

El problema de la autonomía moral en la sanción penal de los menores de edad

Trabajo de grado para optar por el título de “Magíster en Filosofía”

Autor: Javier Darío Pabón Reverend

Director de proyecto de grado: Dr. Wilson Herrera

Bogotá D.C.,

2016

Universidad del Rosario
Escuela de Ciencias Humanas
Maestría en Filosofía

“El problema de la autonomía moral en la sanción penal de los menores de edad”

Resumen:

El presente artículo describe el problema filosófico que surge a partir del esquema de sanción de los adolescentes infractores de la ley penal en Colombia. Se aproxima al problema a partir del concepto de la autonomía moral, así como su materialización en el elemento de culpabilidad en el esquema legal colombiano del delito. A continuación, ilustra de qué manera la cultura de legalidad de una sociedad determinada puede incidir en la autonomía moral del adolescente. Por último, presenta de qué manera la imposición de sanciones a los adolescentes puede conllevar la aplicación de un modelo de culpabilidad estricta. La conclusión pretende mostrar por qué este tipo de esquema constituye un problema filosófico, en los términos descritos.

Abstract:

The present article describes the philosophical problem that emerges from the sanctioning scheme of teenage criminal offenders in Colombian criminal law. It approaches the problem from the concept of moral autonomy, as well as its materialization within the element of culpability introduced by the Colombian legal scheme of a felony. Then, it illustrates the way in which a society's culture of legality can impact a teenager's moral autonomy. Last, it presents the way in which the imposition of punishments to teenagers may entail the application of a model of strict liability. The conclusion hopes to show why this type of scheme constitutes a philosophical problem, according to these terms.

Introducción.

La filosofía moral se ha planteado diversos problemas acerca de la libertad y la autonomía de los individuos, y de qué manera esto puede llegar a potencializarse –o por el contrario limitarse- en aquellos casos en los que la autonomía individual se ha de interrelacionar con fuentes de poder que podrían llegar a limitarla. Una de esas fuentes de poder capaz de limitar esa autonomía es el ordenamiento jurídico vigente del Estado. Ese ordenamiento es capaz de calificar de legal, ilegal o ilícita una conducta cometida por un individuo. Por ello, se presenta un problema al analizar la legitimidad del Estado al imponer sanciones a personas que aún no son mayores de edad cuando contravienen la ley penal, en la medida en que ello implica la necesidad de revisar los fundamentos filosóficos de la sanción imponible a estos jóvenes.

El presente escrito aborda el problema de la autonomía de los adolescentes frente a su capacidad jurídica para delinquir, y el problema filosófico que surge cuando se considera que la ley está facultada para sancionar la conducta ilícita cometida por el adolescente, entendido este último como aquella persona a la que legalmente se le reconoce como suficientemente madura para cometer delitos, pero no suficientemente madura para ser entendida como un sujeto jurídicamente capaz en otros ámbitos del derecho.

El punto de partida del escrito es el concepto de la autonomía moral. Toda persona -que en mayor o menor medida goce de sus facultades mentales- por el mero hecho de ser persona, se encuentra condenada a actuar. Actuar implica obrar en concordancia con una decisión¹. Las personas, por el hecho de vivir en sociedad, se interrelacionan con los demás de diversas maneras; algunas de ellas lo hacen a partir de relaciones de amistad, vínculos laborales, o relaciones de negocios, por ejemplo. Sin embargo, también existe otro tipo de relaciones que surgen del daño que una persona le inflige a otros. En esa categoría amplia de personas que dañan, existe un grupo específico que la sociedad denomina delincuentes; es un hecho que hay personas que delinquen.

¹ El estudio de la persona como agente, implica revisar cómo y por qué actúa. La idea de que los seres humanos están condenados a actuar, por ejemplo, ha sido expuesta ampliamente por la autora Christine Korsgaard, especialmente en el texto *Self Constitution: Agency, Identity and Integrity*. Cambridge, Estados Unidos: Cambridge University Press. La idea planteada es precisamente el punto de partida del libro de Korsgaard.

