

La culpabilidad en el sistema de responsabilidad penal de los adolescentes

Análisis desde la perspectiva dialéctica del derecho penal**

Estanislao Escalante B.*

I. Preliminares

Es para mí un honor y un privilegio participar en la obra colectiva que en derecho penal se presenta a la comunidad académica y jurídica en homenaje al jurista y profesor colombiano Mario Salazar Marín.

Múltiples son las ideas que me llegan a la mente al estar en esta posición de privilegio, pues considero que su invitación habla más de la generosidad del maestro Salazar Marín al hacerme partícipe de este homenaje, que de mis méritos para hacer parte de tan selecto grupo de juristas. Gracias a él y al profesor Diego Araque Moreno por tan amable invitación, la cual asumo como una oportunidad de presentar a la comunidad jurídica un debate dogmático sobre un tema que, desde hace varios años, me ha venido generando inquietud académica y que poco se ha trabajado en nuestro medio. De ahí que considere que los desarrollos dogmáticos de la escuela dialéctica del derecho penal pueden brindar puntos de vista para su análisis, comprensión y su construcción adecuada.

El homenaje que se plantea al profesor Salazar es más que esperado y merecido por su trayectoria, trabajo académico y por los aportes a la comprensión del derecho penal en el país. En primer lugar, se trata de uno de los juristas colombianos más importantes en los últimos años. Debemos resaltar la importancia de su obra para la doctrina nacional pues es uno de los pocos autores que ha orientado su trabajo a la construcción de un esquema original, y si se quiere propio, para la comprensión del delito en nuestro medio con el impulso constante y persistente de la denominada *escuela dialéctica del derecho penal*. Este aspecto

** El presente artículo fue publicado originalmente en el libro *Estudios Penales en Homenaje a Mario Salazar Marín*, Bogotá, Ibáñez, 2020.

* Profesor e investigador asociado de la Universidad Nacional de Colombia. Director de la Escuela de Investigación en Criminologías Críticas, Justicia Penal y Política Criminal “Luis Carlos Pérez” (Polcrymed), y del Observatorio de Criminología, Justicia Penal y Política Criminal: Capítulo Corrupción de la Universidad Nacional de Colombia. Este artículo de investigación es producto del trabajo desarrollado en dicho grupo de investigación por el autor, especialmente en la línea de Criminologías críticas y Justicia penal, y en la asignatura Derecho Penal Juvenil, la cual ha estado a su cargo en diversos semestres académicos. Correo electrónico: ceescalanteb@unal.edu.co.

cobra importancia cuando en nuestra cultura jurídica ha predominado la implantación de teorías y esquemas sin el mayor análisis local, o la imposición acrítica de modas doctrinales sin una comprensión profunda por parte de quienes la aplican.

En segundo lugar, su obra ha sido un referente importante para quienes nos hemos asomado al amplio desarrollo de la doctrina penal con la finalidad de comprender lo que semejante constructo histórico implica. Esta tarea no es para nada fácil, o veloz, como se espera en las sociedades contemporáneas, que se caracterizan por la inmediatez, la eficiencia, la liquidez y la proliferación de información (superficial). La obra del profesor Salazar es una obra madura, reposada y pensada para estudiar a fondo los problemas dogmáticos, con la necesaria paciencia y reflexión profunda que demanda la ciencia y la academia aún en la actualidad, (las cuales todos debemos seguir cultivando e insistir en ello a las nuevas generaciones).

Digo *aún* porque en la sociedad contemporánea parece que profundizar en los temas penales ya no es importante o, al hacerlo, pareciera que se tratara de una cuestión pasada de moda. Para muchos, es una reflexión en desuso o un tema para los garantistas, llamados despectivamente los “defensores del mal” por aquellos profanos en la materia, que se toman los medios de comunicación y las trincheras políticas y populistas para hablar de penas duras, de castigos ejemplares, de seguridad pública y de justicia penal.

Pero no. Hay que insistir en el estudio dogmático, en su análisis y en su concepción como límite al poder punitivo y no como herramienta de histeria colectiva cuyos arrebatos sociales y políticos llevan a proponer el instrumento más fuerte que tiene el poder político para ejercer control sobre la sociedad: el castigo sobre el enemigo, cualquiera que este sea.

En este sentido, recuerdo que en mi época de estudiante leía sus artículos y su *Injusto penal y error: hacia una nueva concepción del delito* con expectativa y buscando las respuestas que no encontraba fácilmente en el aula de clase. Ahora, como docente, considero que es uno de los autores de obligada consulta para quien se está formado, para quien se forma de manera permanente y para quien ayuda a otros a que se formen como juristas en nuestro medio.

Con todo, el lector comprenderá que el reto que me impone este contexto no es para nada sencillo y que, por tanto, no busca una explicación definitiva y menos promulgar una doctrina consolidada sobre el tema. En cambio, su finalidad es aportar elementos para el debate en la comprensión, aplicación y definición de la responsabilidad penal de los menores de edad en el Sistema de Responsabilidad Penal de los y las Adolescentes (SRPA), desde el punto de vista de la dogmática penal y, en especial, desde las premisas que el profesor Salazar Marín nos ha planteado en su obra y en los postulados de la escuela dialéctica del derecho penal.

II. Introducción

A partir de la promulgación de la Ley 1098 de 2006, el Código de la Infancia y la Adolescencia, se empezó a hablar de un sistema de responsabilidad penal de los menores de edad. Este sistema se enmarcó en los postulados constitucionales de la doctrina de la protección integral con la idea de superar la vieja y dañosa doctrina de la situación irregular; esto es, se pasó de un sistema tutelar o benefactor a un sistema de responsabilidad y garantías.¹ Justo en este contexto se ubica el presente trabajo, pues a pesar de haber pasado más de trece años de su promulgación, cuando se habla hoy del Sistema de Responsabilidad Penal de los Adolescentes (SRPA) son más las dudas, la incertidumbre y la injusticia, que la claridad en el tema.²

En efecto, uno de los problemas más evidentes es que al hablar del SRPA, en su mayoría, los funcionarios administrativos, los judiciales, doctrinantes, partes e intervinientes limitan la discusión a cuestiones procedimentales, a cuestiones del proceso o de trámite y para ello aplican sin mayor diferenciación el proceso penal de adultos (Ley 906 de 2004), sin observar el mandato constitucional, legal y convencional que ordena la comprensión del SRPA como un sistema especial, diferenciado y alternativo a la solución de los conflictos de una población vulnerable y con protección constitucional reforzada. Este problema lo comprendemos en las coordenadas de la dimensión procesal del tema.

De otra parte, algunos entendidos en el tema, que conocen el Código de Infancia y Adolescencia, siguen aplicando la doctrina del Código del Menor (Decreto 2737 de 1989) en consonancia con el esquema de la situación irregular, de manera que ven al adolescente en conflicto con la ley penal como un objeto del derecho y predicán su necesaria institucionalización como beneficio. El resultado es el encierro entendido como un favor para superar las carencias del menor de edad que comete delitos, en otras palabras, la ayuda institucional como forma de control social, todo bajo el ropaje del restablecimiento de derechos. Esta es la dimensión administrativa del problema.

¹ Cfr. Quiroz Monsalve, Aroldo & Escalante, Estanislao, *Ley de infancia y adolescencia: Análisis y perspectivas*. Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2009.

² Los informes de la Defensoría del pueblo dan cuenta de la situación actual del SRPA, en el que predomina el desconocimiento de los derechos de la infancia y de los instrumentos internacionales de protección a los menores en conflicto con la ley penal. Para el efecto, cfr. Defensoría del Pueblo, *Violaciones a los derechos humanos de adolescentes privados de la libertad. Recomendaciones para enfrentar la crisis del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes*, Bogotá, Defensoría del Pueblo, 2015, y Defensoría del Pueblo, *Segundo informe de recomendaciones para enfrentar la crisis del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes*, Bogotá, Defensoría del Pueblo, 2017. En estos dos trabajos institucionales se observa de manera empírica y detallada la crisis humanitaria y de legitimidad por la que atraviesa el SRPA. Aunado a lo anterior, de manera permanente se pide en los medios de comunicación y en las campañas políticas la disminución de la edad de responsabilidad penal, el aumento del castigo y de las penas, así como “verdadera cárcel” para los adolescentes que han realizado conductas con características penales. Al respecto, cfr. Escalante, Estanislao, “Justicia penal juvenil: negación de un mandamiento constitucional desde el discurso mediático y político del delito y la defensa social”, en *Política criminal mediática, populismo penal, criminología crítica de los medios y de la justicia penal*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia - Ibáñez, 2018, pp. 379-429.

Los más críticos no están de acuerdo ni con la dimensión procesal, ni la administrativa, pues se trata de una réplica mecánica e irracional del sistema de adultos. Proceso, sanción y encierro es lo que encarna el SRPA en la actualidad, con una constante violación de derechos humanos de los adolescentes que han sido alcanzados por las redes del sistema penal y que hoy se encuentran privados de la libertad en verdaderas cárceles de niños. Esta es la dimensión de la sociología del castigo.

Por otro lado, quienes se apegan a los mandatos legales, constitucionales y convencionales reclaman un SRPA que cumpla con sus fines pedagógicos, educativos y restaurativos, discurso de verdad que se enseña, se explica y que, en el papel, en los lineamientos y en los manuales, hace parte del diseño y la comprensión formal del sistema. No obstante, la forma en que funciona el proceso, las medidas y las políticas públicas en la materia, es una negación material de dichos postulados. He ahí la importancia de la dimensión pedagógica y restaurativa del sistema.

Por su parte, la dimensión criminológica y de política criminal no deja de ser paradójica, pues en su contexto, los actores del sistema, los gobernantes de turno, los medios de comunicación, los políticos y la población en general, reclaman para estos adolescentes la disminución de la mayoría de edad penal, “verdaderas cárceles” y castigos penales que sean ejemplificadores y motivadores de comportamientos conforme a la ley penal.³

Muy pocos trabajos abordan el problema desde la dimensión dogmática de la teoría del delito en general y del injusto en particular. Casi ningún autor se preocupa por determinar las condiciones de realización del injusto personal de los menores de edad, las condiciones de culpabilidad e imputación de la conducta de los adolescentes y mucho menos de su lectura dogmática a la luz de los postulados constitucionales contemporáneos, de la doctrina de la protección integral y de los mandatos convencionales que comprenden al menor de edad como un sujeto de derechos de protección especial reforzada, prevalente y diferenciada.

En este artículo busco realizar un análisis integral de la culpabilidad como principio y como categoría dogmática del delito, de manera que al final del mismo se pueda comprender el alcance constitucional y penal de la culpabilidad del adolescente y se aporte con ello a una mejor comprensión del SRPA. Este, por su naturaleza constitucional y convencional es complejo, multidimensional, de garantía y de respuestas alternativas, no de castigo, ni de sanción punitiva o de control social como siempre lo quieren hacer ver quienes detentan el poder de definición y quienes ejercen el poder punitivo.⁴

³ Un análisis de la reacción social frente a las conductas de los adolescentes y de la relación de los medios de comunicación con el control social y la política punitiva, se puede ver en el mismo texto referido en la nota anterior: Escalante, Estanislao, *idem*.

⁴ Una primera reflexión sobre la necesidad de comprender esta categoría dogmática del delito se plantea en el módulo de formación autodirigida de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, denominado *Lectura multidimensional del sistema de justicia penal juvenil – SRPA. Módulo de formación complementario* que se encuentra en proceso de edición. Ese módulo, que está dirigido a funcionarios judiciales, contiene una

El punto de partida de este trabajo será un breve esquema o análisis de lo que el profesor Salazar Marín ha planteado frente a la culpabilidad como principio y como categoría del delito. De esta manera, comprendido su punto de vista como marco teórico de partida, posteriormente se abordará el tema en concreto de la culpabilidad del adolescente en el ordenamiento jurídico colombiano, reconociendo en la construcción argumentativa cómo los conceptos de *infancia* y *adolescencia* han sido conceptos socialmente contruidos⁵ y aplicados en diferentes etapas en el ámbito penal de manera no muy favorable a esta población vulnerable.

