

Corte Suprema de Justicia

Favorabilidad y tránsito de leyes penales en el tiempo (Código del Menor)

Todos los procesos que se adelanten por la justicia ordinaria contra aquellas personas que al momento de realizar el hecho fueran menores de 18 años deben remitirse en el estado en que se encuentren al juez de menores competente, para que este continúe su trámite dentro de las nuevas previsiones (decreto 2737 de 1989), por ser estas más favorables para el menor.

Magistrado Ponente: Dr. JAIME GIRALDO ÁNGEL
Bogotá, Abril 27 de 1990

Comentario: FERNANDO VELÁSQUEZ V. *

Vistos

Procede la Sala a decidir sobre el recurso de reposición interpuesto por el procurador delegado contra el auto del 16 de marzo de 1990, por medio del cual se decidió sobre la petición para enviar a la jurisdicción de menores el proceso que por el delito de homicidio se adelantó contra los menores Fabio Arturo C. R. y Omar Antonio S. B., el cual se encuentra en esta Corporación para el trámite del recurso de casación.

Hechos y actuación procesal

1. El juzgado 15 superior dictó sentencia condenatoria por el delito de

homicidio contra los menores Fabio Arturo C. R. y Omar Antonio S. B., quienes para la fecha de la comisión del ilícito (22-IX-1986) tenían 16 años cada uno, la cual fue confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

2. Contra dicha sentencia recurrieron en casación los mencionados menores, encontrándose el proceso en la actualidad al despacho para fallo.

3. Con memorial recibido en la Secretaría de la Sala el 6 de marzo del presente año, el apoderado del procesado Fabio Arturo manifestó que insistía del recurso, y que solicitaba el envío del expediente a los jueces de menores, a quienes competía ahora el conocimiento del proceso; en simi-

* Profesor de Derecho Penal de la Universidad Pontificia Bolivariana.

lares términos se recibió también petición del encausado Omar Antonio solicitudes que fueron denegadas por el despacho por considerar que el desistimiento no era procedente en el estado en que el trámite se encontraba, y que tampoco lo era el envío del expediente a los jueces de menores por razón de lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 354 del Código del Menor, según el cual los recursos que estuvieran en trámite antes del 1° de marzo de 1990, se continuaban adelantando de acuerdo con las leyes vigentes al momento de su interposición.

4. Contra esta providencia interpuso el recurso de reposición el señor procurador delegado, argumentando la obligatoria aplicación del Estatuto del Menor por razón del mandato constitucional de dar prelación a la ley favorable, el cual se procede a desatar en esta providencia.

Consideraciones de la Sala

Tiene razón el señor procurador, y por ello la Sala procederá a revocar la decisión impugnada, con base en las siguientes consideraciones.

1. El actual Código del Menor declaró inimputables a los menores de 18 años, ampliando así la competencia de los jueces de menores.

Para los inimputables la ley prevé que la acción del Estado se desenvuelve exclusivamente dentro de una política de prevención y readaptación, la cual se refleja en un procedimiento muy benigno, tanto en las medidas que con relación a ellos se toman durante el trámite del proceso, como después de la respectiva condena.

En el caso del menor la legislación que se acaba de expedir es aún más benévola: El Código dice expresamente que la intervención del juez de menores se debe realizar "con el objeto principal de lograr su plena formación y su normal integración a la familia y a la comunidad" (artículo 16). Como consecuencia de este postulado los menores que sean capturados deberán ser llevados a un centro

especializado de recepción (artículo 183); solo en casos excepcionales pueden ser reclusos en una institución cerrada (artículos 208 y 209), y la medida a la que se le someta por su comportamiento no podrá tener una duración superior a tres años (artículo 201). No hay duda pues que el régimen general de los menores es más favorable que el previsto por la ley para los delincuentes imputables.

Por consiguiente, al declarar la ley inimputables a los menores de 18 años, todos los procesos que contra ellos se adelanten por la justicia ordinaria deben ser remitidos en el estado en que se encuentren al juez de menores competente para que este continúe su trámite dentro de las nuevas previsiones normativas, por ser estas más favorables para el menor.

No se opone a esto la disposición del artículo 354 del Código del Menor, según el cual los recursos y actuaciones iniciados antes del 1° de marzo de 1990 se deben continuar con la legislación vigente al momento de su iniciación, porque la norma se circunscribe a los procesos de que trata dicho Código, que en el campo penal son los de competencia de los jueces de menores, estando por tanto fuera de esta restricción los que se vienen adelantando por la justicia ordinaria.

