

176 y 177 del Código Penal, sino cómplices conforme al artículo 24. Con tal interpretación el artículo 24 del Código Penal resulta abiertamente conculcado pues éste, de manera incontrovertible, define como cómplice a "... quien preste una ayuda posterior, cumpliendo promesa anterior al mismo". Ni siquiera desvirtúa la importancia de la ayuda la naturaleza de la complicidad. La *necesidad* de la contribución no transmuta la complicidad en autoría impropia, como lo sienta el Tribunal Superior de Pasto en los párrafos 1º y 2º transcritos en el fallo de casación. Pensemos en el caso del funcionario de manejo que puede apoderarse de varios millones de dólares y para hacerlo busca promesa de ayuda posterior para salir del país a un funcionario de extranjería, y supongamos que es *conditio sine qua non* de su empresa tal ayuda. Si las cosas se realizan según el plan, por importante o necesaria que sea esa ayuda, el acto del funcionario de extranjería es constitutivo de complicidad, pues así lo ordena, sin ningún lugar a duda, el artículo 24 del Código Penal. Por eso, también el criterio de la causalidad *sine qua non* que maneja la sentencia de casación para signar un acto de complicidad como de coautoría, es contrario a la ley penal, pues el artículo 5º del Código proscribete terminantemente toda forma de *responsabilidad objetiva*, y tal criterio constituye expresión señera de los sistemas de responsabilidad absoluta.

Con lo anterior creo haber demostrado que la que llamo *teoría dartañanesca de la coautoría* comporta una derogación del artículo 24 del Código Penal, y no a través del legislador natural sino de la jurisdicción, llamada a acatarlo y aplicarlo.

TRATAMIENTO JURÍDICO-PENAL DEL MENOR EN COLOMBIA*

Gloria María GALLEGO GARCIA**

1. LA PROBLEMÁTICA DEL MENOR EN COLOMBIA

No pareciera posible hacer una clara descripción de la dura realidad del menor en Colombia: los dolores humanos se tornan desvaído testimonio cuando se expresan por medio de la palabra escrita.

En todo caso, puede inscribirse la realidad del menor en nuestro país dentro de un **inmenso proceso de marginación**: millones de personas en condiciones de pobreza absoluta, habitantes de los cinturones de miseria; unos pocos laborando como obreros disciplinados del capital; otros, agotando las exiguas posibilidades del sector informal y de un hermano suyo mucho más pobre: el rebusque (las más humildes e insospechadas ocupaciones), o persiguiendo la ilusión de las ganancias ilegales como mano de obra del narcotráfico¹. En medio de todo esto, se halla el menor, sometido a explotación laboral (en tan rudos oficios, de los cuales los propios adultos se sustraen, como el trabajo en los socavones, en las fábricas de adobes, en las minas de carbón, etc.); sobreviviendo de la prostitución, o expulsado del hogar, convirtiéndose la calle en su único y posible hábitat; sin acceso a los niveles elementales de escolaridad, ni al deporte, servicios de salud y recreación².

* Trabajo ganador del primer premio, en el IV Premio de Estudios Penales - "Pedro Dorado Montero", Universidad de Salamanca - España, otorgado en el marco del IX Congreso Universitario de Alumnos de Derecho Penal, celebrado los días 5 - 7 de marzo de 1997.

** Estudiante de Derecho, Universidad de Antioquia - Medellín, Colombia - décimo semestre.

¹ Vid. GALLEGO GARCÍA, G./LOPERA MESA, G.: Sobre el derecho en Colombia: Entre el escepticismo y el deber de no renunciar, en *Jueces para la Democracia*, núm. 19, Madrid, 1993, p. 82.

² Al respecto, LONDOÑO BERRÍO, H./SOTOMAYOR ACOSTA, J.: El Código del menor: ¿una nueva política criminal?, en *Nuevo Foro Penal*, núm. 49, Bogotá, Temis, 1990, ps. 316 a 319.

Pero, aquí no acaba: existe la figura del joven sicario, esto es, el muchacho que asesina por dinero³. Mas, este fenómeno, que quizá constituya la acusación más grave en contra de una sociedad, no pasa de ser presentado por el discurso oficial y los medios de comunicación - que contribuyen a crear realidad-, como muestra de la crisis de valores, de la degeneración moral o desadaptación social de los jóvenes de las clases marginadas⁴, en cuyo seno se presenta el consabido déficit de oportunidades y recursos, dando lugar a una tipología criminal: menor proveniente de los barrios populares, sin trabajo o educación = presumible sicario.

Al presentar el sicariato como un problema individual se está ocultando el punto central de dicho fenómeno, a saber: en medio de la multiplicidad de violencias que se interfieren en nuestro país⁵ (narcotráfico, paramilitarismo, lucha guerrillera, venganzas privadas, operaciones de limpieza social, milicias populares, eliminación de reinsertados -guerrilleros desmovilizados-, y violencia oficial contra formas organizativas que han luchado por reivindicaciones sociales y políticas: miembros de comités de derechos humanos, movimientos sindicales y estudianti-

3 Una importante exposición de esta problemática es realizada por SALAZAR, A. (*No nacimos pa semilla*, en *Análisis*, núm. 4, Bogotá, Cinep, Documentos Ocasionales, núm. 60, 1990, p. 30) para quien, hay que empezar por decir que lo que está sucediendo con estos jóvenes, en cierto sentido, la consecuencia natural de un proceso iniciado hace más de diez años. Una insurgencia de la juventud en las barriadas populares de Medellín, que han encontrado en la violencia, en el sicariato y en el narcotráfico una posibilidad de realizar sus anhelos y de ser protagonistas en una sociedad que les ha cerrado las puertas. Las bandas crecieron teniendo como telón de fondo una aguda crisis social y económica, la impunidad generalizada y la complicidad de grupos sociales y de miembros de los organismos de seguridad.

4 Es, precisamente, en esta zona de marginación donde se hace sentir con toda crudeza la combinación de las funciones de selección y marginación operadas por el sistema escolar, el mercado laboral y por el sistema de sanciones penales y extra-penales. Tal explica BARATTA, A. (*Criminología crítica y crítica del derecho penal*, México, Siglo XXI, 1986, p. 180): Es en la zona más baja de la escala social donde la función seleccionadora del sistema se transforma en función marginadora, donde la línea de demarcación entre los estratos más bajos del proletariado y las zonas de subdesarrollo y de marginación señala, de hecho, un punto permanentemente crítico, en el cual a la acción reguladora del mecanismo general del mercado de trabajo se agrega, en ciertos casos, la de los mecanismos reguladores y sancionadores del derecho. Esto se verifica propiamente en la creación y en la gestión de aquella particular zona de marginación que es la población criminal.

5 Como explican UPRIMNY/VARGAS CASTAÑO (*La palabra y la sangre: violencia, legalidad y guerra sucia*, en PALACIO (comp.): *La irrupción del paraestado. Ensayos sobre la crisis colombiana*, Bogotá, ILSA-CEREC, 1991, p. 107): La violencia no implica aquí inestabilidad institucional sino que parece ser el reverso y la modalidad misma de funcionamiento del orden político. Colombia se caracteriza por la combinación de esos altos niveles de violencia con una continuidad institucional y el mantenimiento de márgenes de legalidad que son poco usuales en Latinoamérica.

les, organizaciones comunitarias y campesinas, etc.) ha correspondido, en gran parte, al sicario (muy a menudo, menor de edad) realizar el trabajo sucio que demandan tales violencias.

En este escenario de violencias superpuestas han surgido voces de muy diversos sectores del país clamando por el castigo de los jóvenes, proponiendo, por ejemplo, adoptar como mayoría de edad penal, en lugar de los 18, los 16 años -e inclusive menos-, o establecer el criterio del discernimiento (que, virtualmente, tornaría pasibles de pena a todos los jóvenes, pues quienes defienden este criterio sostienen que tanto discernimiento tienen los menores delincuentes, que, precisamente, por ello, se "atreveron" a delinquir).

En el caso específico de los habitantes de los propios barrios populares, y miembros de organizaciones comunitarias, estas reclamaciones tienen alguna justificación, en tanto a ellos corresponde enfrentar diaria y directamente la problemática de los "niños sicarios". No obstante, el este fenómeno ha terminado siendo utilizado por los gobernantes, los medios de comunicación y, en general, por los sectores más conservadores del país para infundir "pánico moral" a las personas y promover campañas de "ley y orden", que incluyen no sólo la propuesta de "mano dura" contra los jóvenes, porque "la actual legislación no permite su castigo", sino, que, además, desembocan en utilización de violencia -¡una más!- contra los jóvenes.