Posteriormente, se abordarán las concepciones de culpabilidad presentes en la justicia penal juvenil, y finalmente, cómo se ha comprendido en nuestro medio y en la práctica. Con esto, se busca proponer una visión diversa que permita aplicar adecuadamente la ley de infancia y adolescencia en materia penal con fundamento constitucional y convencional adecuados, especialmente como límite al poder punitivo del Estado y como garantía de realización material de los derechos de esta población constitucionalmente protegida.

III. La culpabilidad en la obra de Mario Salazar Marín

El punto de partida del profesor Salazar Marín es su visión unitaria y dialéctica del delito, según la cual, desde un punto de vista filosófico todo objeto, concepto o fenómeno es una unidad. La unidad a su vez contiene o se compone siempre de contrarios en permanente fricción o lucha; pensamos en las contradicciones internas de cada unidad, el polo positivo y el negativo, el bien y el mal en el ser humano, la causa y el efecto en la física, lo formal y lo material, entre otros. El delito visto como unidad está compuesto también de contrarios que se complementan dialécticamente; se trata de un proceso de “lucha” entre tendencias contrapuestas que actúan sobre la base de las contradicciones de los fenómenos como unidad.⁶

De esta manera, explica el autor, la unidad se presenta cuando se da el aspecto subjetivo de la acción y también su aspecto objetivo, cuando concurren desvalor de acto y desvalor de

perspectiva multidimensional, haciendo énfasis en un modelo de justicia restaurativa y en la función pedagógica del proceso y de la sanción. En esa misma línea, el trabajo aquí presentado propone una serie de consideraciones sobre la dimensión dogmática de la cuestión, debate que tanto hace falta en nuestra literatura penal y que en parte desarrolla y retoma algunos de los planteamientos dogmáticos esbozados en el módulo mencionado. Cfr. Escalante, Estanislao & López Manuel, *Lectura multidimensional del sistema de justicia penal juvenil – SRPA. Módulo de formación complementario*, Bogotá, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, s. f. [en edición].

⁵ Cfr. García Méndez, Emilio, “Infancia, ley y democracia: una cuestión de justicia”, en *Infancia, ley y democracia en América Latina*, Bogotá, Temis – Depalma, 1998.

⁶ De acuerdo con el autor, vistos los principales esquemas del delito en la historia de la dogmática jurídico-penal, la discusión entre los sistemas ontológicos y los axiológicos planteadas en la actualidad se pueden comprender mejor y, si se quiere, conciliar mejor, al observarlas como parte de una unidad. La teoría del delito debe comprenderse hoy en sus aspectos tanto ontológicos como valorativos y no de manera excluyente.

resultado, el tipo subjetivo y el tipo objetivo, el injusto objetivo y subjetivo, entre otros. De manera que, para la interpretación del delito visto como unidad es necesario comprender sus contrarios:

Esta aplicación de la ley de los contrarios en la teoría del delito conduce a la unión entre lo formal y lo material, entre la conducta del sujeto y el daño al bien jurídico, entre la acción y el resultado, cuya conexión e interacción es algo propio de todo fenómeno y todo concepto. Toda unidad conecta los extremos de esa unidad, como sucede en todo sistema, puesto que no puede existir un lado sin el otro, o un aspecto sin su opuesto, que se implican recíprocamente, porque es de la esencia de la unidad la unión de los contrarios. En el delito siempre actúan el comportamiento activo u omisivo del sujeto y su trascendencia en la sociedad mediante el daño real o potencial concreto al bien jurídico.⁷

Para una mayor comprensión del tema, Salazar Marín expone su aplicación concreta de la siguiente manera:

Cuando por virtud de la armonía entre los extremos se conforma la unidad entre desvalor de acto y desvalor de resultado, relación de coincidencia que se da siempre ante el delito, se capta el influjo de la dialéctica en sus versiones formal y material. Pero cuando por virtud de la lucha y efectos de los contrarios la unidad se destruye, v. gr. cuando se da desvalor de acto sin el concurso del desvalor de resultado, o cuando se da éste sin el concurso del desvalor del acto, el delito como unidad no emerge o se destruye. Como en este caso hay conducta, pero esta surge justificada o inculpada, la respectiva causal excluyente del injusto penal destruye la unidad. Ante el conflicto entre la acción y el resultado el delito no surge por la lucha y destrucción de los contrarios.⁸

Ahora bien, al abordar el conocimiento de la ilicitud, bajo el entendido de que el sujeto en su actuar conoce la ilicitud de su hecho, se encuentra también esta unidad al observar la relación dialéctica entre la acción y la culpabilidad y también entre el sujeto y la sociedad. Cuando un sujeto realiza una conducta culpable, en principio su aporte lo hace consciente y de manera voluntaria; sin embargo, su actuar también es producto de su entorno social, según las condiciones que la comunidad le aporte o le niegue⁹. Como se verá más adelante, esta relación es importante para definir la culpabilidad del menor de edad cuando comete una conducta con características delictivas.

Salazar Marín explica que un sujeto (el menor de edad lo es) es culpable porque ejecuta o lleva a cabo la conducta ilícita con un relativo “libre albedrío” y con voluntad consciente, lo cual implica que, si bien actúa mediado por su entorno o su contexto, siempre hay un aporte de la voluntad en la realización del ilícito¹⁰. Aunado a lo anterior, la legitimidad del derecho penal en un Estado democrático y social de derecho radica en la realización material de la igualdad. En tal contexto, se espera una distribución de bienes y servicios para todos, de tal manera que cuando el sujeto vulnera un bien jurídico el Estado le pueda reclamar

⁷ Salazar Marín, Mario, *Teoría del delito con fundamento en la escuela dialéctica del derecho penal*, Bogotá, Ibáñez, 2014, p. 21.

⁸ *Idem*.

⁹ *Ibidem*, p. 25.

¹⁰ Salazar Marín, Mario, *Acción e imputación. Principio y concepto de culpabilidad*, Bogotá, Ibáñez, 2016, p. 12.

legítimamente. Afirma el autor que “[es] esencial que el Estado brinde oportunidades para que los destinatarios sean seres dignos y estén en condiciones de respetar los bienes jurídicos.”¹¹.

En esta visión dialéctica también se encuentran como contrarios los planteamientos ontológicos y los normativos del delito, de manera que la síntesis dialéctica es la comprensión del delito como una unidad cuya culpabilidad es tanto culpabilidad psicológica como culpabilidad normativa. Esto es, la culpabilidad implica por parte del sujeto un aporte consciente y voluntario en la realización del ilícito en todos los casos y la declara el Estado (cuando está legitimado para ello) en orden a imponer una sanción¹². En consecuencia, para el profesor Salazar Marín “la culpabilidad es mixta o sico-normativa”¹³.

De otra parte, resulta importante hacer claridad respecto de la culpabilidad como principio y como categoría del delito, aspecto que como bien lo indica el autor, no siempre es aclarado o distinguido por la doctrina y por los funcionarios judiciales. Esto ha llevado no a pocos equívocos en su aplicación y en especial en materia de delincuencia juvenil.

La culpabilidad como principio “se sustenta sólo en el contenido consciente y voluntario del sujeto infractor, que se manifiesta en el mundo externo y refleja su autodeterminación de violar los bienes jurídicos penalmente tutelados”¹⁴, esto es voluntad y conocimiento. Por su parte, la culpabilidad como categoría del delito “se fundamenta en el citado principio y en el juicio del Estado –principio y exigibilidad- sobre ese contenido de la voluntad del agente”¹⁵.

La culpabilidad como principio está en cabeza del sujeto infractor, y la culpabilidad como categoría, o estrato final del delito, es el juicio del Estado mediante el cual declara cuando la acción dañina del sujeto es en efecto culpable. Ese juicio tiende a llamarse juicio de reproche y está en cabeza del juez, pero aquí se propone que es sólo una declaración de culpabilidad contra el infractor por parte del Estado, a través del juez, pero ajena al reproche, que lleva a la imposición de pena por justicia y necesidad.¹⁶

Además de lo anterior, las personas como seres dignos, solo merecen pena en la medida de su culpabilidad, de manera que la sanción o pena debe ser necesaria, proporcional o justa conforme al daño y la exigibilidad de una conducta conforme al derecho, “(...) se le reprocha

¹¹ *Idem*.

¹² *Idem*, p. 13.

¹³ *Idem*.

¹⁴ *Ibidem*, p. 81

¹⁵ *Idem*.

¹⁶ Salazar Marín, Mario, “Teoría del conocimiento frente al delito: visión dialéctica”, en Escalante B., Estanislao (ed.), *Problemas actuales de derecho penal general. Libro homenaje a Luis Carlos Pérez*, Bogotá, Ibáñez, 2018, p. 60.

al infractor haber violado el bien jurídico teniendo el deber y el poder de respetarlo”¹⁷. Asimismo, se debe comprender el principio de culpabilidad como aquel que fundamenta y determina los límites al poder punitivo del Estado¹⁸.

Finalmente, se explicó por parte de Salazar Marín que la culpabilidad hay que entenderla como:

la culpabilidad por la acción, con la cual tiene una interrelación dialéctica, porque siempre la culpabilidad es por la acción y nunca de otra cosa. La culpabilidad tiene un componente psicológico y otro normativo. Este componente psicológico o subjetivo es el dolo o culpa del sujeto, mientras el componente normativo es la exigibilidad del Estado. Ambos componentes (el psicológico y el normativo) integran la unidad dialéctica de la culpabilidad, o sea la acción culpable, que al mismo tiempo es la base del sistema, más la declaración del Estado de esa culpabilidad. Y esta acción culpable se integra con el injusto y la culpabilidad, de tal suerte que ambos subsistemas, injusto y culpabilidad, conforman el sistema total del delito.

(...)

Esta propuesta de conocer el delito dialécticamente se hace a partir de una escogencia ético-política que opta por un modelo de principios y garantías en bien de los destinatarios de la ley penal, cuyo modelo democrático se ancla en su conducta y en los valores y por tanto en una fundamentación óptica y axiológica que se alimenta de los derechos humanos, como la libertad, la dignidad humana, la presunción de inocencia, la legalidad, el debido proceso, el ejercicio humanitario del poder punitivo, lealtad procesal, publicidad del proceso, contradicción, unidad procesal, cosa juzgada, etc. El Estado, tras administrar la justicia social, la convivencia, la diversidad, la tolerancia, la igualdad, etc., sólo puede ejercer el poder punitivo frente a daños culpables de los bienes jurídicos y con arreglo a unos límites, que deben ser vigilados y aplicados conforme a un Estado social y democrático de derecho.¹⁹

IV. Los fundamentos de la responsabilidad penal del adolescente: discurso de legitimación del sistema de garantías

Como lo he venido desarrollando en escritos anteriores, el SRPA está compuesto por diversas dimensiones o, si se quiere, disciplinas internas, y cada una de ellas por sí misma tiene un marco axiológico, de principios y normas rectoras. De tal manera, una verdadera integración multidimensional de este sistema penal, especial y diferenciado, debe ser permanente y no solo en casos especiales o difíciles. De acuerdo con el planteamiento del profesor Salazar Marín, deberíamos comprender que el SRPA también es una unidad dialéctica, pero además compleja y multidimensional.

La aplicación constitucional de los principios y reglas especiales de la infancia y la adolescencia implica una permanente integración normativa que, en el caso de los adolescentes, lleva al análisis que necesariamente debe hacer el intérprete en una integración

¹⁷ Salazar Marín, Mario, *Acción e imputación...*, p. 84.

¹⁸ *Ibidem*, p. 83.

¹⁹ Salazar Marín, Mario, “Teoría del conocimiento frente al delito...”, p. 60.

compleja, no sólo de los principios del proceso penal oral, los principios de la justicia restaurativa o de la infancia y la adolescencia. También debe integrar cada una de las normas rectoras que constituyen el código penal colombiano en armonía con las normas especiales y de manera relevante, con el interés superior del adolescente, con el principio de prevalencia de los derechos de la infancia, la adolescencia y el bloque de constitucionalidad en toda su dimensión material.