Quedando ejecutoriada la sentencia por razón de la preclusión del recurso de casación, el proceso debe ser remitido al juez de menores por intermedio del juez de primera instancia, para que aquel imponga la medida de rehabilitación que corresponda en sustitución de la pena que les había sido impuesta, de acuerdo con lo dispuesto en el inciso final del artículo 45 de la ley 153 de 1887. Aunque el artículo 616 del Código de Procedimiento Penal dio esta potestad al juez que conoció del proceso en primera o única instancia, es necesario tener en cuenta que ello obedece a que es este mismo funcionario a quien le corresponde la ejecución de la sentencia. Pero como la ejecución de la medida de rehabilitación es de competencia del juez de menores, debe ser a él, por tanto, a quien corresponde hacer la sustitución de la pena impuesta.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal,

RESUELVE:

Revocar el auto del 16 de marzo de 1990, y en su lugar disponer el envío del proceso al Tribunal de origen, para que proceda de acuerdo con lo dispuesto en la parte motiva de esa providencia.

Notifíquese y cúmplase.

ACLARACIÓN DE VOTO

La mayoría de los miembros de la Sala consideró que el siguiente texto que nos permitimos agregar a la providencia como aclaración de nuestro voto, se excluyera de la misma por no referirse al problema específico planteado en ella, aunque varios de ellos comparten su contenido.

Los suscritos magistrados consideramos que a la Corte le corresponde un magisterio moral que trasciende su papel de simple tribunal de casación, máxime cuando se trata de buscar claridad en la aplicación de la ley en los momentos de cambio de legislación, aunque somos conscientes de que la jurisprudencia es solo doctrina probable, tal como la define el artículo 4° de la ley 169 de 1896, de la cual pueden separarse los jueces al aplicar la ley a los casos concretos.

Por eso consideramos importante no dejar pasar la oportunidad para aclarar el alcance del inciso 4° del artículo 201 del Código del Menor.

El mencionado artículo dice:

"Artículo 201. Las medidas de rehabilitación impuestas al menor cesarán, se modificarán o suspenderán:

"1. Por el cumplimiento del objetivo propuesto.

"2. Por la imposición de una medida posterior dentro de diferente proceso.

"3. Por haber llegado el menor a la edad de 18 años.

"4. Por haber quedado a disposición de la justicia ordinaria, en razón de una infrac-

ción penal cometida después de cumplida la edad de 16 años".

Según el inciso 4° del artículo transcrito, la justicia ordinaria recupera la competencia para juzgar a los menores de 18 años, cuando después de cumplir 16 años, cometan una nueva infracción penal.

En este caso desaparece la condición de inimputabilidad establecida en el artículo 165 del Código del Menor, pues entiende la ley que las medidas de rehabilitación no tuvieron ninguna eficacia, y que se restablece con relación a dichos menores el imperio punitivo del Estado. Esta interpretación es la que más se adecúa al texto de la norma transcrita, y a la realidad psicosocial que envuelve la problemática delincuencia de nuestro país: la ley reconoce en esta norma que el menor pudo haber sido inducido a cometer delitos, y el Estado tiene como primer deber la obligación de buscar por los medios más adecuados su rehabilitación. Pero si él no responde a esta acción, vuelve a quedar bajo el imperio del derecho penal, dentro de los supuestos procesales y punitivos que ha previsto para los imputables.

SALVAMENTO Y ACLARACIÓN DE VOTO

Compartiendo plenamente la decisión que se toma en la providencia de la Sala, y gran parte de sus motivaciones, disiento de la parte final de las mismas en cuanto se afirma que "...el proceso debe ser remitido al juez de menores por intermedio del juez de primera instancia, para que aquel imponga la medida de rehabilitación que corresponda en sustitución de la pena que les había sido impuesta, de acuerdo con lo dispuesto en el inciso final del artículo 45 de la ley 153 de 1887", porque considero que la orientación que así se imparte desconoce la autonomía y la independencia del juez de menores con quien no estamos vinculados por medio de una relación de subordinación jerárquica.