Dos condiciones fundamentales han propiciado la imagen, por demás muy difundida, de que a los menores delincuentes no se les castiga:

En primer lugar, una circunstancia que revela el desinterés de las entidades estatales en hacer efectiva la legislación del menor, en todos los ámbitos de regulación: la práctica **inexistencia de instituciones de carácter cerrado** previstas por el art. 209 del C. del M., y prescritas como medida obligatoria en los supuestos de conductas violentas, especialmente. Con lo cual, los jueces de menores se han visto en la necesidad de no aplicar ninguna medida -salvo, una conminación- a jóvenes autores de delitos de homicidio, por ejemplo.

En segundo lugar, **la ideología tutelar**, que, al presentar al menor como ser diferente, irresponsable, vale decir, inimputable iure et de iure, justifica la intervención en la esfera de derechos del menor como un ejercicio de pedagogía y protección, lo cual permite ocultar que, efectivamente, se le está sancionando penalmente, más aún, que se le está sometiendo a una reacción penal reforzada⁶, en tanto, la

6 Cfr. ANDRÉS IBAÑEZ, P.: El sistema tutelar de menores como reacción penal reforzada, en JIMÉNEZ BURILLO/CLEMENTE (comp.): *Psicología social y sistema penal*, Madrid, Tecnos, 1986, ps. 213, ss.

intervención punitiva, por obra de dicha ideología, no aparece sometida a los límites del derecho penal garantista propio de un Estado social y democrático de derecho (art. 1o. Const. Pol.)

Las consecuencias de lo anterior son nefastas: la pretendida substracción del menor al derecho penal, la impunidad⁷ de sus conductas delictivas ha potenciado -por no decir, ha prestado una disculpa- para articular una suerte de **tecnología del terror** dirigida contra los jóvenes.

En efecto, particularmente desde los años 80 (boom del narcotráfico y del llamado sicariato) se ha desplegado un dispositivo de mecanismos por parte de víctimas, agencias estatales, y organizaciones para-estatales destinados a eliminar físicamente -en muchas ocasiones por medio de las temibles operaciones de limpieza social⁷- a los menores desviados (léase, sicarios, desadaptados sociales, gamines, vagos, raponeros, etc.), cuya característica común parece ser su ubicación en la escala social: la barriada, poco -o ningún- grado de escolaridad, ser miembro de pandillas juveniles, habitante de los barrios del sur de Santafé de Bogotá o de las comunas nororiental o noroccidental de Medellín, así como del Distrito de Aguablanca, Siloé en Cali, etc.

Con ello, sin lugar a duda, los menores desviados también han entrado a conformar la **dicotomía amigo/enemigo** en las relaciones internas de la sociedad colombiana, consolidando al aparato represivo estatal/para-estatal con el fin de mantener el actual estado de cosas y la actual guerra como una cruzada contra los -en plural- enemigos internos.

Ahora bien, al argumento de la impunidad subyace la asunción de que “eximir” del castigo a los menores trae consigo la multiplicación de los actos de violencia, lo cual supone, que esté probado, por una parte, que el sistema penal protege eficazmente contra este tipo de riesgo; y, por otra parte, que es el único mecanismo capaz de asegurar tal protección. Detrás de todo esto sólo se encuentra un acto

7 Estas operaciones han sido denunciadas por AMISTÍA INTERNACIONAL (*Violencia política en Colombia. Mito y realidad*, Madrid, EDAI, 1994, ps. 19 a 20): El homicidio de personas consideradas “socialmente indeseables” -homosexuales, prostitutas, pequeños traficantes de drogas, rateros y drogadictos, indigentes, “niños de la calle” y enfermos mentales- constituye un hecho endémico en las principales ciudades de Colombia. Estos homicidios, denominados “operaciones de limpieza social”, suelen atribuirse a los “escuadrones de la muerte” - que tienen nombres tan temibles como Terminator, Kan Kil, Mano Negra, Los Magníficos o Cali Limpia-, cuando no son reivindicados por ellos. En la mayoría de los casos no se descubre a los asesinos. ... No obstante, en varios casos, se han hallado pruebas de que los integrantes de “escuadrones de la muerte” procedían de las fuerzas de seguridad, sobre todo de la Policía Nacional, y, a menudo, recibían el apoyo de los comerciantes locales.

de fe en la eficacia protectora de la pena, que el funcionamiento del propio sistema penal se ha encargado de desvirtuar, pues, como asevera HULSMAN, se trata de “una máquina ciega cuyo objeto mismo consiste en la producción de sufrimiento estéril.”⁸

Es menester aclarar que la fijación de la mayoría de edad penal a partir de los 18 años no es una patente para delinquir como pretende hacer creer el discurso oficial ni una fuente de impunidad. Debe advertirse, de un lado, que la **cifra oscura** (hechos delictivos que el sistema ignora o descuida) es inmanente al sistema penal⁹; y de otro, que dicha cifra -altísima en nuestro país- resulta funcional al mismo régimen político, que mediante los consabidos “oscuros hechos” jamás investigados (torturas, desapariciones, ejecuciones sumarias, “operaciones de limpieza social”, masacres indiscriminadas...) necesita presentar una fachada libre de faltas, para ocultar su lugar preeminente dentro de los actores violentos. Con lo cual, la impunidad no disminuirá, según creo, porque se empiece a aplicar penas a los menores de edad, sino sólo cuando el sistema penal en este país opere con un cierto grado de efectividad.

Desde esta realidad, tan apretadamente expuesta, en que se instala el menor, cuyo tratamiento está surcado de imágenes discordantes, la presente reflexión se propone discutir los presupuestos de la ideología tutelar, para sostener que su verdadera funcionalidad consiste en realizar una cobertura ideológica de la productividad real de la justicia de menores, potenciando la falacia consistente en hacer aparecer al menor como persona sustraída de los engranajes del sistema penal.

En segundo término, pretende discutir los criterios de fijación de la edad penal, para afirmar que los 18 años, como límite de la minoría de edad penal, constituyen el criterio jurídico y político-criminalmente correcto.

Por último, intenta replantear -dentro de las lógicas limitaciones de este ensayo- la supuesta “irresponsabilidad” del menor, para, por el contrario, reconocerse responsable, como condición inherente a su dignidad humana; lo cual se erige como pauta de orientación para la construcción en Colombia de un derecho penal del menor, democrático y garantista.

8 HULSMAN, L./BERNAT DE CELIS, J.: *Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa*, trad. de Sergio Politoff, Barcelona, Ariel, 1984, p. 80.

9 De esta opinión, HULSMAN, L./BERNAT DE CELIS, J. (*Sistema penal...*, cit., p. 53): ... el sistema penal, lejos de funcionar en la totalidad de los casos, para los cuales tendría competencia, funciona a un ritmo extremadamente apagado.

2. LA REACCIÓN PENAL FRENTE AL MENOR: LA IDEOLOGÍA TUTELAR

Con el fin de desarrollar la crítica a la finalidad protectora de las medidas impuestas al menor señalado como infractor de la norma penal, me permito proponer este punto de partida: Los menores han quedado fuera de las garantías en la aplicación del derecho penal, pero no fuera del derecho penal mismo.

2.1 EL MENOR: UN SER DIFERENTE, IRRESPONSABLE

El concepto de imputabilidad, al establecer la dicotomía imputables/inimputables, contribuye a la formación de un mundo basado en oposiciones irreconciliables: el correspondiente a los hombres libres, responsables, racionales y, del otro lado, el de los determinados, no responsables, irracionales, en último término, diferentes, anormales. Si así sucede, debe reconocerse que la declaración de inimputabilidad, bien sea mediante norma legal como sucede con los menores, o por el juez penal en sentencia, se resuelve en una **descalificación existencial del sujeto** (léase “enfermo”, “irresponsable”, “no motivable”), que lo ubica en una posición de inferioridad respecto de los hombres que están en el primer extremo de la dicotomía aludida, de lo cual se sigue que quedará, en adelante, sometido a lo que otros decidan por él.

Como afirma BUSTOS RAMÍREZ, se termina por “señalar que ciertos individuos no tienen la capacidad vital (existencial) de comprender y actuar según el valor, en otras palabras, de ser libres. Se trata pues de sujetos a quienes, en concreto o existencialmente, les está negada la libertad. Con ello evidentemente el concepto de inimputabilidad lleva aparejada la idea o estigma o etiqueta de minusvalía, de desigualdad existencial. Con ello surgen entonces dos órdenes diferentes, el de los hombres libres y el de los que no lo son. A los hombres superiores les corresponde la protección de los inferiores y estos deben aceptarla sin ninguna otra posibilidad.”¹⁰

De este modo, la declaración de inimputabilidad obra como un mecanismo más de selección del sistema penal, pues permite incluir, mantener o agravar la situación de quienes no se conducen de acuerdo con los valores, la moral convencional y la racionalidad axiológica hegemónica -que no necesariamente mayoritaria¹¹- y, por ello, devienen “anormales”. Sin embargo, la “normalidad” no es un

10 BUSTOS RAMÍREZ, J.: “La imputabilidad en un Estado de Derecho”, en *Bases críticas de un nuevo derecho penal*, Bogotá, Temis, 1982, p. 87-88.