En el SRPA, el análisis de la culpabilidad como principio y como categoría dogmática en la estructura del delito requiere de esa integración normativa constitucional y social, de una valoración de la conducta de los adolescentes en conflicto con la ley penal y del mandato normativo vulnerado.

Para efectos de este artículo, abordaremos en primer lugar la culpabilidad como principio desde la perspectiva de lo que se ha dicho en materia de infancia y adolescencia. Luego de esto, se abordará la configuración del injusto material, para finalmente abordar la culpabilidad como categoría del delito propiamente y con estos dos comprender cuándo se completa la unidad dialéctica que es el delito²⁰.

Sin embargo, antes de entrar en materia, es del caso recordar que al observar la especialidad y diferenciación del SRPA, es posible afirmar que la teoría y las categorías del delito deberán leerse con base en esa diferenciación y especialidad. Así, en este ámbito, sobre la norma rectora de la igualdad de la ley penal, el funcionario judicial tendrá especial consideración cuando se trate de valorar el injusto, la culpabilidad y las consecuencias jurídicas del delito en relación con los menores de edad, sin que ello implique una vulneración de la Constitución y sí una aplicación concreta del inciso final del artículo 13 de la Constitución Política, en el que se establece la igualdad y libertad de todas las personas ante la ley. Todo esto implica que las categorías del delito se deben interpretar y aplicar desde la óptica de los principios de la infancia y la adolescencia que se han venido desarrollando en la concepción multidimensional del SRPA.

1. La culpabilidad como principio

La frase “No hay sanción penal o pedagógica sin culpabilidad”, como enunciado categórico y como principio del sistema, es el máximo reconocimiento al ser humano como persona, como un fin en sí mismo, de manera que al ser humano, a las personas no se les puede

²⁰ Es del caso aclarar que no se trata de desconocer el análisis ordenado, lógico o escalonado de la conducta punible, esto es y en su orden, la conducta, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, cada una con sus propias categorías o elementos. En cambio, se trata de que, debido al análisis inicial que se hace de la culpabilidad como principio y como categoría dogmática, se ha decidido abordar la antijuridicidad material como principio y parte del injusto personal que debe analizar y explicar el juez en la sentencia al adolescente infractor dado el carácter pedagógico del sistema y educativo de la sanción. *Cfr.* Escalante Barreto, Estanislao, "La antijuridicidad en el derecho penal colombiano", en *Problemas actuales de derecho penal general. Libro homenaje a Luis Carlos Pérez*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia - Ibáñez, pp. 267-296.

instrumentalizar con fines de control social o con fines de prevención general. Además, por esta razón y de acuerdo con las normas rectoras descritas en el Código Penal colombiano, solo se puede imponer sanciones pedagógicas (penas en la ley penal de adultos) por conductas realizadas con culpabilidad y con ello se proscribieron todo tipo de responsabilidad objetiva (Art. 12, Constitución Política de 1991)²¹.

Lo anterior implica que, en el análisis de las conductas realizadas por los adolescentes, el sujeto que las valora y juzga debe advertir que no le está permitido condenar al adolescente a título de responsabilidad objetiva en sus diversas manifestaciones. En este caso, se debe entender por *responsabilidad objetiva* aquella que deriva de cuando el adolescente ocasiona –en términos estrictamente causales²²– un resultado típico cuya producción escapa a su control o no le era previsible²³. Pensemos, a manera de ejemplo, en el error de tipo o de prohibición, en la ausencia de antijuridicidad material, la presencia de causas de ausencia de responsabilidad, entre otras, que implicarían la exclusión de la responsabilidad penal.

Dicho de otra manera, en las sociedades más antiguas de la humanidad, el castigo se basaba en la sola producción del resultado dañoso o responsabilidad sin culpa, lo cual evolucionó y se entiende superado en las diversas concepciones del derecho penal moderno con la idea de responsabilidad subjetiva o con culpabilidad. Ahora bien, visto el problema desde la responsabilidad penal subjetiva o con culpabilidad, la responsabilidad de las personas es individual, de acto; esto es, por el hecho cometido y por su realización con conocimiento y voluntad, o con la posibilidad de previsibilidad del resultado.

Pero ¿por qué es importante el principio de culpabilidad en la justicia penal juvenil?, acaso ¿no es obvio, de Perogrullo, y totalmente aceptado en el derecho penal democrático dicho postulado? Pues bien, como se observará en el siguiente apartado, no siempre el principio de culpabilidad ha estado presente en el juzgamiento de los menores de edad, y en algunos casos lo olvidamos en la actualidad²⁴.

²¹ Salazar Marín, Mario, *Acción e imputación...* p. 81.

²² Araque Moreno, Diego, *Derecho penal. Introducción y fundamentos de imputación de responsabilidad penal*, segunda edición, Ibáñez, 2018, p. 172.

²³ *Ibidem*, pág. 173.

²⁴ Como en el caso del adolescente de 15 años que vivía en condición de habitante de calle y fue privado de la libertad al apoderarse todos los días de su desayuno, de un pan, o un tamal, en ocasiones con agresividad o arrebatamiento, de las panaderías de una pequeña ciudad para satisfacer su hambre, caso en el cual fue condenado por hurto calificado y agravado en concurso sucesivo y homogéneo. Como consecuencia de la declaratoria de responsabilidad, fue privado de la libertad y en el centro de reclusión, fue confinado en celdas de aislamiento, “de castigo” o de “reflexión”, durante la mayor parte del tiempo bajo el supuesto de su peligrosidad y enfermedad en la piel que le producía un mal olor en el cuerpo y en especial en los pies, lo que hacía difícil su convivencia con los demás jóvenes. A pesar de estas condiciones anormales de privación de la libertad, la falta de atención médica y su situación de vulnerabilidad, tanto las autoridades como los docentes e instructores del centro de atención especializada manifestaban que estaba mejor allí porque al menos no le hacía falta de comer y dónde dormir. Sobre la situación de estos jóvenes y en especial, de las condiciones de privación de la libertad en el SRPA en diferentes centros de internamiento, Cfr. Defensoría del Pueblo, *Violaciones a los derechos humanos de adolescentes privados de la libertad...* op., cit., pp. 60-81.

En la teoría y en la práctica de la infancia y la adolescencia ha sido muy común encontrar, en la doctrina y en la jurisprudencia, las diversas construcciones sociales sobre el adolescente, en especial, las construcciones definidas como *situación irregular* y la *protección integral* como marco teórico o de referencia para la comprensión de la tutela de los menores de edad como sujetos de especial protección constitucional en diversos momentos históricos. En algunos casos, se ha privado de la libertad a los adolescentes por encontrarse en situación irregular sin haberse demostrado su responsabilidad penal en un caso concreto.

Veamos la relación del principio de culpabilidad con estas doctrinas dominantes en la teoría y la práctica del derecho de la infancia y la adolescencia en América Latina.

2. La culpabilidad como principio en la justicia penal juvenil

Si se comprende que la medida o sanción pedagógica sólo es imponible al adolescente como consecuencia de la realización de un injusto culpable, cobra vigencia la pregunta sobre la legitimidad y justificación del SRPA: ¿Por qué los menores de edad y mayores de 14 años son sujetos responsables penalmente y por qué merecen una sanción?

Para resolver esta pregunta consideramos oportuno la valoración de la relación entre la responsabilidad subjetiva y el modelo de justicia que se deriva de la convención de los derechos del niño y el modelo de protección integral. Para ello, debemos observar el problema en contexto de lo que ha pasado también en el sistema de adultos.

En las investigaciones sobre la práctica de la justicia penal (en general) en EE. UU. se han planteado diversos enfoques de análisis de las decisiones judiciales. Entre ellas, se han encontrado tres enfoques de análisis dominantes: el desarrollo del bienestarismo penal (*welfarismo* penal), del retribucionismo penal y finalmente del populismo penal, todos ellos han tenido también su respectivo desarrollo en América Latina y por supuesto en responsabilidad penal de la infancia y la adolescencia²⁵.

Para Gargarella, en los años sesenta y setenta del siglo XX el sistema penal parece tener los mismos pilares y principios que orientaron el Estado de bienestar: “El modelo dominante de organización social estaba basado en los principios socio-democráticos de inclusión, redistribución y gasto público, lo cual implicaba un estado activo e intervencionista”²⁶. En este aspecto, dice el autor, el Estado asumió la responsabilidad de resolver los problemas más graves de las personas sin recursos con capacidad de integración social de los más pobres, y se le dio la tarea al sistema penal de controlar también a esta población, pero en concreto a

²⁵ Gargarella, Roberto. *De la injusticia penal a la justicia social*, Bogotá, Ibáñez - Uniandes, 2008, pp. 80 y ss.

²⁶ *Ibidem*, p. 81.

los “pobres” desadaptados. En este modelo el fin consistía en aportarle un tratamiento correctivo rehabilitador, posición utilitaria que llevó a los jueces a considerar “la necesidad de los agresores de recibir tratamiento, más que la naturaleza de sus crímenes”²⁷, de manera que la tutela y el bienestarismo también fueron formas de control social.

En la práctica, se demuestra cómo en los Estados Unidos los jueces que tenían en mente este modelo actuaban con un amplio margen de discrecionalidad y terminaron considerando la necesidad de tratamiento más severo a los más desfavorecidos, lo que llevó a que impusieran sanciones más graves a los más pobres y sanciones más benevolentes a los más favorecidos²⁸.

Se resalta que en este modelo se podía llegar a juzgar e imponer una sanción a la persona más por sus condiciones particulares que por la conducta realizada; en el fondo se trataba de darle las condiciones y brindarle bienestar a través del sistema penal.

En el segundo de los planteamientos anunciados y como paso seguido o la continuidad del bienestarismo se originó una especie de movimiento retribucionista. El retribucionismo fue de alguna manera la reacción social y académica a la discrecionalidad judicial descrita antes, de manera que las reformas quisieron regresar a las bases del derecho penal liberal. Entre otros postulados, la idea era que quien cometiera el mismo crimen, recibiera el mismo castigo, el merecimiento justo. Este renacer del planteamiento retributivo vino de la mano del principio de proporcionalidad, de estándares para tomar decisiones que no tuvieran en cuenta el contexto o el origen social o racial, pues en la discrecionalidad que reinó en el bienestarismo se favorecía la criminalidad de las clases más acomodadas²⁹.

No obstante, si bien es cierto esta era la finalidad de las reformas, en la práctica la aplicación de las mismas terminó por acentuar la discriminación, entre otras cosas por la prohibición a los jueces de reducir la sanción con base en estudio, trabajo o la situación familiar. De manera similar sucedió con la aplicación de la estricta proporcionalidad que terminó por favorecer una práctica contraria, toda vez que se les prohibió a los jueces tener en cuenta circunstancias sociales, económicas del agresor como factores atenuantes en las sentencias³⁰. La exigencia de proporcionalidad con criterios de igualdad, terminó por favorecer un modelo de decisión judicial de retribución penal, esto es, la proporcionalidad vista como equilibrio entre el daño y el castigo, un daño por otro daño.

El tercer planteamiento hace referencia al ya conocido concepto de populismo penal, según el cual se reclama del Estado una postura más fuerte contra el crimen; este se caracteriza por imponer medidas politizadas, populistas y dar un espacio privilegiado a las víctimas en el proceso de criminalización primaria. Este es el caso en el que las propuestas contra el delito

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ *Ibidem*, p. 82

²⁹ *Ibidem*, p. 84.

³⁰ *Idem*.

y la seguridad se basan más en lo que piensa la gente, la opinión pública, los medios de comunicación, los burócratas y las víctimas, en detrimento y en ocasiones con omisión total del pensamiento de expertos, de las élites profesionales³¹ o de políticas públicas orientadas a la evitación y tratamiento social y económico de los problemas sociales³².

De acuerdo con Gargarella, este enfoque supuso un impacto considerable sobre los sectores menos favorecidos ya que se ha generado un crecimiento exponencial de personas de escasos recursos económicos privadas de la libertad, que sufren penas privativas de la libertad más largas y hay más límites a las posibilidades de reducir condenas judiciales o recibir beneficios por buen comportamiento.