Si se tiene en cuenta que los jueces de menores son funcionarios de única instancia y que por tanto no tienen relación funcional ni je-

rárquica con los tribunales, ni con la Corte, no puede esta a menos que se extralimite en el cumplimiento de sus funciones, señalar pautas interpretativas y menos indicarle qué debe hacer, como se está haciendo en la providencia de la cual me aparto en relación con este punto. Lo anterior, porque la jurisdicción del menor lo es, de una manera excepcional y especializada, de allí que los jueces de menores tengan requisitos especiales para desempeñar el cargo y en el ejercicio del mismo cuentan "con la colaboración de un equipo interdisciplinario, que orientará al juez sobre la medida más conveniente para el menor" (art. 168). En condiciones tan especiales se inmiscuye la Sala indebidamente al indicarle al juez de menores qué debe hacer en este proceso cuando se le ordena su remisión.

No alcanzo a percibir si lo que se transcribe de la providencia en este salvamento de voto, es una orden que la Corte imparte al juez de menores o una insinuación, pero sea lo uno o lo otro, no tiene relevancia, puesto que al no ser su superior jerárquico no lo obliga y en esto estaría profundamente respaldado por esta legislación especialísima a que aludimos con anterioridad al referirnos a la normatividad del menor, porque perfectamente el juez de menores con su grupo interdisciplinario podría considerar que no es conveniente colocar una medida sustitutiva a la pena inicialmente impuesta y con ello no estaría incurriendo en un desacato.

Estas las razones que me llevan a salvar el voto de manera respetuosa.

Cuando se derrotó mayoritariamente el proyecto inicialmente propuesto, se determinó que no era del caso entrar a hacer interpretaciones legislativas que no venían al caso en estudio y que era perfectamente inconveniente que se dieran directrices de tal índole al juez de menores, teniendo en cuenta su naturaleza especialísima y particularmente su autonomía, independencia y no subordinación jerárquica de la justicia ordinaria.

El sector minoritario de la Sala, considero sin embargo que estaba en facultad de hacer

una exégesis del alcance del art. 201 del Código de Menores y en tales condiciones, haciendo uso de esa misma facultad, me encuentro en el deber imperativo de dar mi personal concepto interpretativo de dicha norma, para que los estudiosos de la legislación de menores tengan una alternativa diferente, que sea consecuente con el querer del legislador y coherente con la estructura general del Código del Menor.

La singular forma de presentar este escrito, como salvamento y aclaración de voto al mismo tiempo, tiene motivaciones obligantes que escapan a nuestra propia voluntad, porque al apartarme de la decisión mayoritaria en cuanto indica, insinúa u ordena al juez de menores qué debe hacer, en franca extralimitación de las funciones que nos corresponden, se torna imperativa la necesidad de manifestar la discrepancia con un salvamento de voto.

Pero al haberse presentado en el proyecto derrotado una singular interpretación del artículo 201, y al determinar la Sala que su inclusión no debía hacerse puesto que era temática extraña al caso decidido, era apenas lógico que ni en la providencia de mayoría, ni en sus anexos apareciese nada relacionado con la temática que la mayoría había desechado, pero el sector minoritario en inexplicable decisión determina hacer en una aclaración de voto lo que la mayoría no quiso que se incluyera en la providencia aprobada y la verdad es que no es propiamente una aclaración de voto, porque su contenido nada tiene que ver con el tema que se decide y analiza en el proveído y por el contrario, contiene aspectos nuevos no contenidos en aquel y en tales circunstancias, lo que se denominó como aclaración de voto, es en realidad una adición a la providencia de mayoría que formula precisamente el sector minoritario de la Sala. En las anteriores condiciones nos encontramos que una resolución mayoritaria aparece adicionada por la voluntad de los que fueron derrotados. De esta forma, esto que ahora aparece como una aclaración no puede entenderse como dirigida a dilucidar puntos tra-

tados en la providencia, sino a aclarar la adición de voto que han hecho a la providencia muy respetables compañeros de Sala.

Comentando el numeral 4º del artículo 201 donde se dispone que las medidas de rehabilitación impuestas al menor cesarán, se modificarán o suspenderán por haber quedado el menor a disposición de la justicia ordinaria en razón de una infracción penal cometida después de cumplir 16 años, sostiene el grupo minoritario que tal disposición ha de entenderse como la expresión de la voluntad del legislador que hace desaparecer las condiciones de inimputabilidad consagradas en el artículo 165, por considerar la ley que las medidas de rehabilitación no tuvieron ninguna eficacia "y que se restablece con relación a dichos menores el imperio punitivo del Estado".