11 Vid. SANDOVAL HUERTAS, E.: *Sistema penal y criminología crítica*, Bogotá, Temis, 1989, p. 39 a 42.

dato “natural”, inmutable y absoluto; es una categoría de este mundo, nacida en tierra de intereses, un producto resultante de una construcción social y jurídica, avalada por la ciencia.

Ahora bien, se declara como finalidad general de la legislación del menor su protección (art. 22 C. del M.); a la misma finalidad corresponden las medidas que se imponen al menor autor de un delito: tutela y rehabilitación según el C.P. (art. 12), fin “eminente pedagógico y de protección”, de acuerdo con el art. 204 C. del M.

Un análisis de la proclamada tutela ha de tener en cuenta la visión del menor como diferente, irresponsable, como inimputable “iure et de iure”, esto es, descalificado existencialmente, de acuerdo a una lógica de dicotomías; con el fin de develar las funciones no-declaradas y, por inconfesadas, altamente represivas y eficaces que subyacen a los fines proclamados.

En efecto, el menor desde la perspectiva del C.P. y C. del M. es un inimputable, una persona incapaz de conocer lo justo y/o de actuar en consecuencia con dicho conocimiento. Es sujeto que carece de capacidad valorativa existencial, por consiguiente, de libertad existencial y por ello no se le puede aplicar una pena, con lo cual el concepto de inimputabilidad, “lleva en sí la tendencia a desconocer el carácter de persona del menor, esto es, de un ser autónomo dotado de derechos y obligaciones. Lo transforma en un ser dependiente del Estado y sujeto a todos sus dictados. Hay pues, una clara estigmatización del menor, es un ser no autónomo, dependiente, en definitiva diferente.”¹²

Huelga poner de presente que cuando una persona es vista como inferior e irresponsable, se sigue como consecuencia necesaria la no paridad en las relaciones sociales y políticas, con la consiguiente segregación y privación de todo tipo de derechos y garantías, y la potestad de los otros para reformarla y rehabilitarla. Por tal razón sostiene GARCÍA MÉNDEZ que, “se sientan de este modo las bases de una cultura estatal de la asistencia, que no puede proteger sin una previa clasificación de naturaleza patológica. Una protección que sólo se concibe en los marcos de las distintas variantes de la segregación y que de otra parte reconoce al niño, en el mejor de los casos, como objeto de la compasión pero de ningún modo como sujeto de derechos.”¹³

12 BUSTOS RAMÍREZ: “Hacia la desmitificación de la facultad reformativa en el derecho de menores: por un derecho penal de menores”, en el mismo (Dir.): *Un derecho penal del menor*, Santiago, Jurídica Conosur, 1992, p. 5.

13 GARCÍA MÉNDEZ, E.: “Para una historia del control penal de la infancia: la informalidad de los mecanismos formales de control social”, en BUSTOS RAMÍREZ, (Dir.): *Un derecho penal...*, cit., p. 164-165, (Cursivas fuera del texto).

Se tiene, pues, que el tratamiento del menor se funda en una especie de teoría "del dominó": la declaración de no responsabilidad acarrea otras no responsabilidades. La negación de capacidad de responder de las propias acciones, lleva aparejada la pérdida de otras dimensiones, esto es, de la responsabilidad como capacidad de autonomía personal y como dominio o autoridad sobre sí mismo¹⁴.

2.2 EL MENOR: ENTRE PROTECCIÓN Y REPRESIÓN

Los efectos de la existencia y del funcionamiento de las instituciones penales para menores y del control social prácticamente no se han tenido en cuenta o se han valorado como un "elemento adicional", particularmente negativo, que interviene en los últimos estadios de la carrera del excluido y del marginado¹⁵. Pero sería difícil negar que se está penalizando a un menor, cuando se le "protege" por medio de la privación de la libertad, esto es, adoptando la "ubicación institucional" (art. 204 C. del M.), al parecer, medida prevalentemente aplicada por la justicia de menores de nuestro país, que es la nueva denominación que se ha venido a dar al encierro.

Ahora, es menester preguntarse, ¿son posibles la reeducación y protección mediante la reclusión?. De ser negativa la respuesta, ¿para qué resultan siendo útiles, cuál es la productividad real de la justicia de menores?

2.2.1 ¿Educación y protección mediante la privación de libertad?

Adaptación del menor o reforma de la sociedad. La idea central de la finalidad de protección o rehabilitación de las medidas penales aplicables al menor es que, como delincuente, es un ser antropológicamente inferior, más o menos desviado o degenerado y que el problema de las medidas aplicables equivale por tanto al de la defensa más adecuada de la sociedad frente al peligro que representa¹⁶. Expresa FERRAJOLI: "Naturalmente esta concepción pedagógica y benéfica de la función

14 Vid. GONZÁLEZ ZORRILLA, C.: "Los menores entre "protección y justicia". El debate sobre la responsabilidad", en BUSTOS RAMÍREZ, (Dir.): *Un derecho penal...*, cit., p. 147.

15 Vid. DE LEO, G.: *La justicia de menores. La delincuencia juvenil y sus instituciones*, trad. de Carlos González Zorrilla, Barcelona, Ed. Teide, 1985, p. 10.

16 De esta opinión, LONDOÑO BERRÍO/SOTOMAYOR ACOSTA, (El Código del menor..., cit., p. 319), para quienes, "En este sentido (el C. del M.) pareciera que se adscribe a la ideología positivista, la cual, al partir del paradigma etiológico, circunscribe el problema criminal a las causas o factores del delito, la que además reduce a las relacionadas con el individuo (patologización del delincuente), consecuentemente con lo cual prescribe su "rehabilitación" por medio de la pena o medida de seguridad, sustrayendo así de cualquier sospecha al sistema penal mismo y a la estructura socio-económica y política imperante".

1997]

represiva, si sirve acaso para sustraerla a la objeción kantiana según la cual ningún hombre puede ser tratado como medio para fines ajenos, va acompañada de una concepción represiva de la función pedagógica."¹⁷

Efectivamente, declarar a alguien susceptible de corrección, reeducación es conferirle el status de un enfermo o anormal, a quien hay que curar, pero ¿qué legítima a una mayoría para imponer su cosmovisión, valores, convicciones, pautas de comportamiento a una minoría?

No falta razón a MUÑOZ CONDE: "En una sociedad que se considere pluralista y democrática, la diversidad de conjuntos normativos, vigentes al mismo tiempo en su seno, es aún más evidente e inevitables son los conflictos que surgen cuando se contraponen. Esto hace que, desde el primer momento, pueda fallar el presupuesto básico de toda resocialización: la identidad entre los que crean las normas y sus destinatarios. La resocialización es, ciertamente, solo posible cuando el individuo a resocializar y el encargado de llevarla a cabo tienen o aceptan el mismo fundamento moral que la norma social de referencia. Pero, ¿cómo puede llevarse esta tarea cuando no se da esta coincidencia? Una resocialización sin esta coincidencia básica significa pura y simplemente sometimiento, dominio de unos sobre otros y lesiona gravemente la libre autonomía individual."¹⁸

Es cuestionable la existencia de un "solo mundo", la "verdad única" del sistema, por cuanto coexisten un ámbito cultural mayor con ámbitos culturales menores; además, entre estos ámbitos culturales pueden haber situaciones de conflicto¹⁹; más aún, los valores éticos deben considerarse desde el punto de vista del individuo, esto es, son subjetivos, relativos, por ello, no necesariamente coincidentes con la moral convencional. Luego, si no es de esperar coincidencia entre quienes crean las normas y sus destinatarios, puede concluirse que el intento resocializador supone la imposición de una idea a costa de la autonomía del menor²⁰, un ejercicio de

17 FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, cit., p. 266. (Subrayados fuera de texto).

18 MUÑOZ CONDE, F.: "La resocialización del delincuente: análisis y crítica de un mito", en AA.VV.: *Política criminal y reforma del derecho penal*, Bogotá, Temis, 1982, p. 136-137.

19 Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, "La imputabilidad...", cit., p. 90 a 95.

20 Debe tenerse en cuenta que quien se ve sometido a tratamiento, pocas veces identifica que está siendo manipulado y presta un "consentimiento artificial", que precisamente, por artificial, no es un verdadero consentimiento. Tal explican los BASAGLIA (Los crímenes..., cit., p. 20): "Quien es objeto de la manipulación y el control de una rama de la ciencia como, por ejemplo, la medicina, es difícil que identifique diagnóstico y cura como una forma de manipulación y de control cuando no de destrucción; en el mejor de los casos la considera una respuesta insuficiente a sus propias necesidades. Pero estas necesidades son manipuladas y condicionadas en razón de la respuesta que se les quiere dar."

violencia que rompe con los lineamientos de un Estado democrático, pluralista, fundado en el reconocimiento de la dignidad humana y la igualdad²¹.