Ahora bien, si observamos con detenimiento lo anterior frente a lo que ha pasado en la historia de la infancia y la adolescencia, en el ámbito de control social y justicia penal, la historia de la infancia y la adolescencia no está lejana de estos tres enfoques al haber sufrido, en términos similares, los mismos problemas que se han evidenciado en las investigaciones que muestra Gargarella. Guardadas las proporciones, es posible describir cómo la justicia penal juvenil ha pasado de un modelo tutelar y benefactor del menor como objeto del derecho (doctrina de la situación irregular)³³, a un modelo de garantías del adolescente como sujeto de derechos (modelo garantista de protección integral) con fuerte enfoque hacía la proporcionalidad del daño y el retribucionismo y en la práctica, a un modelo de populismo penal en detrimento de su condición de personas con especial protección constitucional. Todo lo anterior ha desdibujado, en la práctica, la legitimidad del SRPA, que ha pasado de ser un modelo de garantías a replicar o derivar en un sistema selectivo de control social propio de la política punitiva que caracteriza los sistemas penales actuales.

En efecto, la literatura sobre la infancia y la adolescencia da cuenta de la forma en la que se ha ido construyendo y desarrollando el tratamiento de los menores de edad en conflicto con la ley³⁴. Recordemos cómo en el modelo tutelar, propio de la doctrina de la *situación irregular*, el poder punitivo se usaba sin límite material, de manera que con el pretexto de protección, de tutela, de cuidado o de bienestar, el adolescente en situación irregular era

³¹ *Ibidem*, p. 86.

³² Un desarrollo amplio sobre las diversas formas de populismo punitivo se puede ver en Escalante Barreto, Estanislao, *Política criminal mediática, populismo penal, criminología crítica de los medios y de la justicia penal*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia-Ibáñez, 2018. En el mismo libro, se encuentra una unidad de cuatro capítulos dedicados a reconstruir las principales investigaciones relacionadas con la construcción mediática del adolescente como delincuente o “peligro” para la sociedad y de la forma como se sustenta ideológicamente (falsa conciencia) la necesidad de una política penal fuerte contra los menores de edad, de corte populista y punitiva.

³³ En nuestro ordenamiento, el antiguo Código del Menor mantenía esta doctrina en el artículo 30 (Decreto 2737 de 1989), de la siguiente manera: un menor se encuentra en “situación irregular” cuando carece de atención, cuando ha sido autor o copartícipe de una infracción penal, cuando se encuentre en situación de abandono o de peligro, cuando presente deficiencia física, sensorial o mental, cuando sea trabajador en condiciones no autorizadas por la ley, o en general, cuando se encuentre en una situación especial que atente contra sus derechos o su dignidad.

³⁴ En especial, el texto más documentado y con mayor desarrollo analítico sobre los paradigmas del tratamiento de la infancia y la adolescencia es el de García Méndez, Emilio, *Infancia*, Buenos Aires, Ediciones Didot, 2017.

objeto del derecho o de la política. Las alternativas, entonces, eran la institucionalización, bien para sacarlo de su situación precaria o para ponerlo en situación de adoptabilidad (adopción). En consecuencia, era encerrado, privado de la libertad para protegerlo, para evitarle el peligro o para alejarlo de la situación de vulnerabilidad en la que estaba y proveerle lo mínimo mientras era adoptado o adquiría la mayoría de edad.

Esa medida de protección institucional era en realidad una privación de la libertad, verdadera pena, en ocasiones como medida de protección sin que cometiera delito alguno³⁵. En otras palabras, al sistema tutelar le importaba más la situación irregular o la persona por su peligrosidad derivada de esa situación que por el acto cometido, de manera que la medida era para otorgarle bienestar, esto es, medidas restrictivas de la libertad tomadas en el ámbito administrativo sin la comisión de conductas que ameritaran una sanción o restricción de la libertad³⁶.

La diferenciación entre *menor* y *niño*, entre *objeto* del derecho y *sujeto* del derecho, entre *situación irregular* y *protección integral*, no es retórica o simple marco de referencia académico o conceptual. En la práctica estos conceptos han tenido importantes repercusiones en el tratamiento de los adolescentes y se espera que su reconocimiento y aplicación sea cada vez mayor. Con la implementación de la Convención sobre los Derechos del Niño, en conjunto con el alcance constitucional de la Ley 1098 y sus características teleológicas, se plantea por la doctrina, las autoridades y en el general en el estado del arte, una superación del tratamiento del menor como “objeto de protección”, “objeto del derecho” o en “situación irregular”³⁷ para pasar a un modelo o paradigma del adolescente como sujeto de derechos en el campo de una doctrina de protección integral que se ha fundamentado en las garantías constitucionales de los niños, las niñas y los adolescentes.

En la actualidad al reconocer al niño, la niña y a los adolescentes como sujetos de derechos, de derechos prevalentes y titulares de un interés superior, también se les reconoce como sujetos de obligaciones y responsabilidades. Así, se les identifica como sujetos con capacidad de decidir, opinar, crear y ser partícipes en la construcción de la realidad y su entorno, pero también son sujetos que pueden actuar en el mundo de la vida como sujetos reflexivos. Por

³⁵ Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro & Slokar, Alejandro, *Manual de derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Ediar - Temis, 2005.

³⁶ Recordemos cómo el concepto de *niño* ha sido un concepto construido históricamente. En el siglo XIX y hasta mediados del siglo XX la idea de *niño* se relacionó con la noción de *menor*, estableciendo una dicotomía entre estas dos nociones: por niños y niñas se entendió todo aquel que contaba con las condiciones básicas de desarrollo (familia, escuela y salud), y por menor aquel que no gozaba de ellas y por ende se encontraba en una “situación irregular” y era potencialmente un delincuente. En ese sentido, el menor se convertía en “objeto” de cuidado, objeto de protección de las políticas legislativas. Ver más en García Méndez, Emilio, “Infancia, ley y democracia...”

³⁷ Por todos, sobre la responsabilidad penal de los adolescentes en América y en Colombia *cfr.* Escalante Barreto, Estanislao. *Alcance del Código de la Infancia y la Adolescencia*, Bogotá, Funderechos, 2008; y Escalante Barreto, Estanislao, “Constitucionalismo y responsabilidad penal del adolescente: negación desde el populismo punitivo como soporte y la ideología de la defensa social como resultado”, en *La Constitución del 91... entre avances y retrocesos*, tomo I, Ibáñez - Universidad del Sinú, 2017, pp. 513-556.

tanto, se le hace responsable de sus actos, aunque de manera diferenciada al adulto, lo que implica un criterio de equidad. De este planteamiento se deriva entonces el fundamento de la culpabilidad, con la capacidad de decisión, conocimiento y voluntad, así como de exigibilidad de todo menor de edad. Todo esto implica que, así como se le reconoce en el sistema su condición especial y su calidad de sujeto de derechos, también se le impone un deber de actuar conforme a las normas.

En este contexto y como medida para superar las antiguas medidas tutelares y medidas de “protección”, se planteó la necesidad de introducir las garantías penales como parte del esquema de garantías del niño como sujeto de derechos. En consecuencia, ningún menor de edad puede ser institucionalizado o privado de la libertad so pretexto de protección o medida tutelar y una medida restrictiva de derechos en el proceso; solo es posible en la hipótesis de haber cometido una conducta punible que sea merecedora de una sanción restrictiva de derechos a título subjetivo.

Esto es, si el menor de edad realiza una conducta relevante en el ámbito penal por ser lesiva de un bien jurídico tutelado y está tipificada como delito, debe responder por ella como sujeto de derechos, de manera que deja de ser inimputable y su imputabilidad es especial y diferenciada por su condición de menor de edad. Entonces, cualquier limitación de derechos o sanción, solo se puede imponer después de haberle garantizado el debido proceso, un juicio justo y haber agotado todas las garantías que ofrece el sistema penal a quien es investigado por la comisión de una conducta relevante penalmente.

Lo anterior también implica que en los casos de la población vulnerable o los jóvenes en situación de pobreza o como habitantes de calle, no pueden ser judicializados o limitados sus derechos por ese solo hecho o condición. Por ende, en el paradigma de la protección integral, su sanción debe ser consecuencia de un juicio penal de responsabilidad; su protección debe darse a través de políticas públicas no restrictivas de derechos –como sí pasaba históricamente en los casos referidos, en su tratamiento como objetos del derecho o en situación irregular–.

En otras palabras, con la doctrina de la protección integral derivada de la adopción de la Convención y de la Ley 1098 de 2006, y de la comprensión del niño como sujeto de derechos, se pasa a un sistema de responsabilidad, en el que el adolescente es sujeto de derechos y por ende sujeto responsable.

Al integrar a los adolescentes al sistema de responsabilidad penal y evitar que continúe en el sistema tutelar indicado, se buscó que al adolescente se le tuvieran en cuenta todas las garantías propias del derecho penal constitucionalizado, como límite al poder. Con este fin, se intentó que el adolescente, previo a cualquier forma de restricción de derechos o encierro, se sometiera a un sistema penal como dique de contención³⁸, como barrera infranqueable del

³⁸ Zaffaroni, Alagia. *et al. Manual de derecho penal...*

poder. En este proceso, solo después de ser vencido en un juicio con todas las garantías y que como consecuencia de ello, solo si es declarado responsable, sería posible aplicarle una medida especial y diferenciada, desde el punto de vista de su finalidad, se trataría de una sanción restaurativa, educativa y pedagógica.

No obstante lo anterior, y a pesar de la adhesión específica a la Convención de los Derechos de los Niños y las Niñas, nuestro sistema de responsabilidad penal en la práctica sigue teniendo rasgos del modelo tutelar. Por ello sigue cumpliendo funciones latentes, en la medida que la sanción pedagógica es una verdadera sanción punitiva como se deriva de los estudios sobre la operación del sistema penal actual³⁹.

Sumado a lo anterior, ese modelo ha hecho tránsito a un modelo de pura retribución y castigo por el daño cometido y últimamente, ha sido objeto de una orientación punitivista que desde la política y los procesos mediáticos de reacción social busca cambiar las sanciones de contenido pedagógico por *verdaderas* penas. Se busca entonces aumentar el castigo y disminuir la mayoría de edad penal, tratando estos casos como *verdaderos* procesos de normativización del derecho penal y llevando a una expansión cuantitativa del derecho penal propia de las políticas penales de la actualidad, que tiene en permanente crisis el sistema penitenciario y carcelario de adultos.

Como se observa, un modelo constitucional de la justicia penal juvenil debe superar aquellas concepciones de responsabilidad objetiva, las concepciones tutelares. Debe contener el retribucionismo puro y evitar el populismo punitivo como medida de contención de los problemas sociales de la juventud y el sistema penal.

Los planteamientos desarrollados hasta el momento también han sido aplicados por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia colombiana en su jurisprudencia. En un primer momento, el menor de edad que cometiera una conducta punible era considerado como inimputable. En la primera década del presente siglo se llegó a esta conclusión en una jurisprudencia enmarcada teóricamente en la doctrina de la situación irregular,⁴⁰ de manera que el adolescente era etiquetado como incapaz por inmadurez psicológica y por ende su categorización era como un inimputable por inmadurez⁴¹.

³⁹ Escalante Barreto, Estanislao. “Constitucionalismo y responsabilidad penal del adolescente...”, *op., cit.* p. 30.

⁴⁰ Al respecto, la misma Sala de Casación cita las siguientes sentencias: SP, n.º rad. 14298, 24 de septiembre de 2002; SP, n.º rad. 19010, 12 de noviembre de 2003.; SP, n.º rad. 25056, 11 de julio de 2007.; y SP, n.º rad. 20052, 18 de junio de 2008.

