

El Código del Menor: ¿una nueva política criminal?

“...hay que empezar por decir que lo que está sucediendo con estos jóvenes es, 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 ha encontrado en la violencia, en el sicariato y en el narcotráfico una posibilidad de realizar sus anhelos y de ser protagonista 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.

“Los sicarios ... no son pues un producto exótico sino estado de una realidad social y cultural, que se ha desarrollado frente a los ojos impávidos del país”.

ALONSO SALAZAR¹

El 1° de marzo de 1990 entró en vigencia el decreto 2737 de 1989 (Código del Menor), el cual compendia los aspectos institucionales fundamentales relacionados con los menores. Si bien son muchas las cuestiones cobijadas por dicho estatuto, en esta oportunidad solo queremos presentar algunas consideraciones politicocriminales sobre el mismo.

1. LA PROTECCIÓN DEL MENOR COMO FINALIDAD DEL CÓDIGO DEL MENOR

Es bien sabido que al constituir el derecho penal el último recurso al que debe acudir en un Estado de derecho para proteger determinados bienes jurídicos, la *política criminal* tiene como misión principal

¹ “No nacimos pa'semilla”, en *Análisis*, núm. 4, Bogotá, Cinep, Documentos Ocasionales, núm. 60, 1990, pág. 30.

la de desarrollar todas aquellas medidas de *política social* orientadas a detectar y combatir los factores de carácter individual y social que inciden en la producción del delito, dentro de las cuales la *política penal* es solo una de ellas, aunque, eso sí, la más grave y contundente. En otras palabras, la política criminal señala no solo cuándo ha de entrar en juego el derecho penal, sino también cuál debe ser su configuración concreta para cumplir su función específica dentro de la política social encaminada a luchar contra la criminalidad².

Al respecto es unánimemente aceptado que, en relación con un núcleo importante de la violencia delictiva, la más eficaz, democrática y justa de las respuestas institucionales es aquella política social que hace efectiva realmente la integridad de los derechos humanos, lo cual, si es válido en general, lo es con mucha mayor razón en el caso de los menores.

Conforme a lo dicho, el Código del Menor (C. del M.) declara como su finalidad policriminal la protección del menor (art. 22), lo que se refleja en distintos ámbitos, entre los cuales queremos destacar fundamentalmente dos:

— En primer lugar, en la consagración en el capítulo II del Título Preliminar (arts. 2º al 17) de los derechos sociales, económicos, culturales y políticos del menor en Colombia, que reproduce en forma casi textual los Pactos Internacionales de Derechos Humanos vigentes actualmente en nuestro país (leyes 74 de 1968, 16 de 1972 y 70 de 1986) y la Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989.

— En segundo término, a esta finalidad de protección del menor obedece también el carácter “eminente pedagógico y de protección” (art. 204) que el C. del M. le asigna a las medidas que se imponen al menor responsable de un delito.

Si nos atenemos entonces a los aspectos formales deberíamos celebrar la expedición del C. del M., pues con él Colombia se ha puesto a tono con las exigencias de los organismos internacionales en materia de protección del menor. Sin embargo, ¡nada más alejado de la realidad!, ya que sin pretender negar la importancia de los aspectos arriba señalados y especialmente del relativo a la sistematización de los derechos del menor, lo cierto es que en este ámbito, al igual que sucede con los derechos humanos en general, nos encontramos nuevamente con el intolerable divorcio entre derecho y realidad social, que en nuestro medio ha convertido la positivización de los derechos humanos, y en este caso del menor, en un recurso ideológico para encubrir su ostensible y permanente violación³. Para corroborarlo, basta mirar someramente nuestra realidad.