Por lo anterior, sostiene FERRAJOLI que ni la pena o medida de seguridad, ni su ejecución deben tener contenidos o fines morales: "Del mismo modo que ni la previsión legal ni la aplicación judicial de la pena deben servir ni para sancionar ni para determinar la inmoralidad, así tampoco debe tender su ejecución a la transformación moral del condenado. El Estado, que no tiene derecho a forzar a los ciudadanos a no ser malvados, sino solo a impedir que se dañen entre sí, tampoco tiene derecho a alterar -reeducar, redimir, recuperar, resocializar u otras ideas semejantes- la personalidad de los reos. Y el ciudadano, si bien tiene el deber jurídico de no cometer hechos delictivos, tiene el derecho de ser interiormente malvado y seguir siendo lo que es."²²

De otro lado, quitando la libertad, cómo pretender enseñar a vivir en libertad: al recluir al menor en una **institución total**, es decir, en "un lugar de residencia y trabajo, donde un gran número de individuos en igual situación, aislados de la sociedad por un período apreciable de tiempo, comparten en su encierro una rutina diaria, administrada formalmente"²³, se impone un régimen que atenta contra su incolumidad corporal la privación de espacio, las condiciones sanitarias humillantes, las comidas mal preparadas e insuficientes, el confinamiento entre muros estrechos...

A la aflicción corporal, se añade la aflicción psicológica: el aislamiento, la pérdida de socialidad y afectividad, por consiguiente, de identidad, la soledad; en una palabra, se le somete a una degradación de su propia persona, pues, el "omnipresente clima de coerción desvaloriza la estima de uno mismo, hace olvidar la comunicación auténtica con los otros, paraliza la elaboración de actitudes y comportamientos que resulten socialmente aceptables para el día de la liberación."²⁴

Todo lo cual se desarrolla dentro de una estricta **sujeción disciplinaria** que, gracias a la fijación espacial y al sistema de castigos y recompensas organizado por

21 Recuérdese con RADBRUCH (*Relativismo y derecho*, Bogotá, Temis, 1992, p. 6), que, "el contenido de verdad de las diferentes convicciones políticas y sociales no sería científicamente reconocible y, en consecuencia, que todas esas convicciones deberían mirarse como de igual valor. Considerar las convicciones como de igual valor significa tratar a los hombres como iguales."

22 FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, cit., p. 223.

23 GOFFMAN, *Internados. Ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales*, trad. de María Antonia Oyuela de Grant, Buenos Aires, Amorrortu Eds, 1970, p. 13.

24 HULSMAN/ BERNAT DE CELIS, *Sistema penal ...*, cit., p. 51.

el micro-poder institucional²⁵, garantiza la vigilancia sin interrupción de todas las actividades a fin de lograr una completa docilidad y sumisión. Dicho por HULSMAN: "Las reglas de vida en prisión hacen prevalecer las relaciones de pasividad-agresividad y de dependencia-dominación, no dejan prácticamente lugar alguno para la iniciativa y el diálogo; dichas reglas alimentan el desprecio de la persona y son infantilizantes."²⁶

Así pues, la privación de libertad, al segregar al menor de lo social evidentemente no puede pretender reeducar²⁷: "Represión y educación son en definitiva incompatibles, como lo son la privación de la libertad y la libertad misma que constituye la sustancia y el presupuesto de la educación, de manera que lo único que se puede pretender de la cárcel es que sea, lo menos represiva posible y por "consiguiente lo menos desocializadora y deseducadora posible".²⁸

Ahora bien, el punto más crítico de la resocialización reside en responder, resocialización a qué sociedad y para qué²⁹. Si se considera que es la misma sociedad la que produce y define la criminalidad, es lógico preguntarse hasta qué punto tiene sentido hablar de resocialización del menor delincuente en una sociedad que produce ella misma delincuencia: no es el menor, sino la sociedad la que debería ser objeto de resocialización.

Por tanto, hablar de resocialización, corrección, reeducación del menor infractor sin cuestionar, al mismo tiempo el conjunto normativo a que se pretende integrarlo, significa aceptar como perfecto el orden actual. Como expresa SANDOVAL HUERTAS: "...se objeta con idéntica radicalidad el juicio de valor negativo sobre el individuo, que aparece implícito en la concepción resocializadora. De hecho, si se admite que la organización social es digna de ser mantenida por su justicia y racionalidad, el ser humano, aisladamente, considerado debe asumir en su totalidad la responsabilidad por haber realizado comportamientos penalmente

25 Al respecto afirma FOUCAULT (*La verdad y las formas jurídicas*, 3a. ed., trad. de E. Lynch, Barcelona, Gedisa, 1992, p. 134) que, "En estas instituciones no sólo se dan órdenes, se toman decisiones y se garantizan funciones tales como la producción o el aprendizaje, también se tiene el derecho de castigar y recompensar; o de hacer comparecer ante instancias de enjuiciamiento. El micro-poder que funciona en el interior de estas instituciones es al mismo tiempo un poder judicial."

26 HULSMAN/BERNAT DE CELIS, *Sistema penal ...*, cit., p. 51.

27 En sentido semejante LONDOÑO BERRÍO/SOTOMAYOR ACOSTA, "El Código del Menor...", cit., p. 319 a 323.

28 FERRAJOLI, *Derecho y razón...* cit., p. 271.

29 Vid. BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALAREE: "Pena y Estado", en *Bases críticas...*, cit., p. 129, ss.

punibles; y ello es lo que se ha pretendido desde el momento mismo en que se asumió la concepción médica de "tratamiento".³⁰

Llegados a este punto, me permito proponer que el capitalismo se ha limitado a inventar nuevas formas más generalizadoras para controlar, excluir o eliminar a niños y jóvenes, pues aunque es predicable el fracaso, más aún, la contradicción insalvable que envuelven la reeducación y la tutela; parece haber algo comprometido, no declarado tal vez, que permite conservar el uso de la privación de libertad, digo "ubicación institucional", para los menores.

2.2.2 ¿Mantenimiento y reproducción de las relaciones sociales de dominación clasista? La productividad real del tratamiento jurídico-penal de los menores. Sí, como se vió anteriormente, no es posible la reeducación, protección, tutela y rehabilitación del menor por medio de la imposición de medidas privativas de libertad, es necesario dilucidar ahora qué funciones reales cumplen inscribiéndolas dentro de un marco mucho más amplio, a saber: el control social, entendido como la totalidad de instituciones y sistemas normativos, con base en los cuales y mediante estrategias de socialización y procesos selectivos, se pretende obtener la aceptación (voluntaria, artificial o forzada) y el mantenimiento del orden social establecido y sus valores; de modo que ese control se ejerce diferentemente sobre los diversos sectores sociales³¹.

Dentro de este marco referencial considero que la finalidad tutelar del menor, corresponde a las teorías ideológicas de la pena, en tanto, al inscribirse dentro de la prevención especial positiva³² produce en la generalidad de los ciudadanos y en las agencias del sistema penal un consenso en torno a una imagen mixtificadora e ideal de su funcionamiento³³, de este modo, se estabiliza la realidad falsificándola y disimulándola.

Me explico: las medidas aplicables a los inimputables no se diferencian de la pena, por el contrario, suelen ser más aflictivas que ésta, no obstante, no parece que la opinión pública, en general, las perciba como verdaderas sanciones. Igual suerte corren de las medidas aplicables a menores: la imagen más frecuente que las instituciones del sistema de derecho penal del menor dan de sí mismas es la de una positiva aceptación de la delegación social para dedicarse a la reeducación de los menores, con la producción de una sofisticada ideología tutelar de los jóvenes en

30 SANDOVAL HUERTAS, E.: *Penología. Parte general*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1982, p. 129.

31 Vid. SANDOVAL HUERTAS, *Sistema penal...*, cit., p. 3.

32 Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, J: *Introducción al derecho penal*, Bogotá, Temis, 1986, p. 70 a 97.