⁴¹ Para autores como Jesús Antonio Muñoz Gómez, comprender al adolescente como inimputable implica no reconocer en su totalidad su dimensión humana y como sujeto, sino que se les otorga trato de “disminuido”, de incapacidad. Según esta concepción, el menor es incapaz de comprender y como tal, lo pone en situación de minusvalía, todo lo cual debe superarse en el marco de un estado social. *Cfr.* Muñoz Gómez, Jesús Antonio, “Adolescentes e inimputabilidad”, en Velásquez, Fernando; Posada, Ricardo; Cadavid, Alfonso; Molina Ricardo & Sotomayor, Juan Oberto (coords.), *Derecho penal y crítica al poder punitivo del Estado. Homenaje a Nodier Agudelo Betancur*, tomo 1, Ibáñez - Universidad de los Andes, 2013, pp. 723 y ss.

Para el año 2011, la Sala Penal cambió de postura y con base en el marco normativo constitucional y convencional, se le reconoció a los adolescentes entre los 14 y los 18 años de edad una condición de *imputabilidad diferenciada* como categoría de responsabilidad penal más acorde con la convención y con la Constitución Política de 1991⁴².

Los fundamentos que se tuvo en cuenta en aquella oportunidad, obedecieron a que el hecho de ser menor de edad, por lo menos a partir de los catorce años, no implica una deficiencia total en el individuo para comprender la ilicitud de su comportamiento o para adecuarlo conforme a esa comprensión. De tal manera, en la jurisprudencia empezó a delinarse la exigibilidad de una conducta conforme al derecho.

Como se observa, la Corte estableció como criterio de imputabilidad la comprensión de la ilicitud del comportamiento y la adecuación del comportamiento del adolescente conforme a esa comprensión. Así, los menores de edad y mayores de 14 años, dejaron de ser inimputables en materia penal en razón de la pretérita, supuesta o presunta inmadurez psicológica.

En el análisis y la aplicación concreta de las teorías explicadas previamente, la Corte sostuvo:

3.1. En un principio, la capacidad para responder por las infracciones a la ley penal en las que los menores eran autores o partícipes se asumía desde una perspectiva paternalista, pues el Estado los ubicaba en la categoría de inimputables inmersos en una situación irregular y, debido a ello, buscaba brindarles un tratamiento especial con fines de protección.

(...)

En el Decreto 2737 de 1989, anterior Código del Menor, se preservó la filosofía de la doctrina tutelar, como se deriva de lo dispuesto en el artículo 30, en el que el legislador previó nueve circunstancias totalmente incompatibles por las cuales se consideraba al joven en situación irregular; entre ellas, la de haber realizado una conducta punible o la de contribuir a su ejecución.⁴³

Así mismo, dicha normatividad contemplaba en su artículo 165 que, para tales efectos, los menores de edad debían ser tenidos como inimputables:

Inimputabilidad del menor de dieciocho años. Para todos los efectos, se considera penalmente inimputable el menor de dieciocho (18) años.⁴⁴

⁴² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, n.º rad. 35681, 29 de julio de 2011.

⁴³ *Idem*.

⁴⁴ *Idem*.

Luego de esta valoración de la situación irregular, la Sala de Casación Penal indicó lo siguiente:

Actualmente, la opinión dominante en el derecho contemporáneo considera que, a partir de cierta edad (que en nuestro país es a los catorce años), los menores no sólo son titulares de derechos con capacidad para ejercerlos por sí mismos, sino que a la vez deben responder ante el incumplimiento de sus deberes y obligaciones, por lo que podrían estar sometidos al poder punitivo del Estado en los eventos en que cometan violaciones a la ley penal, pero siempre bajo el criterio de **imputabilidad diferenciada**, es decir, de aquella en la que se tiene en cuenta tanto sus condiciones personales como el grado de evolución de sus facultades, en aras de imponerles una medida, no asimilable al tradicional concepto de pena, que pretenderá reintegrarlos a la sociedad.

(...).

3.4. Con la entrada en rigor (gradual y sucesiva) de la Ley 1098 de 2006 (o Código de la Infancia y Adolescencia) se asimilaron los conceptos que acerca de la responsabilidad penal de los menores y de su imputabilidad diferenciada habían desarrollado los tratados e instrumentos internacionales. (...).

De esta forma, el modelo adoptado por el sistema penal para adolescentes de Colombia es uno de los que en la doctrina se han denominado de responsabilidad, es decir, que corresponde a un procedimiento independiente, especializado y autónomo, revestido con la garantías básicas del debido proceso, a la vez que reforzado con otras de índole especial, en el que el adolescente es susceptible de ser declarado responsable por la realización de una conducta punible de graves connotaciones, pero con la particularidad de que la consecuencia jurídica adoptada por el funcionario no puede ser catalogada como pena en un sentido tradicional del término, sino como una medida que tan sólo pretende ser educativa y busca su reintegro a la sociedad.⁴⁵

En una reciente decisión de revisión, la Sala de Casación reiteró dicha jurisprudencia y entró a revisar la decisión del Tribunal, insistiendo en que la edad inferior a los 18 años y mayor de 14 años de quien realiza un delito no constituye un supuesto o causal de inimputabilidad.⁴⁶ En todo caso, es necesario observar que dicha consideración no excluye que el funcionario judicial deba valorar la imputabilidad del menor de edad en cada caso concreto y que pueda llegar a ser inimputable por razones diversas a la simple minoría de edad.

En resumen, para la Sala de Casación Penal, los menores de edad son responsables penalmente y podrían llegar a ser inimputables por razones diversas a la minoría de edad; por ejemplo, el adolescente de una comunidad indígena que realiza una conducta punible, pero que no comprende la situación por su cosmovisión cultural diversa, o el caso de la adolescente que tenía diagnóstico médico de enfermedad mental y que en circunstancias de alteración psíquica dio muerte a su cría. En estos dos casos, el adolescente puede ser declarado inimputable pero no por su edad.

3. La culpabilidad como categoría del delito

⁴⁵ *Idem.*

⁴⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, n.º rad. 50611, 22 de mayo de 2019.

Para poder completar el delito como unidad dialéctica, se requiere del injusto material y de la culpabilidad. Como se ha venido sosteniendo, la concepción del injusto material implica la realización de la conducta típica que lesiona o pone en peligro efectivo un bien jurídico tutelado, de manera que en un Estado social de derecho la imposición de la sanción al adolescente es legítima solo si la conducta a título objetivo y subjetivo implica un daño o peligro relevante a un bien jurídico establecido como digno de protección penal por el legislador, y se hace con culpabilidad⁴⁷.

En un Estado social y democrático la sanción pedagógica sin daño es sanción punitiva sin legitimidad política, social y económica. Desde el mismo nacimiento de la filosofía del derecho penal “el daño hecho a la sociedad es la verdadera medida de los delitos”, de manera que, desde antaño, el castigo no puede ser desproporcionado y encuentra su contención en el derecho penal considerado como un límite al poder. Todo esto implica que el solo desconocimiento de la norma, la trasgresión del rol social o la tipicidad objetiva sin daño, sin lesión o sin puesta en peligro efectiva del bien jurídico tutelado por la ley penal, no pueden ser sancionados en el SRPA so pretexto de evitar que el adolescente cometa delitos más graves en el futuro.

Sin embargo, no hay que confundir la exigencia de daño como medida de la sanción, con la retribución o simple venganza institucional por el hecho cometido, discurso éste tan de moda en la aplicación práctica de las sanciones en los juicios penales actuales, y en los medios de comunicación cuando se refieren a la comisión de una conducta que produce reacción social negativa⁴⁸.

Lo anterior por cuanto la sanción pedagógica no deja de ser un verdadero mal que limita las libertades y condiciona el futuro de una población especial que vive una etapa específica de su desarrollo personal, físico, psicológico, social y cultural. Es necesario, entonces, reconocer y valorar su realidad y condición especial en cada caso concreto, y por lo tanto su uso limitado para el Estado. De manera que, con base en la Convención de los Derechos del Niño, las reglas de Beijing y las limitaciones impuestas al poder punitivo del Estado, se hace efectivo el principio de mínima intervención y del derecho penal como instrumento de ultima ratio.

Como se ha venido insistiendo en este trabajo, de lo anterior se deriva la necesidad de que toda conducta del adolescente sea típica y antijurídica, esto es, que sea un injusto material.

⁴⁷ Por eso llama la atención que las estadísticas de adolescentes privados de la libertad, lo estén por consumo de estupefacientes a título de porte, cuando en realidad la conducta no alcanza a configurarse como un injusto material.

⁴⁸ Frente a la realidad de los adolescentes en la actualidad, investigaciones recientes permiten observar una reacción común de esta naturaleza frente a las conductas socialmente negativas de los más jóvenes. *Cfr.* Escalante Barreto, Estanislao, “Justicia penal juvenil: negación...”. En la misma obra colectiva, *cfr.* Martínez, Alejandro, “Infancia y mediatización: entre la prescindibilidad, el peligrosismo y el uso mercantil de las infancias y adolescencias”, en *Política criminal mediática, populismo penal, criminología crítica de los medios y de la justicia penal*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia - Ibáñez, 2018, pp. 469-494.

Una vez se configura el injusto material, se habilita el juicio de culpabilidad que, en materia de adolescentes por su carácter especial, diferenciado y de protección especial, deber cumplir con unas características también especiales y diferenciadas. Esto significa que el juicio de culpabilidad no puede ser solo juicio de reproche como exigibilidad de un comportamiento ajustado al derecho, de conciencia de la antijuridicidad, y de la capacidad de comprensión del injusto y de determinarse de acuerdo con esa comprensión.

La culpabilidad también implica valorar esa exigibilidad de comportarse conforme al derecho bajo las condiciones en las que está el adolescente en particular y las condiciones de realización del injusto, de forma que aquellas circunstancias externas que le llevaron a cometer el hecho o que influyeron en el mismo, sean valoradas en virtud del principio de corresponsabilidad. Así las cosas, exigibilidad y corresponsabilidad son los contrarios en permanente contradicción al establecer la culpabilidad como unidad dialéctica en el SRPA. El Estado puede hacer un juicio negativo de exigibilidad al adolescente si cumplió con su deber positivo de proveer las condiciones materiales y sociales para hacerle exigible el cumplimiento de la norma.

La corresponsabilidad como principio del SRPA y como criterio diferenciador y especial de la valoración de la culpabilidad como categoría del delito, implica que si el Estado, la sociedad y la familia no le aportaron las condiciones mínimas al adolescente para desempeñarse adecuadamente conforme a la norma, no le pueden exigir posteriormente al adolescente un comportamiento ajustado a derecho y a las expectativas normativas, pues no se ha cumplido con el deber de corresponsabilidad derivado del Código de Infancia y Adolescencia y de la Convención de los Derechos de los Niños.

Si quienes son garantes de las condiciones mínimas de existencia del adolescente no han cumplido con su mandato constitucional, no estarían legitimados para demandar un comportamiento diverso, no podrían normativamente exigir un comportamiento conforme a la expectativa social. En este sentido, el juicio de valoración de la culpabilidad debe tener en cuenta estas condiciones y restarlas del juicio de exigibilidad personal al adolescente.

Recapitulando, el contenido de la culpabilidad como categoría del delito en el SRPA debe atender a criterios de corresponsabilidad. No olvidemos que este es un principio del sistema, de legitimidad del poder punitivo para sancionar y del interés superior del joven en conflicto con la ley; de lo contrario, la medida, aunque se diga pedagógica, es ilegítima en el marco del bloque de constitucionalidad y en el Estado constitucional.

A partir de esta comprensión, en la dogmática penal de la infancia y la adolescencia se materializa la función social de la sanción con un contenido pedagógico concreto, cuya finalidad es proteger y restablecer los derechos de los adolescentes en desarrollo de los

principios y valores constitucionalmente reconocidos⁴⁹. En este sentido, la doctrina especializada en la materia plantea una lectura del sistema que supere la tradicional visión que imperaba en el antiguo Código del Menor y que diferencie no solo el sistema de juzgamiento, sino también la función de la pena y la sanción en sí misma considerada; en el SRPA adquiere mayor valor la función de la sanción pedagógica y su finalidad educativa.