2. LA REALIDAD DE LOS DERECHOS DEL MENOR EN COLOMBIA

La dura realidad del menor en Colombia contrasta con las declaraciones formales. En efecto, bien sabido que la familia constituye una valiosa instancia de socialización en relación con la población juvenil; de allí la importancia que para la sociedad debe tener la estabilidad e idoneidad familiar para atender los requerimientos del menor, en cuanto a vivienda, salud, educación, alimentación, recreación, etc. Mas, en contradicción con ello, registramos un dato desconsolador: a 1 de abril de 1990 la “canasta familiar” para obreros tenía un costo real de \$ 85.000.00 mensuales, mientras el salario mínimo mensual está fijado en solo \$ 41.025.00⁴. Por consiguiente, para acceder a los mínimos elementos que integran la estrecha “canasta familiar” oficial se requiere que más de dos miembros de las familias pobres trabajen, hecho este que explica en parte dos situaciones:

Por un lado, el desplazamiento que ha venido sufriendo la familia en el proceso de socialización del menor, por cuanto sus miembros adultos se ven obligados a trabajar y a descuidar por tal motivo la formación integral del menor; su puesto pasa a ser ocupado entonces por la “gallada”, la “banda” o la “pandilla”, espacio sociocultural en donde el joven encuentra identidad de problemas y conflictos, a la vez que solidaridad para responder a los mismos⁵.

Por otra parte, este hecho explica también la expulsión del hogar que sufre el menor, ante la necesidad de buscar medios para su propia subsistencia y, en muchas ocasiones, la de su misma familia, creándose de esta forma condiciones favorables a la configuración del niño de la calle (“gaminismo”), la explotación laboral del menor, su prostitución y su integración a diversas formas de delincuencia. Con el agravante de que en todos estos casos el menor asume obligadamente un rol de adulto, con las consecuencias lesivas que ello comporta para su formación.

Pero si para subsistir es necesario el trabajo de más de dos miembros de una familia pobre, dicha situación se ve agravada por el hecho de que a junio de 1990 el desempleo en las cuatro principales ciudades del país (Bogotá, Medellín, Cali y Barranquilla) era estimado en el 10.7% de la población económicamente activa, según datos del DANE. En dicha fecha, según la misma fuente, Medellín registró el más alto índice de desempleo del país, con un 12.9%, aunque la Alcaldía de Medellín sitúa dicho índice en un 20% (que históricamente es el más alto)⁶. A su vez, el promedio de subempleo en estas mismas ciudades lo sitúa el DANE en un 10.8% de la población económicamente activa, con dimensiones dramáticas en ciudades como Cali, donde los subempleados llegan al 18.1%⁷.

Además, según la UNICEF, en la actualidad existen 9.600.000 colombianos cuyas edades oscilan entre los 7 y los 18 años, de los cuales 4.162.000 (43.3%) se

⁴ *El Tiempo*, Bogotá, abril 10 de 1990, pág. 16A y *El Mundo*, Medellín, mayo 6 de 1990.

⁵ Vid. RUBÉN DARÍO JARAMILLO C., “La oscura cobertura de la violencia”, en *Nuevo Foro Penal*, núm. 48, Bogotá, 1990 y JULIO JARAMILLO MARTÍNEZ/DIEGO ALEJANDRO BEDOYA, “Ensayo interdisciplinario sobre el sicariato”. Ponencia presentada durante el Seminario-Taller: “Alternativas frente a la delincuencia juvenil en la Comuna Nororiental”, Fundación Social-Corporación Región, San Pedro (Antioquia), agosto de 1990. Cfr. también CECILIA MUÑOZ V./XIMENA PACHÓN C., *Gamines. Testimonios*, Bogotá, Carlos Valencia Editores, 1980.

⁶ *El Tiempo*, Bogotá, julio 11 de 1990, págs. 1A y 8A; *El Colombiano*, Medellín, julio 11 de 1990, pág. 2A; y *El Mundo*, julio 11 de 1990, pág. 9.

⁷ *El Tiempo*, Bogotá, julio 16 de 1990, págs. 1B y 9B.

² Cfr. ÁNGEL DE SOLA DUEÑAS, “Política social y política criminal”, en AAVV: *El pensamiento criminológico*, t. II, Bogotá, Edit. Temis, 1983, pág. 247; también, FRANCO BRICOLA, “Política criminal y derecho penal”, en *Revue Internationale de Droit Pénal*, núm. 1, 1978, págs. 105 y ss.