33 Cfr. BARATA, A.: "Viejas y nuevas estrategias en la legitimación del derecho penal", en *Poder y Control*, núm. 0, Barcelona, PPU, 1986, p. 77 a 92.

dificultades o desviados³⁴, sin embargo, "en nombre de la reeducación, las medidas tutelares se constituyen en el eufemismo que designa y legitima las nuevas formas de segregación."³⁵

En este orden de ideas, las medidas impuestas al menor por la presunta o - pocas veces- comprobada comisión de un hecho definido por la ley como delito, equivale a transferirle a ese individuo toda la responsabilidad por la conducta delictiva -nótese que esta vez el menor sí es responsable-, puesto que ninguna medida afecta a la estructura económica-política e instituciones que pueden tener considerable incidencia en la realización de la conducta ilícita³⁶. Por ello sostiene ACCATTATIS: "El concepto de corrección parte en efecto del presupuesto de que el "agente" del delito sea el individuo singular: él y sólo él es el "culpable" del mal hecho. Entre "evento" delictuoso, "acción" y "agente" se establece un "nexo de causalidad" y en este nexo vive el delito como "ente" en sí. Ente producido por la "libre voluntad". De este modo queda cortado todo nexo "etiológico" entre delito y sociedad. Esto significa, entre otras cosas, que la "sociedad" de ningún modo es responsable del delito; ella es "inocente", como inocentes son todos los ciudadanos que forman parte de la sociedad. La sociedad no es en modo alguno "causa" del delito, ella "se defiende" del delito, y después toma medidas para "redimir" al reo según los preceptos morales y educativos impartidos por la escuela y por la iglesia."³⁷

En todo ello habría que ver la manifestación de "una cultura que no ha querido, no ha podido o no ha sabido pensar la protección de sus componentes más vulnerables fuera de los marcos de declaración previa de algún tipo de institucionalización estigmatizante."³⁸

34 Cfr. DE LEO, : *La justicia de menores...*, cit., p. 6, ss.

35 GARCÍA MÉNDEZ, "Para una historia...", cit., p. 172.

36 Así, SANDOVAL HUERTAS (*Penología. Parte especial*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1984, p. 255): "Además de transferir al individuo toda la responsabilidad por el delito, se niega el carácter histórico-social de éste y se le reduce a la simple aunque irreal condición de un fenómeno producido por la naturaleza del sujeto detenido o condenado. Y con ello, por último, se contribuye a crear y mantener una artificiosa "hostilidad de los medios populares" contra quienes han sido calificados de "delincuentes" por su privación de libertad, lo que, en el fondo, no es otra cosa que una más de las manipulantes divisiones creadas al interior de los sectores sociales bajos o marginados, mientras que, los auténticos responsables de los factores criminógenos descansan tranquilos tras haberse eximido ante los ojos de la colectividad de aquello por lo cual deberían ser perseguidos y enjuiciados."

37 ACCATTATIS, V.: "El sistema carcelario italiano", en BASAGLIA (comp.): *Los crímenes...*, cit., p. 221

38 GARCÍA MÉNDEZ, E.: "La Convención Internacional de los Derechos de la Infancia: del menor como objeto de la compasión-represión a la infancia-adolescencia como sujeto de derechos", en *Nuevo Foro Penal*, núm. 57, Bogotá, Temis, p. 427.

Por supuesto, no sólo se exige a las estructuras económico-sociales de responsabilidad, sino que quienes aparecen como responsables de conductas delictivas son reclutados, en aquella población que "mejor se presta" a ello por proceder de áreas marginadas o con muy baja ubicación en el proceso económico y social³⁹. De esta manera, al generar "un estereotipo de delincuente y circunscribirlo a los miembros de los sectores populares -cuya conflictividad proviene precisamente de la crisis del sistema socioeconómico y del incumplimiento de los deberes sociales del Estado- justifica y "legítima" su marginalidad y su subordinación socioeconómica con base precisamente en su conducta "desviada" o "irregular".⁴⁰

En efecto, dado que las medidas penales impuestas al menor producen relaciones y destinos en instituciones de los que se derivan status y roles de inferioridad y marginación, la intervención sobre las clases más bajas se resuelve en una burla: es un modo de fijar, en el plano institucional, como rol definitivo, una condición de pasividad y subordinación generada en el plano social y estructural⁴¹, con lo cual el derecho penal deviene *prima ratio* del control social, por cuanto, el Estado actúa no para remover las profundas contradicciones y disfuncionalidades que el sistema capitalista propicia, permitiendo a los grupos marginados o discriminados participar en la vida social en igualdad de derechos y posibilidades, conforme prescribe el art. 13 Const. Pol.; sino, para en última instancia, castigarles por su precariedad, criminalizarles por su pobreza: "la toma a su cargo de los menores por parte de las instituciones reeducativas no estaba siquiera motivada por desviaciones declaradas ni síntomas evidentes de irregularidades de la conducta e inadaptación, sino por graves carencias o por la ausencia total de respuestas asistenciales y sociales de tipo primario (familia, escuela, entes locales)."⁴²

A lo sumo, la justicia de menores, viene a confirmar la índole selectiva del sistema penal, la conducción de los castigos, no a eliminar los delitos, sino a distribuirlos, distinguirlos, utilizarlos, ejercitando en la docilidad. Como dice FOUCAULT: "La penalidad sería entonces una manera de administrar los ilegalismos, de trazar límites de tolerancia, de dar cierto campo de libertad a algunos, y hacer presión sobre otros, de excluir a una parte y hacer útil a otra; de neutralizar a éstos, de sacar provecho de aquéllos. En suma, la penalidad no "reprimiría" pura y simplemente los ilegalismos; los "diferenciaría", aseguraría su "economía" general. Y si se puede hablar de una justicia de clase no es sólo

39 Cfr. DE LEO, *La justicia de menores...*, cit., p. 82.

40 LONDOÑO BERRÍO/SOTOMAYOR ACOSTA, "El Código del Menor...", cit., p. 320.

41 Vid. DE LEO, *La justicia de menores...*, cit., p. 72.

42 DE LEO, *La justicia de menores...*, cit., p. 11.

porque la ley misma o la manera de aplicarla sirvan los intereses de una clase, es porque toda la gestión diferencial de los ilegalismos por la mediación de la penalidad forma parte de esos mecanismos de dominación. Hay que reintegrar los castigos legales a su lugar dentro de una estrategia legal de los ilegalismos."⁴³

Otro de los "productos" de la justicia de menores es el ESTIGMA: el adolescente que ha sido internado en una institución, que vive en una fase de crisis evolutiva de la propia identidad personal y social, tiende a asumir aquella que con más reiteración y claridad se le presenta: la identidad de desviado, de delincuente⁴⁴.

Además, la condición objetiva de haber estado sometido a medida privativa de libertad, de inmediato y sin tomar en cuenta ningún otro factor, por la sola circunstancia de su reclusión se le injucia negativamente respecto de sus condiciones personales y se le califica de "antisocial", "peligroso"⁴⁵. Todo lo que contribuye a prepararle el ingreso futuro a prisión, pues para la instancia policial adquiere "status sospechoso" y le vigilará incansablemente; se le limitan las oportunidades educativas, laborales, conduciéndole a la constante contradicción de exigírsele, comportarse como un "ciudadano honorable" mientras se le recortan opciones. Como explican los BASAGLIA: "El efecto paradójico de este estigma es que precisamente de aquellos que han demostrado ya la tendencia a un comportamiento anormal se exige una vida ejemplar y perfecta, porque quien está estigmatizado es reconocible, distinto, se le individualiza rápidamente, habitualmente es más débil, más expuesto, su situación es precaria, no tiene una fuerza económica, social y cultural para oponer a la cruzada cruel que exige de él sólo perfección de conducta y comportamiento."⁴⁶

Así, pues, la proclamada tutela marca, señala menores para garantizar clientela a la cárcel, lugar donde se multiplicarán las funciones no declaradas, las "productividades reales", pues "la prisión fabrica delincuentes, pero los delincuentes a fin de cuentas son útiles en el dominio económico y en el dominio político. Los delincuentes sirven."⁴⁷

43 FOUCAULT, Michel: *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, 18a. ed., México, Siglo XXI, 1990, p. 277-278.

44 Explica GONZÁLEZ ZORRILLA (La justicia de menores en España, epílogo a DE LEO, *La justicia de menores...*, cit., p. 135): "El resultado es una reconstrucción de la identidad del menor que internaliza el estigma y pasa a autodefinirse del modo en que es públicamente conocido: como delincuente. Se produce así un paso crucial, pues transforma la delincuencia o desviación primaria (meramente externa o conductual) en desviación secundaria, es decir, se transforma en un sujeto cuya vida e identidad están organizadas en torno al hecho de la desviación."

45 Vid. SANDOVAL HUERTAS, *Penología. Parte especial...*, cit., p. 258-265.

46 BASAGLIA, "Los crímenes...", cit., p. 84.

47 FOUCAULT, M: *Microfísica del poder*, 3a. ed., Madrid, Eds. de la Piqueta, 1992, p. 90.

Nos resta pedir que, por lo menos, no se diga que los menores han estado fuera del sistema de derecho penal; han estado, sí, fuera de las garantías penales⁴⁸.