Una sanción sin un fin determinado es una sanción ilegítima. En el sistema penal de adolescentes la legitimidad de la misma está dada por su función educativa y pedagógica relacionada con el interés superior del adolescente y por la capacidad o no del Estado de proveer las condiciones mínimas como criterio de legitimación para la exigencia de comportamiento conforme a la norma al adolescente.

4. Culpabilidad, teoría del sujeto responsable y sanción pedagógica

Como se observó en los apartados anteriores, al adolescente no se le puede imponer una sanción de carácter pedagógico o limitación de derechos por criterios o concepciones de “peligrosidad”, por la necesidad meramente educativa u orientadora y tampoco para tutelar o proteger derechos de los que carece, como sucedía en la concepción bienestarista o meramente tutelar. En este sentido, para imponer una sanción, es requisito que la conducta del adolescente sea típica (objetiva y subjetivamente), materialmente antijurídica (principio de antijuridicidad material), que no esté amparada en una causal de ausencia de responsabilidad, que se haya actuado con culpabilidad y que su conducta sea merecedora de una sanción pedagógica.

Lo anterior supone reconocer la necesidad de la construcción de un concepto de responsabilidad penal del adolescente acorde con la concepción de la doctrina convencional de protección integral constitucionalmente orientada⁵⁰. De acuerdo esto, la culpabilidad del adolescente se deriva y tiene su cimiento justificante o discurso legitimante en la concepción de derechos derivada de la Convención de los Derechos del Niño.

De otra parte y como consecuencia de ello, la culpabilidad se predica del adolescente en

⁴⁹ Para Acuña Vizcaya y Gómez Serna la sanción pedagógica se debe entender como una unidad diversa de sentido, cuyo contenido material se realiza en cada caso concreto. Agrega el autor, que dicha materialización se realiza con la verificación del restablecimiento y promoción de los derechos, cuya finalidad es que el adolescente adecúe su conducta a las expectativas sociales contenidas en la Constitución Política, tales como la paz, el respeto a la diversidad, o el respeto a los derechos fundamentales. A todas luces, tal sanción es diversa de la pena del sistema penal de adultos, no solo en su ejecución, sino además en su función, pues la sanción del menor de edad es pedagógica y su función es de restablecimiento, realización y garantía de derechos. Véase Acuña Vizcaya, José Francisco & Gómez Serna, Jenny Carolina, Sistema de responsabilidad penal para adolescentes, módulo 3, Bogotá, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – Organización Internacional para las Migraciones, 2008, p. 19

⁵⁰ En este sentido se puede leer Muñoz Gómez, Jesús Antonio, *op., cit.*, pp. 723 y ss.

concreto, frente a su conducta, sus circunstancias, de manera que el análisis del sujeto en concreto no se puede circunscribir a discutibles y antiguas concepciones de “peligrosidad”, “pandillaje”, “vagancia” o por situación de pobreza, abandono o por la tan nombrada “situación irregular”, pero tampoco a una concepción normativa radical o de mera verificación de su rol social. La concepción de culpabilidad específica y diferenciada del SRPA debe superar estas dos visiones⁵¹.

En efecto, aunque el Código de Infancia y Adolescencia no prescribe un concepto de responsabilidad penal del adolescente, tampoco plantea un concepto de imputabilidad y mucho menos define la categoría dogmática de culpabilidad. Siguiendo el planteamiento de Muñoz Gómez⁵², el sistema de justicia penal juvenil por su carácter especial y diferenciado debe procurar su propio sentido y construir sus propias categorías a partir del contenido material constitucional, de su sistema de reglas y principios y en especial, de las normas derivadas de la concepción de la protección integral, el interés superior del niño, la niña y los adolescentes y, por supuesto, la corresponsabilidad como norma rectora y principio del sistema.

De acuerdo con lo anterior, la imposición de una sanción implica la constatación de la realización del injusto por parte del adolescente, pero también una referencia a la persona concreta que explique por qué se le ha de imponer una sanción restrictiva de derechos. Para Hormazábal Malarée por ejemplo, “ello implica introducir en la teoría del delito un momento de reflexión y decisión sobre el autor y sus circunstancias”⁵³, de manera que el juez pueda decidir con cierta amplitud no solo el tipo de sanción, sino también su cualidad, su cantidad y necesidad.

Una concepción de culpabilidad como la descrita es desarrollada por Hormazábal Malarée, quien define, en su *Teoría del sujeto responsable*⁵⁴, que en sede de culpabilidad, como categoría diversa del injusto, se debe valorar si se le puede castigar a la persona real que vive en un medio social determinado, que interacciona con otras y cuyo desempeño está condicionado e influido recíprocamente por su contexto social, económico y cultural.

De acuerdo con el planteamiento que se ha venido haciendo, a esa persona en concreto se le han impuesto deberes y obligaciones, y el Estado por su parte, se ha comprometido constitucionalmente a garantizarle las condiciones para ejercerlos. Entre otros, es un deber del Estado garantizar la satisfacción de sus necesidades mínimas, económicas, sociales y además, correlativo a ello, el deber de realizar materialmente el principio de equidad, esto es, igual trato a los iguales, desigual trato a los desiguales. En ese sentido, la equidad y la igualdad, como principios,

⁵¹ Tal como lo explica Muñoz Gómez, *Ibidem*, p. 742.

⁵² *Idem*.

⁵³ Hormazábal Malarée, Hernán, “Una necesaria revisión del concepto de *culpabilidad*”, en *Revista de derecho (Valdivia)*, vol. 18, n. 2, 2005, pp. 167-185. Disponible en <https://bit.ly/2HxqrK4>

⁵⁴ *Idem*.

(...) [parten], en consecuencia, de la realidad de que las personas viven en sociedad y que dentro de ella no todas se encuentran en las mismas condiciones, que hay desigualdades entre ellas provocadas por el mismo modelo de sociedad. El Estado asume la tarea de intervenir en los procesos sociales no sólo con el fin de evitar que se profundicen las desigualdades, sino también para que desaparezcan. Se trata de un mandato derivado del reconocimiento de la dignidad de la persona, de su autonomía ética frente al Estado que de acuerdo con (...) la Constitución no puede ser objeto de ninguna discriminación. En suma, es el Estado el que está al servicio de la persona y de ningún modo ésta al servicio del Estado.

Luego, como puede apreciarse, la imagen del hombre y de la sociedad que refleja la Constitución es muy diferente de la que parten las teorías penales de la culpabilidad. El hombre real está lejos de gozar de esa libertad absoluta que solo con las limitaciones de la naturaleza podría tenerla únicamente un hombre aislado socialmente. La teoría normativa de la culpabilidad parte de esta irrealidad para enseguida señalar con un inexplicable salto en el vacío, pues ahora el hombre de no social pasa a ser social, que la norma tiene capacidad para motivar a todos los hombres por igual. En suma, la teoría normativa de la culpabilidad en esta versión parte de un hombre no social al que le atribuye una libertad absoluta de determinación, para en seguida considerarlo integrado dentro de una sociedad en que todos sus individuos tienen una racionalidad homogénea y, por tanto, todos susceptibles de ser motivados por el sistema normativo.

(...)

De esta manera, si proyectamos estos principios constitucionales al Derecho Penal, el momento hacer efectiva la justicia no puede ser sino otro que aquél en que se ha de enfrentar al individuo con su hecho, esto es, el del establecimiento de su responsabilidad que, como hemos explicado anteriormente, es independiente del hecho punible. En ese momento el juez ha de entrar a considerar todas las circunstancias del individuo especialmente las que dicen relación con sus oportunidades de acceso a los bienes naturales y sociales, de considerarlo no sólo en su posesión de bienes, sino también en su carencia de los mismos.⁵⁵

Al observar la realidad del SRPA, es un hecho que se trata de un sistema cuyos principales “usuarios” son menores de edad de escasos recursos, y el mismo sistema es un aparato reproductor de desigualdad, pues además de imponer cargas económicas a los más vulnerables, los prepara para una vida sin horizonte material adecuado o digno. No solo el sistema educativo al que accede la población es de mala calidad y no permite la superación de las condiciones materiales que llevan al adolescente al sistema, sino que el SRPA tampoco los prepara para el ingreso al sistema educativo, aunado a que no existe un programa de egresados del sistema que evite su reincorporación al contexto en el que cometió el delito.

Cuando el Estado no cumple con las garantías de equidad y condiciones sociales adecuadas, su sistema sancionatorio deja de ser legítimo al momento de exigir una conducta conforme al derecho. Entonces, si responsabilidad es igual a exigibilidad, esa exigibilidad tiene una doble contingencia: exigibilidad al Estado y exigibilidad de éste al individuo, si y solo si, le ha dado las condiciones para poderle exigir.

La responsabilidad así entendida obliga a considerar todas las circunstancias vitales del autor a efecto de no solo establecer su responsabilidad, sino también, si la hay, la medida de ésta que dependerá de su acervo de bienes culturales, sociales y económicos, en definitiva, de los bienes en cuya distribución tiene responsabilidad el Estado. *Luego, la responsabilidad entendida como exigibilidad no es sólo*

⁵⁵ *Idem*, s. p.

responsabilidad del autor por el injusto, sino que es una responsabilidad social. No es lo mismo la responsabilidad de una persona que cuenta con una gran cantidad de bienes sociales, que la de una persona que carece de ellos hasta el punto de no poder satisfacer sus necesidades mínimas. En este caso hay una persona que ha sido objeto de discriminación y la capacidad del Estado para exigir responsabilidad en este caso, en tanto que responsable en la distribución de bienes, será mayor y menor la de la persona. La responsabilidad así planteada, si se llega a establecer, será una corresponsabilidad de la persona y del Estado, en definitiva, como decíamos, una responsabilidad social. (Resaltado mío)⁵⁶

Consecuencia de lo anterior es que la necesidad y la medida de la sanción pedagógica, en relación con el principio convencional de la corresponsabilidad, se derivan de la capacidad de garantía de las condiciones mínimas de igualdad por parte de sus garantes. Este principio prescribe que el Estado, la sociedad y la familia son corresponsables por los menores de edad de acuerdo con el artículo 10 de la Ley 1098 de 2006, que entiende que la corresponsabilidad es la concurrencia de actores y acciones conducentes a garantizar el ejercicio de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes. La familia, la sociedad y el Estado son corresponsables en su atención, cuidado y protección.

Así las cosas, el Estado se legitima para imponer una sanción pedagógica cuando la culpabilidad como unidad es integrada por la exigibilidad para el Estado y como consecuencia, la exigibilidad que el Estado puede hacer cuando ha garantizado las condiciones para ello. Si no hay dichas condiciones correlativas al deber y obligación del adolescente, no hay legitimidad de sanción. En este sentido, solo podrá imponerse sanción teniendo en cuenta la mayor o menor corresponsabilidad del Estado y solo en tanto la sanción sea estrictamente necesaria y proporcional a la exigibilidad de cada caso concreto.

Sumado a esto, en el SRPA también debe tenerse en cuenta la consecuencia que se deriva de la imposición de la sanción. En ese sentido, la corresponsabilidad no va hasta la valoración de la culpabilidad como doble exigibilidad en cada caso concreto, sino que se debe valorar la consecuencia de tener un menor de edad privado de la libertad y de la posibilidad de que tal medida no sea necesaria o eficiente en términos de educación —es un hecho que en Colombia el mismo sistema lo lleva a iniciar su carrera criminal y de ello también es corresponsable la familia, el Estado y la sociedad—.

De todo lo expuesto se deriva que el juzgador deberá valorar si al adolescente le era exigible, en las circunstancias concretas, obrar conforme al derecho y si según el mandato normativo le era exigible un comportamiento distinto. A partir de lo anterior, quien juzga la conducta del adolescente, debe preguntarse: ¿Podía el adolescente de manera real y efectiva actuar conforme al mandato normativo? ¿El adolescente contaba con las condiciones mínimas necesarias que le llevaran a motivarse conforme al mandato normativo? ¿Podía el adolescente, de manera real y efectiva, elegir entre realizar una conducta ajustada a la norma

⁵⁶ *Idem.*, s. p.

u otra distinta?, ¿sabía o le era exigible que supiera el mandato normativo?