³ Cfr. PEDRO PABLO CAMARGO, *Crítica a la Constitución colombiana de 1886*, Bogotá, Edit. Temis, 1987, págs. 332 a 419, y RODRIGO PARRA SANDOVAL, *Ausencia de futuro*, Bogotá, Edit. Plaza y Janés, 1987, págs. 97 y ss.

encuentran en la pobreza absoluta y 2.032.000 (21.2%) sobreviven en condiciones de pobreza crítica⁸, situación a la cual deben agregarse las cifras que presenta GUTIÉRREZ ARANGO sobre la situación del menor trabajador, que aunque referidas a años anteriores no han variado sustancialmente: 3.500.000 niños trabajadores; el 50% trabaja siete días a la semana; el 41% labora más de nueve horas diarias; el 35% lo hace exclusivamente durante la noche; la mayoría no tiene contrato de trabajo; el 35% de los menores trabajadores entre los 14 y los 18 años son analfabetos; el 90% no está amparado por la seguridad social, no goza de ninguna otra protección ni recibe prestaciones sociales; el 30% no recibe salario; el 50% presenta síntomas de desnutrición y mala alimentación; y el 20% presenta retardo intelectual⁹.

Esta violencia estructural, cuya monstruosa dimensión aparece desvelada por las cifras estadísticas aquí referenciadas, explica el genocidio contenido en los altos porcentajes de mortalidad infantil: el 46 por mil en el país y el 150 por mil en zonas como el Chocó¹⁰.

Todo lo anterior se ve reflejado, por ejemplo, en la ciudad de Medellín, donde los datos sobre las condiciones socioeconómicas de sectores populares como la Comuna Nororiental, permiten acercarnos a las raíces más profundas del origen de la violencia de los jóvenes de dicha zona: tiene una densidad poblacional de 345 habitantes por hectárea, llegando en algunos barrios a 568; en una parte de ella la comuna N° 1, constituida por 15.432 familias, el salario promedio por familia es de \$ 47.671.00¹¹; el 55.6% de los jóvenes entre los 12 y los 18 años no estudian por existir un déficit de aulas de 164 en la primaria y de 909 en la secundaria; el desempleo juvenil, el más alto de todos los grupos poblacionales, es del 35%; la deficiencia de vivienda es del 57.7%; y la mortalidad infantil llega en algunas zonas al 65.8%¹².

Es esta, pues, la realidad de los derechos del menor en nuestro país. Como se puede apreciar, las reiteradas legislaciones, convenios y declaraciones no se corresponden con la política oficial, lo cual no parece gratuito dado que esta franja poblacional no tiene posibilidades de votar ni ostenta condiciones para organizarse y movilizarse en contra de las políticas oficiales lesivas de sus derechos, además de que el menor marginado es considerado prácticamente un desecho cuya recuperación no amerita el menor esfuerzo. Un testimonio claro de esta política "social" oficial lo constituye la manifestación de Carolina de Barco, quien reconoció que *los recursos presupuestados para la atención de los niños pobres (educación, nutrición, recreación, etc.) fueron utilizados en última instancia "para combatir el narcotráfico", es decir, en armas y represión*¹³. Fueron afectados precisamente los recursos

⁸ *El Colombiano*, Lecturas Dominicales, Medellín, febrero 18 de 1990.

⁹ ROBERTO GUTIÉRREZ ARANGO, *Drama y tragedia del menor trabajador*, Bogotá, Beneficencia de Cundinamarca, 1984; también, PEDRO PABLO CAMARGO, *Crítica a la Constitución...*, cit., págs. 409 a 412.

¹⁰ *Colombia hoy informa*, núm. 80, Bogotá, 1990, pág. 22.

¹¹ *El Colombiano*, Medellín, mayo 23 de 1990.

¹² COMISIÓN DE DESARROLLO ECONÓMICO-SOCIAL, "Elementos sobre la situación socioeconómica de la Zona Nororiental". Ponencia presentada al Seminario-Taller: "Alternativas frente...", cit.