No puede ser esta interpretación más alejada de la realidad y del querer del legislador, porque la verdad es que la Comisión Redactora del Código del Menor, luego de arduas discusiones, finalmente por mayoría tomó la determinación de que lo más conveniente era conservar la edad penal del menor en 16 años, aunque se discutieron otras dos alternativas, rebajarla a 14 la cual en su momento contó con mayor aceptación y fue objeto de mayor controversia, o subirla a 18. En las condiciones anteriores el proyecto enviado por Bienestar Familiar al Ejecutivo, como producto del trabajo de la Comisión fue sobre la base general, única, coherente y armoniosa, que para todos los efectos y en todos los casos la edad penal del menor sería 16 años.

Parecer ser que el proyecto sometido a estudio por el ejecutivo y escuchando recomendaciones de sus asesores y de la Procuraduría General de la Nación, resolvió elevar la edad a 18 años, con la lamentable omisión que ocurre siempre que se hacen correcciones por terceras personas a obras que han sido redactadas dentro de un contexto armónico, que a última hora le meten la mano. Es así como se hicieron las modificaciones en todos los artículos donde el Código hacía mención a la edad de 16 años, pero omitieron corregir el artículo

201, presentándose la deplorable incoherencia que ahora es objeto de una más lamentable interpretación por el grupo minoritario de la Sala. Porque si se piensa en un proyecto consistente, como fue el que salió de Bienestar con destino a la Presidencia de la República fundamentado en la voluntad de conservar la edad penal del menor en 16 años, el artículo 201 que fue redactado en la forma que finalmente fue publicado tenía toda su razón lógica con la voluntad de la comisión redactora; esto es, que las medidas de rehabilitación impuestas al menor cesarán, se modificarán o suspenderán cuando este cometiera una infracción penal después de haber cumplido 16 años y esta determinación del numeral 4º del art. 201 como decíamos es lógica, puesto que al realizar una transgresión a la ley penal después de tener 16 años, era ya una conducta delictuosa realizada por un imputable y por tanto quedaba bajo la jurisdicción ordinaria y de esta manera se establecía una limitación a la posibilidad consagrada en el numeral 3º en el sentido que ellas se suspendieran, cesaran o se modificaran cuando el menor cumpliera 18 años, esto es que en principio las medidas de rehabilitación para el menor podían seguir aplicándose aún después de haber llegado a la edad de la inimputabilidad 16 años, hasta los 18, momento en que debían de cesar; pero si se trataba de un menor sometido a ellas que cometiese un delito después de haber cumplido los 16 años, estas medidas debían cesar de manera inmediata en ese momento, porque ya la conducta delictiva había sido cometida por un imputable y por tanto no podía la jurisdicción de menores reservarse ese autor para seguir aplicándole medidas destinadas a los inimputables.

Pero es apenas lógico que al introducirse la lamentada reforma de última hora y modificar la edad penal a 18 años, sin hacerse la respectiva enmienda a este artículo, se produce la incoherencia que da lugar a tan desafortunadas interpretaciones.

La verdad es que al producirse la modificación de la edad a los 18 años, se ha debido

igualmente rectificar el artículo 201 debiendo haber quedado redactados los numerales 3º y 4º de la siguiente manera:

"Art. 201. Las medidas de rehabilitación impuestas al menor cesarán, se modificarán o suspenderán:

"1. ...

"2. ...

"3. Por haber llegado el menor a la edad de veintiún (21) años.

"4. Por haber quedado a disposición de la justicia ordinaria, en razón de una infracción penal cometida después de cumplida la edad de dieciocho (18) años.

"En ningún caso la medida de rehabilitación podrá ser superior a tres (3) años".

El límite de 21 años a que se alude, para ser consecuentes con el último inciso que dispone que las medidas impuestas al menor no pueden sobrepasar de 3 años y porque con idéntica técnica legislativa se resolvió el art. 217.

Y de la anterior manera este artículo hubiera guardado coherencia con toda la estructura legislativa, puesto que en el numeral tercero se prevé la posibilidad de seguir imponiendo medidas de rehabilitación aún para aquellas personas que hubieran superado la mayoría de edad y en el caso del numeral cuarto, se disponía la cesación de ellas al cumplir tal límite etario por el hecho de haber quedado a disposición de la justicia ordinaria por haber cometido delito después de cumplida dicha edad.