La autonomía moral de las personas no se da en un medio neutro, sino que se construye en un ámbito social y cultural específico, lo que lleva a que la normatividad interna de los individuos se amolde a estas circunstancias. En esa medida, el acatamiento de la ley –y en este caso específico, la ley penal- en muchas ocasiones se ve influido por la cultura de legalidad que es propia de esa comunidad específica. Es por ello que el fenómeno jurídico del delito puede no necesariamente derivar de una decisión estrictamente personal del individuo. Por ello, la manera como el Estado responde a este tipo de conductas debe cuando menos contemplar estas realidades previo a determinar la manera como se ha de sancionar el quebrantamiento de la ley.

En este escrito se revisará si la sanción que el Estado le ha de imponer al adolescente infractor de la ley penal obedece a criterios de respuesta a una conducta culpable (en términos penales) o a otros criterios de dosificación, como es el caso de la aplicación de criterios de culpabilidad estricta. Estos conceptos serán explicados a lo largo del escrito². En todo caso, se elucidará aquí la problemática que se genera independientemente de cual de estos criterios se acoja.

El texto parte del análisis de la autonomía moral de los adolescentes, como presupuesto para que legalmente se pueda considerar que ellos pueden delinquir, dado que la sanción ha de guardar una relación estrecha con la conducta cometida. Se revisará la incidencia que puede tener la cultura de la legalidad en el actuar de una persona. Con ello, se dejan sentados los presupuestos de la revisión de las posibles formas de fundamentar la sanción de los adolescentes infractores, para plantear los problemas que estas formas generan, desde la perspectiva filosófica.

Previo a adentrarse en el desarrollo del problema abordado, sin embargo, es necesario hacer las siguientes precisiones de carácter jurídico: “Delinquir” parecería entenderse como un acto físico, pero no se trata de un acto físico en sí mismo, sino de una lectura jurídico-penal que se da a determinado acto. Por ejemplo, quien comete un homicidio realmente no está cometiendo un

² Cuando se analizan los criterios de imposición de la sanción, ya se ha reconocido que el adolescente ha delinquido, y por tanto no se discute si éste puede ser considerado penalmente responsable o no. Se parte del presupuesto que dicho análisis ya ha sido realizado por el juez, quien ha considerado que el muchacho sí debe responder penalmente. En consecuencia, la misión del juez en este momento es entrar a determinar cómo debe sancionarlo. Es en este punto del análisis judicial en donde surge el punto de partida del presente estudio.

homicidio, sino que mata a alguien³. Ese “matar a alguien” es un acto, pero el “homicidio” es una tipificación (descripción normativa) jurídico-penal de esa conducta. Bajo ese punto de vista, se debe entender que el delito no es un acto verificable en el mundo exterior, sino tan solo una lectura que da el derecho a ciertos actos que sí lo son.

Al desarrollar el punto planteado, se tiene como objetivo lograr exponer el problema jurídico y filosófico que se presenta cuando se pretende reconocer la legitimidad de la sanción impuesta a un adolescente que ha transgredido la ley penal. La estructura del texto es propia de un trabajo filosófico⁴ en donde la técnica jurídica es un insumo más a ser analizado desde la perspectiva de la filosofía. El escrito se enmarca en un estudio normativo y descriptivo del problema. Es normativo, en la medida en que desde la óptica moral se revisan algunas posibles justificaciones o razones de naturaleza moral para concluir que moralmente un individuo pudiera aceptar que las normas en materia jurídico-penal deben ser acatadas. Es descriptivo, en la medida en que no se centra en revisiones acerca de cómo o por qué debe ser el sistema penal de una manera u otra, sino en la revisión de una situación de hecho que ya se presenta, y que bajo ese entendido, describe un estado de cosas en el ámbito jurídico.