¹³ *El Colombiano*, Medellín, julio 4 de 1990.

presupuestados para atender a la niñez. No se pensó en cambio en destinar a tal fin los llamados "auxilios parlamentarios", cuyo manejo corrupto todos conocemos; tampoco se pensó en financiar la "guerra contra las drogas" con los recursos destinados a pagar el capital y los intereses usureros de la deuda externa, principalmente cuando parte significativa de su origen proviene de la compra de armas para luchar contra el "narcotráfico", que, como problema internacional, es también un problema de los países con los que Colombia tiene contraídas dichas obligaciones (EE.UU., Europa Occidental, etc.). Mucho menos se creó un impuesto específico para atender el problema del menor, como sí se hizo en cambio para sufragar los gastos de la lucha contra el movimiento insurgente.

3. ¿FINALIDAD PROTECTORA DE LA REACCIÓN PENAL FRENTE AL MENOR?

A) *La ideología tutelar en el C. del M.* Ya hemos señalado que el C. del M. le otorga una finalidad de protección o rehabilitación a las medidas penales aplicables al menor. En este sentido pareciera pues 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, las 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 socioeconómica y política imperante.

En el marco de esta política "protectora", del C. del M. privilegia la familia como institución fundamental en el proceso de socialización del menor, interviniendo el Estado solo cuando esta fracasa en dicho propósito. No obstante, como hemos visto, el sistema socioeconómico imposibilita que la familia pueda atender los requerimientos fundamentales del menor; luego, frente a esta situación, parece por lo menos discutible la legitimidad de un Estado que sin cumplir con su obligación de satisfacer tan siquiera las necesidades mínimas de la familia y el menor, aparenta una neutralidad que no tiene para intervenir penalmente sobre este último, con el pretexto de "asistirlo" o "protegerlo", cuando, si la sociedad produce la delincuencia, no es el delincuente sino esta la que debe ser objeto de la resocialización¹⁴.

B) *"Protección" por medio de la privación de la libertad.* A las anteriores consideraciones hay que agregar el hecho de que si bien es cierto que cualquier sanción penal que se imponga al menor no puede prescindir del contenido educativo necesario para estimular su proceso de socialización¹⁵, resulta cuando menos inconveniente que ello se pretenda precisamente privando al menor de su libertad;

¹⁴ Cfr. FRANCISCO MUÑOZ CONDE, "La resocialización del delincuente: análisis y crítica de un mito", en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 7, Madrid, 1979, pág. 93; en igual sentido, J. GUILLERMO ESCOBAR MEJÍA/HERNANDO L. LONDOÑO BERRÍO, "El tratamiento penitenciario (art. 68 C.P.) desde la perspectiva criminológica y político criminal", en *Nuevo Foro Penal*, núm. 27, Bogotá, 1985, págs. 81 y ss.

¹⁵ Así, CARLOS GONZÁLEZ ZORRILLA, "Minoría de edad penal, imputabilidad y responsabilidad penal", en *Documentación Jurídica*, núms. 37/40, Madrid, 1983, pág. 179.

más aún cuando a las cárceles para menores les son aplicables las mismas críticas y cuestionamientos que en general se formulan a las *instituciones totales*, toda vez que en ellas también se desdibujan u opacan para el menor los valores, pautas y roles positivos vividos anteriormente, con la consiguiente pérdida de identificación con los mismos (*desculturización*), a la vez que se adapta a las expectativas, condiciones y roles carcelarios de consecuencias irreversibles para su personalidad (*prisionización*) y a la imagen de la sociedad sobre él (*estigmatización*). Respecto de esta última habría que agregar que sus consecuencias son más graves y profundas en el caso de los menores debido a que, como señala ANDRÉS IBAÑEZ, su proyección no se circunscribe al acto sino que cobija la persona misma, y porque además la despersonalización se opera en un momento fundamental de formación de la identidad del individuo, como es la adolescencia¹⁶.

Es más, si bien la justicia de menores fracasa en su función "protectora", obtiene logros importantes respecto de objetivos no declarados explícitamente:

1) 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".

