia rara vez toman decisiones definitivas y casi siempre hay entre ellos puntos de identificacion, pues facil terminar los intereses afectivos por decretos.

El juez de menores no puede ser arbitrario, abusivo, temperamentalmente severo, ni diastico. Sus decisiones deben dictarse en funcion exclusiva de la estabilidad y armonia que debe reinar entre quienes forman el nucleo familiar del menor, sin tener en cuenta las personas familiarmente extrano cuyo comportamiento puede influir al dictar sentencia.

Sus providencias deben ser juridicas y humanamente ejecutables de tal manera que causen a la familia el menor dano fisico y moral. Con sus actos deben crearse una imagen de buen padre de familia, amable, confiable y respetable.

Como podemos observar todo lo expuesto anteriormente es

de una gran importancia para el tratamiento del menor y por eso pido que se le dé importancia pronta para solucionar estos vacíos que se presentan entre nuestras normas.

También considero que el juez de menor debe rodearse de un equipo profesional como un educador, un médico psiquiatra, psicólogo, todos estos con poder decisorio para tomar las medidas que sean necesarias para la reeducación y reintegración del menor al núcleo de la familia y a la sociedad.

Las leyes de Colombia son imperfectas pero si se aplican por persona (jueces), sabios, probos y justos darán excelentes resultados.

Todavía es tiempo para comprender que las soluciones más justas no se encuentran en los textos de los códigos, ni en el ánimo represivo de los funcionarios, sino en la vida.

BIBLIOGRAFIA

ARENA, Antonio Vicente. Comentario del Código Penal. Temis, Bogotá, 1982.

DELITOS CONTRA EL MENOR Y LA FAMILIA. Ediciones Librería del profesional. Bogotá, 1986.

ESTRADA, Federico. Derecho Penal. Editora Librería del profesional. Bogotá, 1981.

MARTINEZ LOPEZ, Antonio Jose. El menor ante la Norma Penal.

----- . Rehabilitación del menor desadaptado social. Universidad externado de Colombia, Bogotá, 1976.

MONROY CABRA, Marco Gerardo. Derecho de menores. Edición Editorial y librería "Jurídica Wilches". Bogotá, 1983

REYES, Alfonso. Diccionario del Derecho Penal. Universidad externado de Colombia. Bogotá, 1970.