La omisión en la modificación de este artículo, es evidente que sí se hizo en el 217 porque allí se fue consecuente con que la edad penal sería definitivamente de 18 años, que las medidas de rehabilitación se podrían seguir aplicando aún después de haberse superado la edad de 18 años, pero que en ningún caso podrían prolongarse más allá de los 21, en esto último, perfectamente concordante con el último inciso del 201 que dispone que la medida de rehabilitación no podrá ser superior a tres años. Es así como en la norma comentada se lee:

"Si estando vigente la medida el menor cumpliera dieciocho (18) años, esta continuará en vigor hasta obtener su rehabilitación, pero no se prolongará más allá de la fecha en que este cumpla veintiún (21) años".

La veracidad de las precedentes interpretaciones se evidencia de la lectura de las actas de la Comisión Redactora donde se discutieron las conveniencias e inconveniencias de rebajar la edad a 14 o aumentarla a 18 años.

En el acta 21 (reunión del 26 de julio de 1989) según la secretaria de la Comisión, luego de haberse puesto en discusión el artículo que fijaba la edad penal del menor en 16 años.

"...explicó la Dra. Marietta que dentro de las recomendaciones llegadas a la Comisión como resultado del Seminario de Anapoima en el que participaron jueces y pedagogos, se solicitó la elevación de la edad penal a los 18 años con el objeto de hacerla consecuente con la mayoría de edad civil. No obstante esta recomendación, la subcomisión decidió, teniendo en cuenta otros criterios, conservar la edad penal en 16 años pero contemplando algunas medidas, para el menor entre 16 y 18 años, específicamente en lo que tiene que ver con el cumplimiento de la pena y aplicación de las medidas.

El Dr. Escobar manifestó que no es partidario de elevar la edad penal, si se tiene en cuenta la realidad del país y la forma como los delincuentes aprovechan a los menores.

La Dra. Yolanda Pulecio manifestó su preocupación porque hay sicarios de 14 años y el Dr. Granados conceptuó que podría rebajarse la edad penal a 14 años para determinados casos, como ocurre en la legislación de Puerto Rico, donde el juez de menores puede renunciar a su jurisdicción cuando las características del hecho revelan una gravedad extrema".

En referencia a la propuesta anterior "La Dra. Marietta de Marín consideró que esta norma es completamente extraña a nuestra legislación, es inconstitucional porque va contra el principio de la legalidad que señala que tanto la competencia como el procedi-

miento en materia penal, deben estar previamente establecidos; y dio lectura a un concepto que sobre el tema de la edad, emitió el Dr. Edgar Saavedra, magistrado de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia que dice: "No sé cuáles las razones para modificar la edad penal, rebajándola en dos años. Es claro que hay una incidencia estadística grande en la criminalidad de personas mayores de 14 años y menores de 16, pero creo que no es con la disminución de la edad penal que se soluciona el problema".

Son medidas preventivas y de vigilancia del menor quienes deben evitar la criminalidad precoz.

Me parece un verdadero crimen enviar niños de 14 a 16 años a las cárceles comunes porque lo cierto es que los famosos patios de menores de nuestras cárceles no han funcionado y nuestra juventud encuentra allí un foco de corrupción".

En el acta 23 (reunión del 9 de agosto de 1989)

"El Dr. Diógenes Plata argumentó que si se miran las consecuencias del hecho planteado se podría llegar a un acuerdo, estableciendo una presunción legal de inimputabilidad de los menores entre 14 y 16 años, presunción que podrá desvirtuarse demostrando la madurez psicológica del menor, en el momento de cometer el delito, caso en el cual será remitido a la justicia penal ordinaria. Con respecto a los menores de 14 años la presunción será de derecho.

La Dra. Marietta de Marín manifestó que consideraba esta propuesta igualmente inconstitucional porque violaba el principio de legalidad que dispone que nadie podrá ser declarado autor o partícipe de una infracción que no esté consagrada en la ley penal vigente al tiempo en que se cometió, ante juez competente previamente establecido y mediante el procedimiento señalado en la ley".

En el acta 24 (10 de agosto de 1989) se hizo una nueva propuesta para reducir la edad penal, en esta ocasión la recomendación se originó en el senador Luis Escobar Concha

y su "fórmula consistiría en declarar inimputables a los menores de 14 años, y respecto de los menores entre 14 y 16, establecer la presunción legal de inimputabilidad salvo en el caso de ciertos delitos de especial gravedad en los que le corresponderá al juez penal ordinario el conocimiento de la infracción respectiva".