3. HACIA UN DERECHO PENAL DEL MENOR

3.1 CRITERIOS LEGALES DE DETERMINACIÓN DE LA MINORÍA DE EDAD PENAL

Una de las maneras en que la edad es relevante para el derecho penal es como primer criterio delimitador de la imputabilidad, puesto que a partir del momento en que se determina el alcance de la mayoría de edad personal, la capacidad de culpabilidad es la regla general, en tanto que la incapacidad de culpabilidad constituye la excepción. Es importante destacar que no ha sido pacífica la discusión en torno a los criterios determinantes de la minoría de edad penal, como no ha sido pacífico el ambiente en que se han asumido posiciones, por lo menos, en lo que a nuestro país respecta. Por ello, entiendo que uno de los puntos clave a debatir dentro de las propuestas acerca de un nuevo derecho penal es, sin lugar a dudas, el de los baremos de determinación de la edad penal.

Existe un período en el cual los menores se hallan totalmente excluidos del sistema de derecho penal (plena minoridad penal), el cual en nuestro ordenamiento jurídico se extiende hasta los doce años (arts. 165 y 167 C. del M.).

Considero que la edad límite inferior debe ser fijada en los **trece-catorce años**, por cuanto si se conviene en que es necesario armonizar la racionalidad general del sistema jurídico de menores, debe convenirse, entonces, en que si a esa edad aproximadamente culmina el cometido escolar que tiene el Estado en subsidio de los padres, sólo a partir de ahí adquiere un mínimo de legitimidad para intervenir mediante el instrumento penal sobre los derechos del menor⁴⁹, a quien, se espera, ha impartido una enseñanza básica secundaria que le aporta cierta capacidad de socialización y motivación social y jurídico-penal.

Ahora bien, respecto del momento a partir del cual pueden imponerse penas al menor, tradicionalmente han operado dos criterios: el discernimiento y el criterio biológico-cronológico.

3.1.1 El discernimiento. Este criterio acusa vaguedad e imprecisión. Unas veces se ha dado al mismo un contenido predominantemente moral de carácter

subjetivo, otras se le ha atribuido identidad con el conocimiento o ignorancia de la legalidad vigente. Para los clásicos, discernimiento es facultad de distinguir el bien del mal, y obrar con discernimiento es poner en vigor aquella facultad que en el acto se realiza⁵⁰; de este modo, puede concretarse en el juicio recto, por medio del cual se distinguen las cosas o las acciones. Obrar de este modo es, no sólo obrar con convencimiento de que se infringe un deber moral general, sino con el juicio suficiente para conocer la índole moral de la acción efectuada y el daño por ella producido⁵¹.

Estimo que no es plausible la utilización de este concepto para delimitar imputabilidad e inimputabilidad, por cuanto, no resulta defendible desde los principios de un derecho penal garantista propio de un Estado social y democrático de derecho, modelo adoptado por nuestra Carta Política (art. 1o. Const. Pol.)

En primer lugar, no se evidencia en el menor una ausencia de inteligencia, intentar negársele sería relegarle a la categoría de cosa. Con lo cual, al reconocerse que el menor, como ser humano, está dotado de conciencia y voluntad se llega, de acuerdo con este criterio al impresentable resultado de que todos los menores ostentan discernimiento, luego son siempre pasibles de pena, perdiéndose la posibilidad de oponer límites a la intervención punitiva del Estado.

En segundo lugar, Qué es el bien?, Qué es el mal? Son categorías inaprehensibles, imposibles de demostrar por ser juicios de valor no verificables ni refutables, pues por su naturaleza no son ni falsos ni verdaderos. Sólo hay bien o mal, por tanto, “buenos” y “malos”, conforme a los fines que se ha planteado el Estado: “Es la “conciencia colectiva”, “consenso nacional suprapartidos”, “la conciencia socio-estatal”, la que impone la desviación. Luego lo que hay que examinar antes que nada es esa “conciencia” y en seguida cuáles y cómo son las vías de internalización de tal conciencia por parte de los individuos.”⁵²

De donde, el juicio de discernimiento deviene maleable según la ideología del Estado que define como “buenos” o “malos” a los individuos según acepten -activa o pasivamente- o impugnen los valores hegemónicos con la consiguiente mediatización del individuo; desemboca en autoritarismo, al pretender imponer una verdad, una determinada escala de valores y prescindir de la minoría o la divergencia, en contravía de los postulados de un Estado democrático y pluralista (art. 1o. Const. Pol.)

50 Cfr. CANTARERO BANDRES, *Delincuencia juvenil* ..., cit., p. 94 a 100.

51 Cfr. MARTÍNEZ GONZÁLEZ, *La minoría...*, cit., p. 429 a 431.

52 BUSTOS RAMÍREZ, J./ HORMAZÁBAL MALAREE, H.: “Pena y Estado”, en *Bases críticas...*, cit., p. 144.

48 Piénsese no más que en relación con el principio de legalidad sólo se consagró la garantía de la legalidad del delito, no así la de la sanción (art. 163 C. del M.); falta la garantía de la doble instancia (art. 167); se conculca el derecho de defensa (art. 16, 185, 191, 199) a pesar de que se le proclama en el art. 17, entre otros.

49 De esta opinión, CANTARERO BANDRES, *Delincuencia juvenil...*, cit., p. 304.

En tercer lugar, se dejaría al menor librado a la autonomía incontrolada e incontrolable del juez, llamado a integrar el concepto discernimiento con valoraciones ético-políticas de naturaleza discrecional (poder judicial de disposición), esto es, con sus propios referentes morales/católicos⁵³ del bien y del mal. En última instancia, el Estado estaría castigando la inmoralidad al mejor estilo del absolutismo, a contrapelo de la secularización del derecho que indica que no existe conexión necesaria entre derecho y moral: "el derecho, según esta tesis, no reproduce ni tiene la misión de reproducir los dictámenes de la moral o de valores ético-políticos, sino que es sólo el producto de convenciones legales no predeterminadas ontológica ni tampoco axiológicamente."⁵⁴

3.1.2 Criterio biológico-cronológico. De acuerdo con este criterio es determinante la edad, entendida como el transcurso del tiempo entre el nacimiento de la persona y el hecho cometido por ella, que abre la posibilidad de actuar determinadas relaciones entre el sujeto y las instituciones jurídicas tutelares. Así, la condición personal de la minoría de edad opera como *eximente* para los menores de dieciocho años, que son reputados inimputables en el marco de una presunción "juris et de iure"⁵⁵ (arts. 34 C.P., 28 y 165 C. del M.)

Como puede verse, en el área de la inimputabilidad del menor se ha desconocido la fórmula mixta de inimputabilidad (que acoge criterios psicológico-normativos) adoptada por el art. 31 C.P., dando cabida a un criterio biológico puro, lo cual ha sido interpretado -desacertadamente a mi parecer- en el sentido de que menor significa "inmaduro" y, por ende, inimputable.

Pareciera razonable la objeción planteada a este criterio, consistente en que "a igual edad no se corresponde igual desarrollo físico y psíquico, ni de madurez social."⁵⁶

No obstante, considero mucho más difíciles de salvar las dificultades -que son amenazas reales para las garantías individuales- que introduce el discernimiento, tal como fue expuesto.

53 Asiste razón a Andrés IBÁÑEZ (Los jueces de las pasiones y las pasiones de los jueces, en *Justicia/conflicto*, Madrid, Tecnos, 1988, p. 262): "No obstante haberse eliminado, más o menos, aquellas referencias explícitas que entrarían en colisión con el pronunciamiento constitucional relativo al carácter laico del Estado, no se ha renunciado por la jurisprudencia la idea de la existencia de una moral (católica) del Estado que debe imponerse coactivamente. Un Estado con vocación de pater familias que implica, por relación de complementariedad, una concepción del ciudadano como menor de edad permanente."