La misma Sala de Casación Penal de la Corte ha planteado como argumento para modificar una medida privativa de la libertad por reglas de conducta, que en las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia se expone en la pauta 17 que

la respuesta que se dé al delito será siempre proporcionada, no sólo a las circunstancias y la gravedad del delito, sino también a las circunstancias y necesidades del menor, así como a las necesidades de la sociedad (...). Las restricciones a la libertad personal del menor se impondrán sólo tras cuidadoso estudio y se reducirán al mínimo posible.⁵⁷

Ahora bien, aunque la Corte no lo ha desarrollado, un aspecto importante que diferencia el SRPA del sistema de adultos es que en las circunstancias concretas es necesario indagar por el principio de corresponsabilidad. En efecto, se trata además de la legitimidad del Estado para imponer una sanción o hacer un juicio de exigibilidad. El Estado, la familia y la sociedad ¿cumplieron con las condiciones mínimas de corresponsabilidad para poder exigirle un comportamiento diverso al adolescente que realizó el injusto personal de manera dolosa?

Si la respuesta es negativa, la sanción debe tener en cuenta dicha reflexión y optar por una sanción coherente con ese grado de legitimidad optando por la más benigna o favorable en su proceso de formación y atendiendo el principio de interés superior, en cambio, si la respuesta es positiva, el juicio y nivel de exigibilidad será más exigente, toda vez que el adolescente tenía las condiciones mínimas para exigirle un comportamiento conforme al mandato normativo.

A manera de ejemplo, el adolescente que hurta para comer y para mantener su forma habitual de vida en calle, una vez se ha configurado el injusto y bajo el supuesto que su actuar no estuvo amparado en una causal de ausencia de responsabilidad, procede la valoración de la culpabilidad. En tal contexto se deberá poder valorar su exigibilidad y con ella, ¿qué pasó en su contexto social y cultural en términos de corresponsabilidad? Si la sociedad, la familia y el Estado no cumplieron con su deber constitucional y legal frente al adolescente, ¿es posible hacerle un mayor grado de exigibilidad de otra conducta?, ¿la falta de cumplimiento del principio de corresponsabilidad impone un análisis diverso y por ende una consecuencia diferente? Pensemos ahora que el hurto lo comete un adolescente en compañía de sus amigos, pero ahora no para sobrevivir sino por diversión, hurtan de un almacén de cadena algunos

⁵⁷ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, n.º prov. AP2340, n.º rad. 50311, 25 de julio de 2018. Explica la Corte que: “En la Regla 18 se establecen como medidas alternativas a la privación de libertad para menores: «Órdenes en materia de atención, orientación y supervisión; libertad vigilada; órdenes de prestación de servicios a la comunidad; sanciones económicas, indemnizaciones y devoluciones; órdenes de tratamiento intermedio y otras formas de tratamiento; órdenes de participar en sesiones de asesoramiento colectivo y en actividades análogas; órdenes relativas a hogares de guarda, comunidades de vida u otros establecimientos educativos; y otras órdenes pertinentes». En la Regla 19 se manifiesta que «El confinamiento de menores en establecimientos penitenciarios se utilizará en todo momento como último recurso y por el más breve plazo posible»”.

paquetes de comida y licor, con la finalidad de pasarla bien en una fiesta. ¿Cuál de las conductas merece más reproche, a cuál se le puede elevar el grado de exigibilidad de un comportamiento conforme a la expectativa normativa?

En el fondo y solo de manera hipotética, si el paradigma dominante en la mente de quien toma una decisión judicial es el de la situación irregular, pensará que el adolescente en condiciones de habitación en calle debe estar privado de la libertad; seguramente pensará que reincidirá o que la mejor opción es que esté en una institución bajo tutela y que allí podrá satisfacer sus derechos mínimos. En cambio, al adolescente que solo lo hizo por diversión, se le puede imponer una medida menos restrictiva de derechos pues al final de cuentas su situación no es tan grave y sus padres lo pueden controlar, al fin y al cabo estudia y tiene las condiciones adecuadas para seguir en libertad y cumplir con un proyecto de vida.

Ahora bien, una segunda hipótesis, y bajo el presupuesto según el cual quien decide piensa en la teoría del sujeto responsable en el paradigma de la protección integral, pensará más en un juicio de exigibilidad de otra conducta mayor frente al segundo y no frente al primero. En definitiva, al adolescente habitante de calle el Estado, la sociedad y la familia le fallaron, de manera que su exigibilidad en el caso concreto podría verse disminuida y la sanción implicaría también un deber de la sociedad frente al adolescente, caso en el cual impondría de manera inmediata un proceso de restablecimiento de derechos como deber del Estado. En cambio, procedería un mayor grado de exigibilidad a quien habiendo recibido las condiciones para tener conciencia de un comportamiento conforme al derecho y al haber recibido las condiciones adecuadas de vida por los actores corresponsables del sistema, decidió apartarse del mandato normativo, por lo que su exigibilidad sería mayor y la sanción debería ser en dicho caso proporcional al grado de exigibilidad.

5. Inimputabilidad

Como se explicó antes, en la actualidad no se puede predicar la inimputabilidad del adolescente entre 14 y 18 años por falta de madurez psicológica en razón a su edad. Sin embargo, es posible que un adolescente al momento de realizar la conducta se encuentre en situación de inimputabilidad, bien porque tenga una condición de discapacidad psíquica o mental, bien por diversidad socio cultural, siempre y cuando estas circunstancias tengan relación con la conducta punible.

En efecto, el artículo 142, de la Ley de Infancia y Adolescencia, establece de manera expresa una exclusión de la responsabilidad penal para adolescentes, bajo el entendido de que no pueden ser juzgadas, declaradas penalmente responsables ni sometidas a sanciones penales las personas mayores de catorce (14) y menores de dieciocho (18) años con discapacidad psíquico o mental. Pero, asimismo advierte que *en estas circunstancias se les aplicará la respectiva medida de seguridad*, conclusión a la que solo puede llegar el juzgador después de verificar la realización del injusto y una vez demostrado el mismo en el proceso. En efecto,

ninguna autoridad podría imponer medida de seguridad al adolescente sin verificar la culpabilidad subjetiva del adolescente, lo que implica que está proscrita la medida de seguridad como consecuencia automática de la condición de inimputable.

En estas condiciones, el adolescente que ha cometido el injusto será sometido a una medida diversa a la sanción pedagógica, siempre y cuando la conducta punible guarde relación con la discapacidad. Lo anterior implica que, para llegar a la imposición de una medida de seguridad, el adolescente ha debido realizar una conducta típica objetivamente, típica subjetivamente, esto es con dolo, culpa o preterintención, que de su conducta se predique la antijuridicidad material y no esté amparada por una causal de ausencia de responsabilidad.

Visto desde el punto de vista contrario, no se puede imponer medida de seguridad cuando un adolescente con discapacidad psíquica, mental, con comprensión del mundo de la vida distinto por su diversidad sociocultural, o que haya actuado bajo cualquier circunstancia de la que pueda derivarse su inimputabilidad, haya cometido la conducta sin dolo en su actuar, amparado en una causal de ausencia de responsabilidad o cualquier otra circunstancia que no permitan configurar el injusto.

En casos como el anterior, no es posible imponerle medida de seguridad por inexistencia de la conducta punible. En consecuencia, lo único que procede es el inicio de un proceso de restablecimiento de derechos por parte de la autoridad administrativa competente para ello y con todas las garantías previstas en la normatividad de infancia y adolescencia.

6. Determinación de la sanción pedagógica

Finalmente, si de hacer realidad el plexo axiológico desarrollado se trata, la imposición de la medida debe obedecer al análisis de culpabilidad y de necesidad de la sanción. De tal manera, no se puede interpretar restrictivamente el sistema, en el sentido de indicar que hay conductas cuya única sanción posible es la privación de la libertad, pues una posición como esta no estaría de acuerdo con el planteamiento que se ha hecho a lo largo de este artículo.

A pesar de la sencillez y obviedad de este planteamiento, esta posición no ha sido dominante y solo progresivamente las autoridades judiciales han venido comprendiendo la imperativa necesidad de valoración de las condiciones concretas en cada caso particular para imponer o no una sanción privativa de la libertad. Antes del 2018 la posición de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia era que se debía imponer privación de la libertad en los delitos graves en virtud del principio de legalidad⁵⁸.

⁵⁸ *Cfr.* Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencias: n.º rad. 46614, 2016, y n.º rad. 35681, 29 de julio de 2011. De acuerdo con la Sala de Casación Penal, cuando el delito por el cual se declaraba responsable penalmente al adolescente era de aquellos que tenía prevista pena mínima de 6 o más años de prisión y la edad del adolescente estuviera entre los 16 años cumplidos y menor de 18 años, o cuando, siendo

Afortunadamente el criterio fue moderado a partir de las sentencias del año 2018 y en adelante la Sala de Casación Penal ha adoptado un criterio de la privación de la libertad como último recurso y ha dado fuerza vinculante al principio de libertad. Así, después de un análisis sistemático de las normas que integran el bloque de constitucionalidad y el principio de convencionalidad que integran el SRPA, planteó lo siguiente en por lo menos cuatro sentencias:⁵⁹

Así, precisamente, luego de un estudio de las normas que gobiernan la materia, desde un plano nacional e internacional que se integra al ordenamiento como bloque de constitucional, se concluyó:

(i) Uno de los objetivos primordiales de la Ley 1453 de 2011 consiste en dar al menor una efectiva oportunidad de “reintegración adecuada” a la sociedad, la cual no se consigue cuando “simplemente se le priva de su libertad” y, por el contrario, adquiere “mayor conocimiento de la delincuencia gracias al contacto con otros infractores”.

(ii) Colombia tiene entre sus compromisos internacionales derivados de la Convención de Derechos del Niño que la privación de la libertad del menor declarado culpable se utilice “tan sólo como medida de último recurso”, además de “promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad” y procurar “otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones”.

(iii) Según las Reglas de Beijing la respuesta al delito cometido por niños y adolescentes debe ponderar “las circunstancias y necesidades del menor, así como a (sic) las necesidades de la sociedad”, la restricción a su libertad impone un “cuidadoso estudio y se reducirán al mínimo posible”, además de que se dispone un conjunto de medidas alternativas a la privación de libertad para menores y se reitera lo dicho en otros instrumentos internacionales en el sentido de que la reclusión “se utilizará en todo momento como último recurso y por el más breve plazo posible”.

5. Entonces, advierte la Sala que las citadas disposiciones nacionales e internacionales pretenden solucionar tensiones propias de la administración de justicia penal para menores infractores, referidas en especial a la rehabilitación versus la retribución, la asistencia estatal frente a la represión y el castigo, o también, la respuesta frente al caso concreto y la protección de la sociedad, consolidando un conjunto de exigencias que de manera general se orientan a no dar prelación a la privación de libertad y sí, por el contrario, a otras medidas que cumplen con el respeto por la dignidad de los niños, en particular de sus derechos fundamentales a la educación y al desarrollo de la personalidad, en procura de garantizar su bienestar y futuro, pues resultan incuestionables las múltiples influencias negativas del ambiente penitenciario sobre el individuo, con mayor razón si se trata de menores, prefiriéndose entonces los sistemas abiertos a los cerrados, así como el carácter correccional, educativo y pedagógico, sobre el retributivo, sancionatorio y carcelario.

Desde luego, no se trata de que, si en el curso de la actuación se impuso medida cautelar de privación de la libertad al procesado, en el fallo deba continuarse con la misma, sino de apreciar en cada caso concreto si en verdad es necesario como “último recurso” imponer la sanción de reclusión en centro de atención especializada.

De manera que:

«En procura de asegurar el interés superior del menor es preciso, una vez establecida la materialidad del delito y su responsabilidad, no aplicar sin mayor ponderación la privación de libertad en centro de atención

mayor de 14 años y menor de 18, se le hubiese declarado responsable de homicidio doloso, secuestro, extorsión en todas sus formas y delitos agravados contra la libertad, integridad y formación sexual, la única sanción a imponer era la privación de la libertad.