2) Tutela de manera diferencial a los jóvenes pertenecientes a los estratos altos de la sociedad, de modo que sus ocasionales o reiteradas desviaciones como adolescentes no perjudiquen sus posibilidades de inserción social, es decir, de ocupar los puestos y roles que les están reservados en consideración a la clase social a la que pertenecen. De esta forma, se proyecta al mismo tiempo una personalidad no-delincuente: la de quienes por su poder político y económico son completamente inmunes al sistema penal.

3) Produce al mismo tiempo no solo la difusión del control social sobre los grupos sociales más pobres y marginados, sino también efectos u oportunidades de consenso y cohesión entre todas las clases sociales¹⁷.

Esta ideología y funciones del sistema penal de menores, especialmente en lo que tiene que ver con su carácter selectivo¹⁸, aparecen reflejadas en el papel prevalente que tiene la privación de la libertad dentro de las medidas penales aplicables al menor. Así, a pesar de que el C. del M. consagra una serie de medidas entre las cuales la "ubicación institucional" (eufemismo por reclusión) es apenas una de ellas (art. 204), los criterios de los que se hace depender su imposición la convierten en la medida aplicable por excelencia. Veamos:

¹⁶ PERFECTO ANDRÉS IBAÑEZ, "El sistema tutelar de menores como reacción penal reforzada", en CLEMENTE/JIMÉNEZ BURILLO (comp.): *Psicología social y sistema penal*, Madrid, Edit. Alianza, 1986, pág. 224; asimismo, CARLOS GONZÁLEZ ZORRILLA, "La justicia de menores en España", epílogo a G. DE LEO: *La justicia de menores*, Madrid, Edit. Teide, 1985, págs. 134 y 135.

¹⁷ Cfr. GAETANO DE LEO, *La justicia de menores*, cit., págs. 81-82 y CARLOS GONZÁLEZ ZORRILLA, "La justicia de menores...", cit., págs. 133 a 135.

¹⁸ Utilizamos este término en el sentido señalado por EMIRO SANDOVAL HUERTAN, *Sistema penal y criminología crítica*, Bogotá, Edit. Temis, 1985, pág. 29.

En primer lugar, dicha reclusión se puede imponer cuando el juez considere que el medio familiar no es "adecuado" para el menor (arts. 203-2 y 208); ello, es de suponer, sucede cuando existe pobreza o "insolvencia moral" de los padres o de las personas de las que depende el menor (art. 182).

Como se observa, la reclusión aparece vinculada a variables inclusive ajenas a la personalidad del menor, como son las condiciones económicas y morales del grupo familiar al que pertenece, lo cual la convierte en una medida dirigida exclusivamente a los sectores pobres de nuestra sociedad.

Como si lo anterior fuera poco, el internamiento en una institución cerrada resulta *obligatorio* (art. 209) no solo en razón del incumplimiento injustificado de una medida anteriormente impuesta, sino cuando el hecho se realiza "mediante grave amenaza o violencia a las personas" (no se relacionan hechos en particular, por lo que pareciera que puede tratarse de cualquier hecho punible) y "por reiterada comisión de infracciones penales" (tampoco se especifica, por lo que en principio puede tratarse de delito o contravención, doloso o culposo). Estos criterios, por obra de su indeterminación, en la práctica tienden a convertirse en verdaderos mecanismos selectivos de la justicia de menores, pues si es cierto que la criminalidad es un bien negativo distribuido entre los estratos inferiores de la sociedad¹⁹, no se requerirá mucho esfuerzo para constatar quiénes son los menores que actúan mediante "graves amenazas o violencia" y quiénes los reincidentes. En este ámbito, pues, el C. del M. ha retrocedido enormemente en relación con los postulados del Código Penal al revivir la reincidencia, institución que, como tributaria directa del más puro peligrosismo, permite un control ilimitado sobre el sujeto, al tiempo que oculta la incidencia de las condiciones estructurales en la generación del delito²⁰. Por este motivo puede afirmarse entonces que en la práctica el sistema penal de menores constituye una *respuesta penal reforzada*, dado que bajo la ideología tutelar se profundiza una represión penal de contenido idéntico a la que recae sobre los adultos, pero sin las garantías y límites de esta²¹.