54 FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, cit., p. 218.

55 Véase, MARTÍNEZ GONZÁLEZ, *La minoría...*, cit., p. 431 a 434.

56 CANTARERO BANDRES, *Delincuencia juvenil...*, cit., p. 101.

Más aún, sería incoherente que un menor -imposibilitado para laborar sin previa autorización de autoridad competente; incapaz para contratar, administrar sus bienes, y elegir o ser elegido- se reputa, sin embargo, en condiciones de ser enviado a un establecimiento penitenciario, adecuado para adultos jurídicamente culpables. Por ello estimo con SOTOMAYOR ACOSTA que: "Desde el punto de vista político-criminal y constitucional de la responsabilidad no cabe ninguna duda, sin embargo, de que el de los 18 años constituye el criterio más acertado, por cuanto ese límite lo establecen igualmente otros sectores del ordenamiento jurídico (político y civil, por ejemplo), de manera que la plena participación político-social de la persona sólo se alcanza a esta edad. Y es que sin duda resultaría contradictorio, por una parte, que al menor de 18 años se le considerara penalmente responsable como imputable, conforme a unas leyes en cuya elaboración él no ha tenido ninguna oportunidad de participar, pues ni siquiera puede votar; y, por otro lado, igual contradicción se evidenciaría desde el punto de vista civil, pues no podría entenderse cómo se le puede exigir plena responsabilidad penal a una persona a quien ni siquiera se le reconoce capacidad de contratación."⁵⁷

Además, existe un importante argumento de conveniencia, cual es el de las consecuencias sociales y personales que implica la imposición de las penas para adultos previstas en el C.P. En efecto, el derecho penal de adultos por muy diversas razones, inhabilita al individuo para una plena aceptación, esto es, marca, genera *estigma*. Como explica GOFFMAN: Creemos, por definición, desde luego que la persona que tiene un estigma no es totalmente humana. Valiéndonos de este supuesto practicamos diversos tipos de discriminación, mediante la cual reducimos en la práctica, aunque a menudo sin pensarlo, sus posibilidades de vida."⁵⁸

De consiguiente, la aplicación de penas al menor de edad es contraproducente por cuanto implica fisuras en su proceso de formación personal y participación social.

Finalmente, el carácter de última ratio del derecho penal prescribe que, habida cuenta de que la operatividad real del sistema penal tiene una brutalidad que le es inherente, sólo deba emplearse cuando han fracasado los demás controles sociales, entre los que se cuentan la familia, la escuela, las agrupaciones comunitarias o deportivas, de formación profesional, etc., que tienen como misión educar para la

57 SOTOMAYOR ACOSTA, *Inimputabilidad y sistema penal*, Bogotá, Temis, 1996, págs 258 a 259.

58 GOFFMAN, E.: *Estigma. La identidad deteriorada*, trad. de Leonor Guinsberg, Buenos Aires, Amorrortu, 1970, p. 15.

convivencia a las personas mediante un proceso de aprendizaje. Sería, entonces, una contradicción que cuando el menor se halla aún sometido a otro tipo de controles (sobre todo, la familia y la escuela), se le demande la misma respuesta de quienes ya superaron o, por lo menos, se espera cumplieron dicha etapa de formación⁵⁹.

3.2. LA CONSIDERACIÓN DEL MENOR COMO PERSONA RESPONSABLE

En mi opinión, el planteamiento de un derecho penal de menores debe partir de la desmitificación de la inimputabilidad misma, me explico:

El derecho penal común ha sido configurado respecto de una respuesta de los mayores y no de los menores, es por eso que no puede serles aplicado, siendo entonces, declarados inimputables⁶⁰. Pero si se reconoce que no se trata de una cuestión de naturaleza científica o metafísica, sino de índole **político-criminal**, "porque hace referencia, no a un conjunto de cualidades o aptitudes individuales, sino a un esquema regulador de las relaciones entre los individuos y entre los grupos, tendiente a producir efectos de aprendizaje social y previsibilidad en las relaciones sociales"⁶¹, debe igualmente reconocerse que no se puede sostener que un determinado sujeto carezca de la capacidad de conocimiento existencial y de obrar de acuerdo a él, pues ello supone la creencia de que existencialmente sólo hay un orden de valores y una sola verdad, lo que no es cierto. El sujeto puede tener su propio orden de valores y su verdad tanto en relación con su mundo cultural, como en su modo de enfrentar el sistema social⁶², cosa distinta es que resulte incompatible su racionalidad con la del grupo hegemónico: "el hombre es siempre capaz de racionalidad, de comprensión y de actuar conforme a ella, sólo que su mundo de valores o de referencia puede no ser el mismo que el hegemónico."⁶³

Así las cosas, la existencia del libre albedrío, por indemostrable, resulta siendo una cuestión de fe y de creencia, por tanto, no puede servir de fundamento jurídico al concepto de imputabilidad. De otro lado, por la dignidad humana, se reconoce que toda persona tiene derechos y obligaciones, toda persona es autónoma, por tanto, es inherente a ella ser un sujeto responsable, capaz de dar respuesta a determinadas exigencias⁶⁴.

59 Vid. SOTOMAYOR ACOSTA, *Inimputabilidad...*, p. 259.

60 Vid. BUSTOS RAMÍREZ, "Hacia la desmitificación...", cit., p. 5 y 6.

61 GONZÁLEZ ZORRILLA, "Los menores...", cit., p. 146.

62 Vid. BUSTOS RAMÍREZ, "La imputabilidad...", cit., p. 105 y 106.

63 BUSTOS RAMÍREZ, "La imputabilidad...", cit., p. 109 a 110.

64 Vid. BUSTOS RAMÍREZ, "Hacia la desmitificación...", cit., p. 5.

De consiguiente, plantear la dignidad humana del menor, es reconocer que por principio es responsable de sus actos, que sus acciones le pertenecen y que están dotadas de sentido y de valor para él y para los demás⁶⁵, pero habida cuenta de la situación de desigualdad en el sistema social - sus posibilidades de participar en él se encuentran considerablemente disminuidas- su capacidad de respuesta frente a las exigencias sociales y normativas no es igual a la del adulto y, por ello, tampoco puede serlo el grado de exigibilidad de una conducta diferente⁶⁶, siendo, en consecuencia, indispensable fijar el marco de competencia responsable, esto es, el contexto jurídico institucional en el que la llamada a responder va a desarrollarse.

Este planteamiento, en tanto afirma la responsabilidad del menor y asume que las medidas tutelares son sanciones, advierte la falacia de la negación de restricciones coactivas de derechos o libertad como reacción a la transgresión: la pretendida no -inclusión del menor dentro del sistema de derecho penal, "no puede traducirse en una supresión del nombre bajo el cual se ejercen dichas restricciones o el organismo judicial actualmente encargado de aplicarlas y dejar inmodificado el contenido coactivo de las mismas."⁶⁷

Ahora bien, si se conviene en que **la ideología tutelar y reeducativa ha servido como coartada ideológica para dejar al margen de la jurisdicción de menores todo el complejo sistema garantista que rige en la jurisdicción ordinaria**, igualmente debe convenirse en que, habida cuenta de la imposibilidad lógica de la finalidad protectora y reeducativa del menor por medio de la privación de libertad, deben extenderse todas las garantías del derecho penal y procesal penal⁶⁸ a todos los actos de coerción contra él ejercidos.

Concluyo con BUSTOS RAMIREZ afirmando que: "El juicio de inimputabilidad (esto es, de declarar tal quehacer social compatible con el sistema) no significa en caso alguno limitar las garantías del sujeto, por eso sólo puede implicar excluir una pena criminal (y la estigmatización propia de la pena criminal), pero no excluir a esos ciudadanos de los principios garantistas propios a todo juicio

65 Cfr. GONZÁLEZ ZORRILLA, C.: "La justicia de menores...", cit., p. 138.

66 Cfr. SOTOMAYOR ACOSTA, *Inimputabilidad...*, cit., p. 258.

67 GONZÁLEZ ZORRILLA, "Los menores...", cit., p. 141.

68 Así, CANTARERO BANDRES (*Delincuencia juvenil...* cit., p. 231): "La protección del derecho a la libertad debe interpretarse en un sentido amplio y abarcar en consecuencia toda intervención en la esfera de actuación del individuo, ya sea esta intervención ejercida a través del Código Penal o de otras leyes que partiendo, no ya de la culpabilidad del sujeto, sino de su peligrosidad, constituyen un "segundo Código Penal" que puede servir para sancionar supuestos de peligrosidad social o prolongar los efectos de la pena, y ampliar y desbordar los principios limitadores del poder punitivo en el Estado de Derecho."

de responsabilidad, sea criminal o no, frente a la imposición de una determinada consecuencia por la realización de un injusto.”⁶⁹

EPÍLOGO

Resulta muy inquietante la pregunta de FOUCAULT: “¿por qué razón para enseñar algo a alguien, ha de castigarse o recompensarse?”⁷⁰ A no dudarlo, esta lógica del castigo se inscribe dentro de una estrategia amplísima e inacabada -de la cual no se han escapado los menores- diluida en pequeños ejercicios de poder que contribuyen a mantener incommovible el orden social vigente y sus valores. A denunciar las múltiples falacias e injusticias que se ocultan bajo los procesos de criminalización, persecución penal y castigo deben orientarse los esfuerzos de los estudiosos comprometidos con la libertad y la democracia a fin de implantar una política criminal alternativa o, mejor, una política alternativa al sistema penal.

Este análisis que ahora concluyo pretende inscribirse de tales denuncias, pero, en todo caso, se trata de un compromiso portentoso, si se tiene en cuenta que en una democracia autoritaria como la nuestra los canales de comunicación entre el pensamiento crítico y la opinión pública se encuentran virtualmente ocluidos.