⁵⁹ Cfr.: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado 50313 de 2018, SP3119-50717 de 2018, AP2340-50311 de 2018, AP2680-48787 de 2018.

especializada, sino por el contrario, constatar qué medidas se encuentran acordes a su situación y materializan los propósitos del legislador y de la normativa internacional, todo ello dentro del marco del principio de legalidad de las sanciones.

En tal cometido, se observa que el artículo 177 del Código de Infancia y Adolescencia establece que a los adolescentes declarados penalmente responsables les son aplicables las sanciones de amonestación, imposición de reglas de conducta, prestación de servicios a la comunidad, libertad asistida, internación en medio semicerrado y privación de la libertad en centro de atención especializada, las cuales son definidas y desarrolladas en los artículos 182 a 187, indicando en cada caso en qué eventos se imponen y cuál es el tiempo máximo de duración.

En el artículo 179, a su turno, se fijan como criterios para definir la sanción en concreto, la naturaleza y gravedad de los hechos, la proporcionalidad e idoneidad de la sanción atendidas la gravedad de los hechos y las necesidades de la sociedad y del infractor, la edad de éste, la aceptación de los cargos y el incumplimiento de los compromisos adquiridos con el juez y de las sanciones.

Es pertinente señalar que según lo ha precisado la Sala⁶⁰, de conformidad con el artículo 178 del Código de la Infancia y la Adolescencia, todas las sanciones allí establecidas, incluida por supuesto la de privación de la libertad, “tienen una finalidad protectora, educativa y restaurativa” en el marco del Sistema de Responsabilidad para Adolescentes y corresponde al juez en cada caso específico ponderar las circunstancias individuales del adolescente y sus necesidades especiales, con facultad para modificar las medidas impuestas a partir de un diagnóstico favorable sobre el particular. (...)

Como se observa, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia hace una interpretación constitucional del problema y resuelve valorar en cada caso concreto si es necesaria o no la medida privativa de la libertad. Además, ha optado por imponer otras medidas previstas en la ley cuando resultan menos lesivas y en las condiciones particulares del adolescente, aun en los delitos denominados como graves.

De esta manera, como lo hemos observado en este artículo, al configurarse el delito como unidad dialéctica, la imposición de la sanción no escapa al análisis, también dialéctico de la necesidad de la sanción en la medida del juicio de exigibilidad. Si el adolescente estaba en condiciones de vulnerabilidad y no se le proveían las condiciones mínimas, la medida no puede ser automáticamente la restricción de la libertad, sino que habrá de valorarse en cada caso concreto si le es imponible o no una sanción privativa de la libertad. En cambio, cuando el grado de exigibilidad aumenta por las condiciones particulares en cada caso concreto, es necesario imponer la pena privativa de la libertad de tipo pedagógico y educativo, siempre atendiendo su naturaleza de *ultima ratio* y como la sanción más grave cuya imposición debe ser restrictiva y mínima.

IV. Conclusiones

1. La doctrina imperante en el SRPA es la de la protección integral en la que el adolescente es sujeto de derechos y por lo tanto titular de deberes y obligaciones. La condición del adolescente como sujeto de derechos, como persona plena con capacidad de acción, de reflexión, de opinión, de participación, como sujeto libre y, por ende, como persona con

⁶⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia SP n.º rad. 35431, 22 de mayo de 2013.

posibilidad de tomar decisiones, no desconoce que en todo caso el adolescente mantiene una visión del mundo diversa a la del adulto por lo que su capacidad de comprensión es especial y diferenciada. La imputabilidad de los adolescentes es especial y diferenciada y la valoración de la culpabilidad debe tener en cuenta estas circunstancias de especial protección constitucional, de interés superior y de corresponsabilidad como principio específico del SRPA.

2. El adolescente como titular de derechos, con protección constitucional reforzada y sujeto digno en todo el sentido del concepto, no es objeto del derecho, tampoco es un incapaz y mucho menos inimputable por razón de su edad. Los adolescentes son sujetos que actúa en el mundo de la vida según sus condiciones específicas, materiales y conforme a su nivel cultural y social. En ese sentido, dicha posibilidad de actuar y de ser, debe ser interpretada teniendo en cuenta su entorno, la sujeción o relación que tiene frente a los adultos más cercanos y la limitación propia que implica la relación de subordinación frente a los padres o titulares de su cuidado.

3. Un sistema penal integrado y construido con fundamento en la dignidad del adolescente como sujeto de derechos, reconoce la libertad del mismo y por ende su capacidad de actuar y de definir sus acciones libremente. Este reconocimiento debe integrar, necesariamente, a los demás principios del sistema, a las autoridades y en especial al interés superior y la corresponsabilidad, siendo todos estos elementos los que llenan de contenido material la culpabilidad como categoría del delito. Culpabilidad entonces, como categoría dogmática del delito, es un límite al poder punitivo, de manera que implica la imposibilidad de imponer sanciones a un adolescente sin su fundamento material, el cual sirve de medida y límite del poder sancionador del Estado.

4. Una sanción sin un fin determinado es una sanción ilegítima, en el sistema penal de adolescentes la legitimidad de la misma está dada por su función educativa y pedagógica relacionada con el interés superior del adolescente y por la capacidad o no del Estado de proveer las condiciones mínimas como criterio de legitimación para la exigencia de comportamiento conforme a la norma al adolescente.

5. En la actualidad no se puede predicar la inimputabilidad del adolescente entre 14 y 18 años por falta de madurez psicológica en razón a su edad. El adolescente en la actualidad es responsable penalmente en el marco de un sistema especial y diferenciado y su imputabilidad es especial y diferenciada como sujeto de especial protección constitucional. Todo lo cual no implica que un adolescente menor de edad actúe en un hecho concreto bajo alguna de las hipótesis previstas por el legislador como hipótesis de inimputabilidad.

6. En el SRPA se deben contemplar, como parte del análisis de la responsabilidad del adolescente, en sede de culpabilidad, en primer lugar, la imputabilidad, en segundo lugar, la conciencia de la antijuridicidad y, en tercer lugar, la exigibilidad, integrando a este último

elemento de análisis la corresponsabilidad como principio general y como parte de la doctrina de la protección integral prevista en la ley de infancia y adolescencia. Al juicio de exigibilidad, realizado al adolescente como autor responsable del injusto, se le debe agregar la valoración de la corresponsabilidad social en el acto para efectos de determinar la necesidad de la sanción a imponer.

7. Las sanciones pedagógicas del SRPA se deben imponer de acuerdo con el grado de exigibilidad de comportamiento conforme a la situación concreta de cada adolescente. Por lo tanto, no puede existir la privación de la libertad como medida automática en delitos graves o previstos en la norma como tal, sino que la sanción dependerá de la necesidad de la sanción derivada del juicio de exigibilidad valorada en sede de la culpabilidad como categoría del delito. La culpabilidad a su vez, deberá valorar las condiciones específicas de cada adolescente e integrar la corresponsabilidad como parte de su valoración como unidad dialéctica frente al juicio de exigibilidad.

Referencias

Acuña Vizcaya, José Francisco & Gómez Serna, Jenny Carolina, *Sistema de responsabilidad penal para adolescentes*, módulo 3, Bogotá, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – Organización Internacional para las Migraciones, 2008.

Araque Moreno, Diego, *Derecho penal. Introducción y fundamentos de imputación de responsabilidad penal*, segunda edición, Bogotá, Ibáñez, 2018.

Defensoría del Pueblo, *Segundo informe de recomendaciones para enfrentar la crisis del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes*, Bogotá, Defensoría del Pueblo, 2017.

Defensoría del Pueblo, *Violaciones a los derechos humanos de adolescentes privados de la libertad. Recomendaciones para enfrentar la crisis del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes*, Bogotá, Defensoría del Pueblo, 2015.

Escalante Barreto, Estanislao, "La antijuridicidad en el derecho penal colombiano", en *Problemas actuales de derecho penal general. Libro homenaje a Luis Carlos Pérez*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia - Ibáñez, 2018.

Escalante Barreto, Estanislao, "Justicia penal juvenil: negación de un mandamiento constitucional desde el discurso mediático y político del delito y la defensa social, en Escalante Barreto, Estanislao (ed.), *Política criminal mediática, populismo penal, criminología crítica de los medios y de la justicia penal*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia - Ibáñez, 2018, pp. 379-429.

Escalante Barreto, Estanislao (ed.), *Política criminal mediática, populismo penal, criminología crítica de los medios y de la justicia penal*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia - Ibáñez, 2018.

Escalante Barreto, Estanislao, *Alcance del Código de la Infancia y la Adolescencia*, Bogotá, Funderechos, 2008.

Escalante Barreto, Estanislao, "Constitucionalismo y responsabilidad penal del adolescente: negación desde el populismo punitivo como soporte y la ideología de la defensa social como resultado", en AA. VV., *La Constitución del 91... entre avances y retrocesos*, tomo I, Ibáñez - Universidad del Sinú, 2017, pp. 513-556.

Escalante Barreto, Estanislao & López, Manuel, *Lectura multidimensional del sistema de justicia penal juvenil. Módulo de formación complementario*, Bogotá, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, s. f. [en edición].-

García Méndez, Emilio, *Infancia*, Buenos Aires, Didot, 2017.

García Méndez, Emilio, "Infancia, ley y democracia: una cuestión de justicia", en *Infancia, ley y democracia en América Latina*, Bogotá, Temis - Depalma, 1998.

Gargarella, Roberto. *De la injusticia penal a la justicia social*, Bogotá, Ibáñez - Uniandes, 2008.

Hormazábal Malarée, Hernán, "Una necesaria revisión del concepto de *culpabilidad*", en *Revista de derecho (Valdivia)*, vol. 18, n.º 2, 2005, pp. 167-185. Disponible en <https://bit.ly/2HxqrK4>

Martínez, Alejandro, “Infancia y mediatización: entre la prescindibilidad, el peligrosismo y el uso mercantil de las infancias y adolescencias”, en *Política criminal mediática, populismo penal, criminología crítica de los medios y de la justicia penal*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia - Ibáñez, 2018, pp. 469-494.

Muñoz Gómez, Jesús Antonio, “Adolescentes e inimputabilidad”, en Velásquez, Fernando; Posada, Ricardo; Cadavid, Alfonso; Molina Ricardo & Sotomayor, Juan Oberto (coords.), *Derecho penal y crítica al poder punitivo del Estado. Homenaje a Nodier Agudelo Betancur*, tomo 1, Ibáñez - Universidad de los Andes, 2013, pp. 723-748.

Quiroz Monsalve, Aroldo & Escalante, Estanislao, *Ley de infancia y adolescencia: análisis y perspectivas*. Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2009.

Salazar Marín, Mario, *Acción e imputación. Principio y concepto de culpabilidad*, Bogotá, Ibáñez, 2016.

Salazar Marín, Mario, “Teoría del conocimiento frente al delito: visión dialéctica”, en Escalante B., Estanislao, *Problemas actuales de derecho penal general: libro homenaje a Luis Carlos Pérez*, Bogotá, Ibáñez, 2018.

Salazar Marín, Mario, *Teoría del delito con fundamento en la escuela dialéctica del derecho penal*, Bogotá, Ibáñez, 2014.

Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro & Slokar, Alejandro, *Manual de derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Ediar - Temis, 2005.

Sentencias citadas de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

SP, n.º rad. 14298, 24 de septiembre de 2002.

SP, n.º rad. 19010, 12 de noviembre de 2003.

SP, n.º rad. 25056, 11 de julio de 2007.

SP, n.º rad. 20052, 18 de junio de 2008.

n.º rad. 35681, 29 de junio de 2011.

SP, n.º rad. 35431, 22 de mayo de 2013.

n.º rad. 46614, 2016.

n.º rad. 50313, 13 de junio de 2018

n.º prov. AP2680, n.º rad. 48787, 27 de junio de 2018.

n.º prov. AP2340, n.º rad. 50311, 25 de julio de 2018

n.º prov. SP3119, 1 de agosto de 2018

n.º rad. 50611, 22 de mayo de 2019.