"El Dr. Jaime Torres, en relación con el tema antes mencionado, expresó que existe una incongruencia, cuando se exige la edad de 18 años para el ejercicio de los actos de la vida civil y se pretende consagrar la edad de 14 años para ser imputable. Si se considera que este menor tiene suficiente discernimiento para ser responsable de un delito, también debería tenerlo para celebrar un contrato".

En el acta 25 (16 de agosto de 1989) "Se tornó a la discusión sobre la edad de inimputabilidad del menor infractor y el Dr. Diógenes Plata, reiteró su criterio de establecer la presunción legal de inimputabilidad para los menores de 14 a 16 años que sería desvirtuada por la madurez psicológica del menor.

"El Dr. Luis Escobar expresó que su posición es que el menor de 14 a 16 años sea inimputable, salvo para determinados delitos como el homicidio agravado, caso en el cual pasaría a la justicia ordinaria".

En el acta 32 (21, 22 y 23 de septiembre de 1989) se aprobó finalmente por mayoría, la edad penal de los menores en 16 años, fue la única norma de este estatuto que no fue aprobada por unanimidad de la Comisión.

En este texto los miembros de la Comisión "dejaron constancia que la motivación entre otras razones, por haber aprobado la posición mayoritaria de conservar la edad penal en 16 años, se debió a que previamente y por unanimidad se votó la inclusión dentro del proyecto de la creación de establecimientos cerrados para el tratamiento de los menores infractores que reúnan ciertas características y problemática".

Similar constancia a la anterior dejó el Dr. Diógenes Plata en el acta 35 (3 de octubre

de 1989) y consideró además la Comisión "que deben quedar en el acta las razones por las que se juzgó inconveniente elevar la edad de inimputabilidad a 18 años como la solicitaron algunos jueces y organizaciones. Estas razones fueron, el avance de la delincuencia juvenil, por la presencia de menores de 16 a 18 años en la comisión de crímenes atroces, y la madurez psicológica de los menores de esta edad entre otros".

Luego de tan extensas transcripciones creo que no exista la más mínima duda de cuál fue el criterio dominante en la Comisión y que para tomar la determinación final de la edad penal en los 16 años se analizaron y tuvieron en cuenta todos los fenómenos de criminalidad precoz y juvenil y a pesar de hacer tales consideraciones de índole criminológica primó la conservación de la edad en 16 años pero es en el texto del acta 21 donde se insinúa lo que finalmente pasó cuando el senador Escobar Concha "manifestó que la información que ha traído a conocimiento el Dr. Granados es muy interesante pero que no va a crear consenso en la Comisión ya que hay criterios enfrentados que no van a cambiar; por la cual tendrá que acogerse la decisión de la mayoría, dejando en claro los motivos de la oposición. En esta forma se le dejaría al presidente de la República con su equipo de asesores la posibilidad de que él decida qué es lo que más conviene a la salud del país" (La subraya es nuestra).

Y eso fue lo que sucedió, que el presidente de la República investido de las facultades

extraordinarias que le había conferido el Congreso de la República y escuchando el concepto de la Procuraduría General de la Nación, decidió elevar la edad penal a 18 años, desechando el criterio mayoritario de la Comisión Redactora; pero lamentablemente se hizo una reforma parcial presentándose la incoherencia del art. 201, pero sin que a pesar de ello se pueda llegar a afirmar como lo hace el sector minoritario de la Sala, que fue propósito del legislador establecer la edad penal de los menores en 18 años y en 16 para los reincidentes, porque dicha conclusión no se puede extraer del contenido de las actas, pues la situación fue muy simple, en la comisión la idea predominante fue señalar la edad de 16 años para todos los casos y en la Presidencia de la República se tuvo la misma idea pero sobre la base de 18 años. Cualquiera otra interpretación contraría la voluntad y finalidad del legislador.

De la anterior manera dejo expresada mi respetuosa inconformidad con la decisión de mayoría y hago una modesta aclaración a la adición de la providencia que hace el sector minoritario de la Sala.

Édgar Saavedra Rojas

* * *

Adhiero en relación con el salvamento mas no con la aclaración.

Dídimo Páez Velandía.

* * *

COMENTARIO

De nuevo la H. Corte Suprema de Justicia vuelve a pronunciarse sobre el tema de la favorabilidad con ocasión del tránsito de leyes penales en el tiempo; para el caso de la derogatoria tácita del art. 34 del C. P. por el decreto 2737 de 1989 (Código del Menor) en tratándose de la mayoría de edad penal, antes de 16 años y ahora de 18.