C) *¡Una protección de papel!* De todas formas, la protección del menor no se lleva a cabo solamente porque ello se pretenda privando al menor de su libertad. Se trata sobre todo de un problema estructural que hace que en Colombia sepamos

¹⁹ Cfr. ALESSANDRO BARATTA, *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, México, Edit. Siglo XXI, 1986, págs. 167 y ss.

²⁰ Cfr. J. GUILLERMO ESCOBAR MEJIA/HERNANDO L. LONDOÑO BERRIO, "El tratamiento penitenciario...", cit., págs. 81 y ss. Sobre el carácter ideológico de la peligrosidad, JUAN OBERTO SOTOMAYOR ACOSTA, "Crítica a la peligrosidad como fundamento y medida de la reacción penal frente al inimputable", en *Nuevo Foro Penal*, núm. 48, Bogotá, 1990.

²¹ Cfr. PERFECTO ANDRÉS IBAÑEZ, "El sistema tutelar de menores...", cit., págs. 221-225. Sobre las garantías penales y procesales debemos señalar que el C. del M., pese a sostener que todo menor tiene derecho a que se respeten sus garantías constitucionales y procesales (art. 17), contiene no pocas violaciones de tales garantías. Así, por ejemplo, en relación con el principio de legalidad el art. 163 solo consagró la garantía de la legalidad del delito, no así la de la sanción, lo cual lleva a que más adelante (arts. 204-5) se diga que fuera de las medidas allí previstas el juez puede imponer "cualquier otra medida que contribuya a la rehabilitación del menor", desconociendo así el más sagrado de los principios del derecho penal. De igual forma aparecen flagrantes violaciones al derecho de defensa (arts. 166, 185, 191 y 199), pese a que expresamente se reivindica en el art. 17; así sucede también con otros principios procesales como el de la doble instancia (art. 167) y el de la libertad personal.

EL CÓDIGO DEL MENOR: ¿UNA NUEVA POLÍTICA CRIMINAL?

de antemano que los postulados del C. del M., en la gran mayoría de los casos, se quedarán en el papel, no solo porque configuran una política criminal vinculada a una política social de protección del menor que no existe en la realidad —y más que eso, contraría a la ya reseñada política oficial real—, sino también porque históricamente está demostrado que una de las funciones principales de la cárcel —también la de menores— en las sociedades dependientes ha sido la de servir como mero depósito de una parte de la población cesante²². En realidad, las medidas de “protección” y “rehabilitación” son producto de la ideología del Estado social o benefactor a que condujo el desarrollo capitalista de las sociedades altamente industrializadas, el cual, obviamente, no ha existido nunca en Colombia. Al establecer tales medidas en nuestra legislación, olvidamos sin embargo que la eficacia real de las normas no depende de su validez formal sino de la fuerza motriz que le viene dada por el sistema socioeconómico y político que le dio origen y que, por lo tanto, para proteger al menor no se requieren tanto normas jurídicas como si una profunda y verdadera transformación del Estado y la sociedad colombiana. Mientras tanto, como quedó dicho, ofrece muy poca credibilidad un Estado que se propone proteger al menor delincuente, cuando ni siquiera garantiza la satisfacción de las necesidades mínimas de quienes no lo son (y que precisamente por ello un buen número de estos más tarde lo serán).

Buena prueba de esto la constituye el hecho de que los “centros especiales” de reclusión de los menores infractores de ley penal que prevé el C. del M. no existían —ni existen todavía, y la experiencia enseña que nunca existirán— al momento de entrar en vigencia dicho estatuto²³. De ahí que en tanto persistan situaciones como esta el derecho penal en nuestro medio, y en el caso concreto del C. del M., seguirá siendo ante todo un mero manto ideológico con el que los sectores dominantes encubren sus verdaderos objetivos y prácticas, mediante discursos jurídicos importados²⁴. Mientras tanto, la *violencia como institución* y sin formalismos

²² Cfr. JESÚS ANTONIO MUÑOZ GÓMEZ, “Apuntes para un enfoque histórico sobre los sistemas punitivos en Colombia”, en *Nuevo Foro Penal*, núm. 45, Bogotá, 1989, pág. 383. Debe tenerse en cuenta que en sociedades como la nuestra la cárcel cumple también funciones simbólicas importantes, como la de legitimar la vindicta pública, por medio de la figura del “chivo expiatorio”; sobre este y otros aspectos, véase a EMIRO SANDOVAL HUERTAS, *Penología*, parte especial, Bogotá, Publicaciones Universidad Externado de Colombia, 1984, págs. 257 y ss.