BIBLIOGRAFÍA

- ACCATTATIS, Vicente: “El sistema carcelario italiano”, en BASAGLIA, Franco/BASAGLIA ONGARO, Franca (Comps): *Los crímenes de la paz*, 2ª ed., México, Siglo XXI, 1981, ps. 185 a 230.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto: El sistema penal de menores como reacción penal reforzada, en JIMENEZ BURILLO/CLEMENTE (comp.): *Psicología social y sistema penal*, Madrid, Alianza, 1986; “Justicia/conflicto”, Madrid, Tecnos, 1988.
- AMNISTÍA INTERNACIONAL: *Violencia política en Colombia. Mito y realidad*, Madrid, EDAI, 1994.
- BARATTA, Alessandro: *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, México, Siglo XXI Eds., 1986; Viejas y nuevas estrategias en la legitimación del derecho penal, en *Poder y Control*, núm. 0, Barcelona, PPU, 1987, ps. 77 a 92.
- BASAGLIA, Franco/BASAGLIA ONGARO, Franca: La ideología de la diversidad, en *Nuevo Pensamiento Penal*, año 4, Buenos Aires, Depalma, 1975, ps. 397 a 409; “Los crímenes de la paz”, en los mismos (comp.): *Los crímenes de la paz*, 2ª ed., trad. de Juan Diego Castillo, México, Siglo XXI, 1981, ps. 13 a 102.

69 BUSTOS RAMIREZ, J: *Control social y sistema penal*, Barcelona, PPU, 1987, p. 46.

70 FOUCAULT, *La verdad...*, cit., p. 134.

- BUSTOS RAMÍREZ, Juan: *Bases críticas de un nuevo derecho penal*, Bogotá, Ed. Temis, 1982; *Introducción al derecho penal*, Bogotá, Temis, 1986; *Control social y sistema penal*, Barcelona, PPU, 1987; “Hacia la desmitificación de la facultad reformadora en el derecho de menores: por un derecho penal del menor”, en, el mismo (Dir.): *Un derecho penal del menor*, Santiago, Jurídica Conosur, 1992, ps. 3 a 10.
- CANTARERO BANDRES, Rocío: *Delincuencia juvenil y sociedad en transformación: derecho penal y procesal de menores*. Madrid, Montecorvo, 1988.
- DE LEO, Gaetano: *La justicia de menores: la delincuencia juvenil y sus instituciones*, trad. de Carlos González Zorrilla, Barcelona, Teide, 1985; “Interés, derecho y necesidad: para una evolución de las hipótesis de tratamiento de la desviación de menores”, en BUSTOS RAMÍREZ, Juan (Dir.): *Un derecho penal del menor*, Santiago, Jurídica Conosur, 1992, ps. 177 a 184.
- FERRAJOLI, Luigi: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995; “El derecho penal mínimo”, en *Poder y Control*, núm. 0, Barcelona, PPU, 1986, ps. 25 a 50.
- FOUCAULT, Michel: *Vigilar y castigar. El nacimiento de la prisión*, 18a. ed., trad. de A. Garzón del Camino, México, Siglo XXI, 1990; *Microfísica del poder*, 3ª ed., trad. de Julia Varela y Fernando Alvarez Uría, Madrid, Eds. de la Piqueta, 1992; *La verdad y las formas jurídicas*, 3ª ed., trad. de Enrique Lynch, Barcelona, Gedisa, 1992.
- GALLEGO GARCÍA, Gloria/LOPERA MESA, Gloria: Sobre el derecho en Colombia: Entre el escepticismo y el deber de no renunciar, en *Jueces para la democracia*, Madrid, 1993, ps. 81 a 86.
- GARCÍA MÉNDEZ, Emilio: “La Convención Internacional de los Derechos de la Infancia: del menor como objeto de la compasión-represión a la infancia adolescencia como sujeto de derechos”, en *Nuevo Foro Penal*, núm. 57, Bogotá, Temis, 1992, ps. 421 a 432; Para una historia del control penal de la infancia: La informalidad de los mecanismos formales de control social”, en BUSTOS RAMIREZ, Juan (Dir.): *Un derecho penal del menor*, Santiago, Jurídica Conosur, 1992, ps. 151 a 176.
- GOFFMAN, Erving: *Estigma. La identidad deteriorada*, trad. de Leonor Guinsberg, Buenos Aires, Amorrortu, 1970; *Internados. Ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales*. 2ª ed., trad. de Miguel Angel Agueda de Grant, Buenos Aires, Amorrortu, 1972.
- GONZÁLEZ ZORRILLA, Carlos: “La justicia de menores en España”, epílogo a DE LEO, Gaetano: *La justicia de menores. La delincuencia juvenil y sus instituciones*, trad. de el mismo, Barcelona, Teide, 1985, ps. 109 a 143; “Los menores entre “Protección y Justicia”. El debate sobre la responsabilidad”, en BUSTOS RAMIREZ, Juan (Dir.): *Un derecho penal del menor*, Santiago, Jurídica Conosur, 1992, ps. 131 a 150.
- HULSMAN, Louk/ BERNAT DE CELIS, Jacqueline: *Sistema penal y seguridad ciudadana: Hacia una alternativa*, trad. de Sergio Politoff, Barcelona, Ariel, 1984.

- LONDOÑO BERRÍO, Hernando/SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto: "El Código del menor: ¿Una nueva política criminal?", en *Nuevo Foro Penal*, núm. 49, Bogotá, Temis, 1990, p. 315 a 324.
- MARTINEZ GONZÁLEZ, María Isabel: "La minoría de edad penal", en *Cuadernos de Política Criminal*, Madrid, Edersa, 1983, ps. 385 a 454.
- MUÑOZ CONDE, Francisco: "La resocialización del delincuente: análisis crítico de un mito", en AA.VV.: *Política criminal y reforma del derecho penal*, Bogotá, Temis, 1982, ps. 131 a 154;
- RADBRUCH, Gustav: *Relativismo y derecho*, Bogotá, Temis, 1992.
- SALAZAR, Alonso: No nacimos pa' semilla, en *Análisis*, núm. 4, Bogotá, Cinep, Documentos Ocasionales, núm. 60, 1990.
- SANDOVAL HUERTAS, Emiro: *Penología. Parte general*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1982; *Penología. Parte especial*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1984; *Sistema penal y criminología crítica*, Bogotá, Temis, 1989.
- SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto: *Inimputabilidad y sistema penal*, Bogotá, Temis, 1996.
- UPRIMNY, Rodrigo/VARGAS CASTAÑO, Alfredo: La palabra y la sangre: violencia, legalidad y guerra sucia, en PALACIO, Germán (comp.): *La irrupción del paraestado. Ensayos sobre la crisis colombiana*, Bogotá, ILSA-CEREC, 1991, ps. 105 a 165.

EL HOMICIDIO AGRAVADO DEL ARTÍCULO 324 NUMERAL 5o.: "VALIÉNDOSE DE LA ACTIVIDAD DE INIMPUTABLE"

Juan Carlos AMAYA CASTRILLÓN*

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 324 del Código Penal Colombiano, que establece el tipo agravado de homicidio, dice en su numeral 5o. lo siguiente:

"La Pena será de cuarenta (40) a sesenta (60) años de prisión, si el hecho descrito en el artículo anterior (el tipo básico de homicidio, se aclara) se cometiere: "5o). Valiéndose de la actividad de Inimputable".

Con fines didácticos, es necesario tratar de precisar algunos aspectos importantes de esta circunstancia de agravación, toda vez que normalmente se cree que se debe deducir en casos en donde en realidad no procede su aplicación, lo que obedece, a no dudarlo, a deficiencias en el tratamiento dogmático del asunto, es decir, a falta de precisión de conceptos de la moderna teoría del delito. Por ello, se presenta aquí una propuesta de solución a algunos casos concretos, teniendo como intención la de definir en cuales eventos se puede aplicar y en cuales no es posible hacerlo, pues en realidad, no siempre que en un hecho susceptible de ser adecuado al tipo de homicidio agravado del artículo 324 del C.P. en el que intervenga un menor de edad, un inmaduro psicológico o un trastornado mental (hipotéticos inimputables) se puede deducir, ineludiblemente, la aplicación de la agravante que se pretende comentar.

Igualmente conviene precisar aún más el asunto, dado que en la actualidad en Colombia es frecuente que se presenten homicidios en los que participan (generalmente como autores materiales, aunque también como partícipes, es decir, como instigadores o como cómplices) personas que tienen la calidad de menores de edad, considerados inimputables para todos los efectos por el artículo 34 del C.P. (modi-

* Profesor Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Universidad de Antioquia y Doctor en Derecho y Ciencias Políticas, de la misma.