En la hipótesis examinada por el alto tribunal de justicia dos personas de aproximadamente veinte años de edad cada una, patrocinadas por la Procuraduría, invocan

la aplicación del nuevo estatuto pretextando que al tiempo de la comisión del hecho eran menores de 18 años por lo cual la nueva ley tiene que retroactuar por ser más favorable.

En apariencia la aplicación de la ley que hace nuestro más alto tribunal de justicia no ofrece reparos de ninguna índole, a no ser por el pobre contenido jurídico de la providencia; sin embargo, hay algunos aspectos que no podemos dejar pasar desapercibidos dada su trascendencia:

En primer lugar, podría pensarse que no tiene sentido aplicar la nueva ley penal a quienes al momento de entrar en vigencia esta son mayores de edad penal y también lo eran al momento de cometer el hecho. Por lo cual el Código del Menor solo podría aplicarse a quienes hubieran transgredido la ley penal con menos de 18 años, esto es antes del 1° de marzo de 1990 (art. 354), quedando excluidos aquellos que así hubieren tenido la minoría de edad al tiempo de cometer el hecho ya eran mayores a la entrada en vigencia de la nueva ley. Como argumento que avalaría esta interpretación podría aducirse que la especialidad de este tipo de leyes obliga solo a aplicarlas a quienes realmente sean menores. Sin embargo, tal digresión choca frontalmente con el alcance del principio de favorabilidad que, por expresa disposición constitucional, no tiene excepción alguna, ni siquiera en materia de leyes procesales penales en la cual una torcida doctrina y jurisprudencias han pretendido desconocer el supremo cánón.

En segundo lugar, se infiere de la providencia que la aplicación se hace para aquellos que todavía no hubieren sido condenados mediante sentencia en firme, con lo cual quedarían excluidos los que no estuvieren en tal situación. Al respecto es bueno recordar que expresamente el art. 6° del C. P. en armonía con la ley 153 de 1887 disponen que este principio rige "también para los que estén condenados", con lo cual en este momento cualquier persona que haya cometido un hecho punible teniendo menos de 18 años y más de 16, sin importar la edad que tenga ni el tipo de condena, puede (y el dispensador de justicia está obligado a ello) como pena de prevaricar) invocar la aplicación de la nueva ley; el punto no admite discusión alguna en el plano legal, doctrinario o jurisprudencial puesto que la norma constitucional, repetimos, no tiene restricciones de ninguna índole salvo las que imponen caprichosas e inconsecuentes doctrinas como es de común ocurrencia en una nación en la cual el atraso de las disciplinas penales es más profundo y preocupante de lo que se piensa.

En tercer lugar, desde una perspectiva político-criminal podrían formularse algunas reflexiones. Se viene afirmando que el CM (Código del Menor) abre las compuertas a la impunidad porque ha posibilitado que delincuentes incursos en comportamientos en extremo graves queden sin sanción; que el legislador se equivocó al elevar la edad penal, etc.

La verdad es que en torno a este último aspecto es bueno recordar que los 18 años era el límite señalado hasta antes de la vigencia de la ley 75 de 1968, por lo cual la nueva disposición no implica ninguna novedad en la historia legislativa; la discusión que se plantea en torno a este aspecto es meramente formal, muchos argumentos podrían emitirse para respaldar la decisión legal.

Lo que acontece es que el meollo del problema es otro: no existen establecimientos para internar a los menores así como no hay dineros para mejorar, en condiciones mínimas de aceptación, los establecimientos carcelarios y para construir los frenocómicos. La burocracia estatal, propia de un Estado paquidémico y corrupto lo absorbe todo.

Queda la sensación, cuando se escuchan las polémicas que se desatan a raíz de los frecuentes cambios legislativos, que se quiere tender una cortina de humo para ocultar la situación de fondo. Lo que debemos preguntarnos ahora es cómo se convirtieron nuestros jóvenes, incluso los niños, en máquinas de matar; quién es el responsable de esta avalancha de violencia sin fin que tiene anegado en sangre el suelo patrio.