²³ Ante lo cual la reclamación indignada de un sector de los medios de comunicación y de los propios círculos oficiales (incluidos algunos jueces de menores y magistrados) no estuvo encaminada a presionar por la creación lo más rápidamente posible de los mismos por cuanto de otra manera continuaríamos afrontando contra la dignidad del menor, sino, por el contrario, a exigir más *defensa social*, cuestionando para ello dos de los logros más importantes del C. del M., cuales son el establecimiento de la minoría de edad penal a los 18 años y la separación del lugar de reclusión de los menores del de los adultos, principios que, además, no son más que concreción de los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos y de la Convención sobre los derechos del menor.

²⁴ Cfr. JUAN OBERTO SOTOMAYOR ACOSTA, “¿Derecho penal liberal o derecho penal crítico en Colombia?”, en AAVV: *Francesco Carrara. Homenaje en el centenario de su muerte*, Bogotá, Edit. Temis, 1988, págs. 258-259. Más ampliamente, ERNESTO GARZÓN VALDEZ, “Acerca de las funciones del derecho en América Latina”, en *Cuadernos de la Facultad de Derecho*, núm. 3, Universidad de Palma de Mallorca, 1982, págs. 21 y ss. y JUAN BUSTOS RAMÍREZ, “Estructura jurídica y Estado en América Latina”, en G. RUSCHE/O. KIRCHHEIMER: *Pena y estructura social*, Bogotá, Edit. Temis, 1984, págs. XLVII y ss.

seguirá siendo la forma de control por excelencia; y de ella, en Colombia, no escapan ni siquiera los menores.

4. REFLEXIÓN FINAL: EL “SICARIATO” JUVENIL O LA ADMINISTRACIÓN DE LOS ILEGALISMOS

No queremos terminar sin hacer antes una corta reflexión sobre el problema de la delincuencia juvenil en nuestro país, y más concretamente sobre la figura del “sicario” juvenil, cuya existencia, sin duda, constituye el más grande cuestionamiento para una sociedad. Por ello cabe la pregunta: *¿a quién ha sido útil el “sicariato” en Colombia?* Al respecto, un somero repaso de nuestra violencia nos muestra, en forma recurrente, que el “sicariato” (inclusive el de menores) ha sido utilizado como medio privilegiado para destruir formas organizativas de la sociedad civil que han luchado por reivindicaciones sociales y democráticas: los derechos humanos, el derecho de asociación, la justicia social, la auténtica soberanía en todos los órdenes, la reforma agraria, la organización estudiantil, los derechos indígenas, etc. Así lo han corroborado recientemente los medios de comunicación al informar que, hasta mayo de 1990, durante el gobierno del Presidente Virgilio Barco se habían producido 8.540 homicidios con carácter político (suma que llega hasta 12.383 si se incluyen los muertos en “acciones bélicas”), siendo el 70% de las víctimas militantes de “diversas organizaciones izquierdistas, progresistas, sindicalistas o defensores de los derechos humanos”²⁵.

Esta situación es aún más evidente en el patético caso de la ciudad de Medellín, donde tentativas auténticas de organización autónoma de la sociedad civil (por ejemplo las realizadas en las comunas nororiental y noroccidental) en procura de construir una democracia real —promoviendo tanto formas solidarias de integración de los jóvenes a proyectos participativos diferentes al bipartidismo tradicional y a las brigadas cívico-militares, como también su papel como transformadores, y no receptores, de la realidad— fueron desarticulados violentamente, al ser consideradas formas encubiertas de subversión. *Y para ello se hizo uso del “sicariato”*, conformado por el lumpenproletariado que genera la marginalidad propia del capitalismo periférico.

Además, solo cuando esta violencia “sicarial” empieza a desbordar los marcos iniciales y pasa a constituir un serio peligro para la seguridad del poder, al ser utilizada en su contra por actores como el “narcotráfico” —y empieza a asesinar a jueces, miembros de las fuerzas de seguridad, empresarios y prestantes personalidades políticas—, se articula un proyecto para contenerla, que reproduce las tácticas que predominaron en la lucha contrainsurgente (torturas, desapariciones, genocidios,

²⁵ *El Colombiano*, Medellín, mayo 22 de 1990, págs. 1A y 2A. Además, COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS, *Sistema judicial y derechos humanos en Colombia*, Bogotá, 1990, págs. 207-208 y COMISIÓN DE ESTUDIOS SOBRE LA VIOLENCIA, *Colombia: violencia y democracia*, Bogotá, Universidad Nacional, 1987, págs. 67 a 69 y 92 a 96.

etc.), lo cual se aprovecha para ejercer un control total de la población civil. Así, con el pretexto de la lucha contra el "sicariato" se militarizan los barrios populares y los espacios civiles; se allanan todas las residencias de un barrio, desconociendo la garantía constitucional de la inviolabilidad del domicilio; por diferentes medios se difunde, para legitimar esta práctica, el estereotipo del joven de barrio popular = sicario = delincuente, y se estigmatiza a todo grupo de jóvenes o menores reunidos en cualquier esquina de un barrio popular como "pandilla juvenil" o "grupo de sicarios". Obviamente, la difusión de este estereotipo no es gratuita, resultando patente su funcionalidad política, por cuanto:

a. Circunscribe la violencia a la figura del "sicario", a quien se identifica como persona de estrato social bajo o lumpenizado, producto de la degradación moral propia de su clase y manipulado por "fuerzas oscuras", cercanas generalmente al "narcotráfico", que quieren desestabilizar la "democracia", encubriendo con ello la existencia de las otras violencias, entre las cuales la estructural y el terrorismo del Estado figuran en primer plano.

b. Disciplina por medio del terror a los grupos sociales directamente afectados por la crisis del modelo económico del capitalismo periférico, que sin lugar a dudas presenta dimensiones dramáticas en los grupos marginales de la población urbana.

c. De igual forma, intimida y reprime toda manifestación de lucha por transformar la realidad social y toda resistencia al ejercicio arbitrario de la fuerza pública.

Inclusive, estas nuevas formas de control social se intentaron legitimar jurídicamente mediante el decreto 1336 de 1990, que obligaba a los jefes de hogar a suministrar a la policía toda la información sobre la ocupación, identidad, apodos, etc. de los residentes en su casa de habitación, y que por fortuna fue derogado a los pocos días por el propio gobierno, "debido a la desconfianza de la población hacia ciertos niveles de la autoridad y por no haber clima propicio para su aplicación"²⁶.

Luego, frente al tratamiento del "sicariato" en nuestro país cobra plena vigencia lo expresado por FOUCAULT en el sentido que los castigos no están destinados a suprimir las infracciones, sino más bien a distinguir las, distribuirlas y utilizarlas: "tienden no tanto a volver dóciles a quienes están dispuestos a trasgredir las leyes, sino que tienden a organizar la trasgresión de las leyes en una táctica general de sometimientos. 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 una parte y hacer útil a otra; de neutralizar a estos, de sacar provecho de aquellos. En suma, la penalidad no 'reprimiría' pura y simplemente los ilegalismos; los 'diferenciaría', aseguraría su 'economía' general"²⁷.

HERNANDO LEÓN LONDOÑO BERRIO
JUAN OBERTO SOTOMAYOR ACOSTA

Profesores de Derecho Penal de la Universidad de Medellín

Agosto 25 de 1990

²⁶ *El Tiempo*, Bogotá, julio 7 de 1990, págs. 1A y 8A.

²⁷ MICHEL FOUCAULT, *Vigilar y castigar (nacimiento de la prisión)*, México, Ed. Siglo XXI, 1981, pág. 277.