No pretendemos aparecer como "salvadores", muy comunes por cierto en época de crisis, pero sí queremos señalar cómo las condiciones socioeconómicas imperantes explican en buena medida estas manifestaciones de criminalidad. ¿Qué más se puede esperar de una nación adormecida por unos medios de comunicación que a diario invitan a menoscabar el Estado de derecho, a desconocer el derecho y la justicia como valores supremos de la convivencia social? Basta sentarse frente a una pantalla de televisión, ir al cine, leer una revista de tiras cómicas, o escuchar la radio, para percatarnos de lo anterior; no es casual que los nombres de las pandillas juveniles y de sus integrantes sean extraídos de toda esa basura norteamericana, estratégicamente programada y dirigida a unos fines concretos, que ha envenenado a nuestra juventud con héroes de papel que aplican justicia por su propia mano y cuya única ley es el terror y la metralla.

Esa es la educación que le estamos infundiendo a nuestros niños, los hemos sumido en la incultura y en la violencia; no hemos fomentado los ideales que deben inspirar la convivencia civilizada, no los hemos enseñado a respetar al hombre sino a mancillarlo.

Pero, cabe también preguntarse: ¿quién es el responsable de la situación de miseria y atraso que hoy viven nuestros campos y ciudades? ¿Quién ha creado las condiciones, a manera de caldo de cultivo, para que fenómenos como el que hoy nos ocupa se extiendan sin control? Como es obvio los críticos de bolsillo que aparecen en la televisión y pontifican en los cafetines bogotanos nunca se han asomado a los barrios populares; quien quiera entender la problemática no tiene más que desplazarse unas pocas cuadras de su casa, en ciudades como las nuestras, para presenciar lo que hace muchos años mostraba con crudeza un estudio ordenado por la Cámara de Comercio de Medellín que, cosa extraña, fue sepultado en el olvido: nuestra niñez se muere de hambre; el raquitismo y la desnutrición son la norma general; no hay asistencia médica, educación, vivienda; en fin, que no se puede vivir con dignidad.

Y no vamos lejos: miremos las calles de nuestras ciudades atestadas de vendedores ambulantes con el hambre, el atraso y el olvido, dibujados en la mirada.

Si pensamos un poco en ello empezaremos a entender por qué nadie cree en la justicia, en el derecho. La descomposición social, la falta de oportunidades, la injusticia reinante, el irrespeto secular a los más elementales derechos del hombre, no permiten construir una sociedad artificial.

De todas maneras, la decisión de la H. Corte no hace más que respetar un mandato constitucional. Esperemos que no por cumplir con el deber nuestros tribunales de justicia resulten, como en el pasado, los chivos expiatorios a quienes se atribuyen los males que padecemos.

Ahora bien, en relación con la aclaración de voto de los magistrados GÓMEZ VELÁSQUEZ, VALENCIA MARTÍNEZ y GIRALDO ÁNGEL, parece evidente que la interpretación que hacen del inc. 4º del art. 201 del CM es incoherente e improcedente, *interpretar la ley no es legislar*. Si hay vacíos y contradicciones en el texto legal debe acudir a la interpretación teleológica como lo hace el magistrado SAAVEDRA ROJAS al aclarar su voto. Es que, en gracia de discusión, resucitar la reincidencia es desconocer los alcances del principio de culpabilidad que, por supuesto, también rige en el derecho penal de menores.

Así mismo, en torno al salvamento de voto de SAAVEDRA ROJAS, acompañado del también magistrado PÁEZ VELANDIA, cabe observar que el inciso final del art. 45 de la ley 153 de 1887 se refiere a los "casos dudosos", los cuales se resuelven "por interpretación benigna", por lo cual no entendemos la remisión que hace la mayoría de la Sala a dicha norma, ordenando remitir el proceso al juez de menores. De nuevo aquí debemos darle razón al Salvamento de voto.

Para terminar queremos dejar consignada una reflexión que una vez más ha acudido a nuestra mente al leer esta providencia con sus salvamentos de voto y aclaraciones: creemos que ya es hora de que nuestro máximo tribunal de justicia se sienta a discutir con serenidad la manera de trazar verdadera jurisprudencia; asombra la cantidad de pronunciamientos encontrados sobre diversas materias; los yerros conceptuales en que se incurre; las interpretaciones desafortunadas que a diario se ensayan; es notorio el olvido de los principios fundamentales del derecho penal cuando de decidir se trata, etc. El caso que hoy nos ocupa es una muestra de lo que venimos diciendo; llegó el tiempo de asumir la tarea de administrar justicia con humildad y sabiduría, nuestros jueces no pueden ser inferiores al compromiso histórico que el momento exige.

FERNANDO VELÁSQUEZ V.
Julio 5 de 1990.