1. La sanción penal vista a partir de la autonomía

Cuando un ser humano nace, posee una capacidad física y mental que se amplía y se perfecciona con el tiempo. Por ello, el nivel de responsabilidad que se le puede atribuir a una persona dependerá en parte del nivel de madurez mental y física que va adquiriendo en la medida en que

³ Una presentación interesante sobre los hechos y su interpretación para efectos de poder determinar lo que es una acción, se encuentra en Donald Davidson, “Actions, Reasons, and Causes”. *The Journal of Philosophy*, 60, (23), pp. 685-700 Recuperado de: <http://www.jstor.org/stable/2023177>.

⁴ Si bien el origen del estudio corresponde a una aplicación del ordenamiento jurídico en materia penal de adolescentes, el fundamento del análisis corresponde a la aplicación de conceptos estudiados y desarrollados por la filosofía práctico-moral, como la autonomía, la autoridad, la culpabilidad y la responsabilidad. El estudio no aborda problemas propiamente jurídicos sobre la interpretación de disposiciones legales, la construcción de normas jurisprudenciales vinculantes, o un estudio del procedimiento sancionatorio. El punto de partida del derecho penal de adolescentes es precisamente que existe un fundamento suficiente para que el Estado pueda imponer sanciones a adolescentes que han transgredido la ley penal. Ese punto de partida es el punto de llegada de la discusión filosófica. El trabajo, en consecuencia, pretende revisar de qué manera es que filosóficamente es posible justificar y legitimar la sanción penal del adolescente, a partir de conceptos que son inherentes al derecho penal, como los atrás mencionados. Se trata, en consecuencia, de un problema filosófico y no técnico-jurídico.

va creciendo. Como se explicará más adelante, desde la perspectiva de la persona como agente, lo que determinará su creciente capacidad jurídica será su capacidad de autonomía moral.

La presente sección se ocupará de exponer tres problemas específicos que giran en torno de la autonomía moral del adolescente: (i) ¿Por qué debe un adolescente acatar la norma jurídica, y específicamente la prohibición contenida en la ley penal? (ii) ¿En qué incide la cultura de la legalidad de una sociedad determinada en relación con la observancia de la norma jurídica por los jóvenes? (iii) ¿Por qué es indispensable abordar el problema de la sanción penal del adolescente a partir de su autonomía moral?

La sección finalizará con una explicación acerca del porqué desde la perspectiva clásica del derecho penal la sanción del adolescente obedece a un análisis de la culpabilidad penal –en sentido jurídico- lo que a su vez deriva en un análisis acerca de la capacidad del adolescente para autónomamente decidir si desconoce la norma penal o si se ajusta a sus mandatos.

1.1. Cumplimiento e incumplimiento de la norma penal

Según se ha mencionado, la primera pregunta que gira en torno del problema de la sanción penal del adolescente que ha delinquido, es lograr determinar por qué un adolescente debe acatar las normas jurídicas en su conjunto, y la norma penal en específico. En la presente subsección se aborda esta pregunta con miras a lograr sentar los supuestos que servirán para la parte conclusiva del escrito.

En Derecho, parece “claro” que una persona -quien jurídicamente es vista como un sujeto destinatario del ordenamiento penal- que comete una de las conductas prohibidas por la ley penal, se encuentra en situación de ser reprendido por el Estado. En consecuencia, a esta persona se le puede atribuir responsabilidad legal por la comisión de esa conducta. Varios aspectos se suelen dar por probados o presupuestos en el ámbito jurídico cuando se hace referencia a esta “claridad”, de las que conviene destacar las siguientes: a) que el sujeto está genuinamente obligado a obedecer la norma del Estado (problema de la autoridad); b) que la norma que consagra el tipo penal merece ser obedecida (problema de la legitimidad); c) que existe un fundamento real para que el Estado pueda imponerle un mal –la pena- por la realización de otro

mal –el delito-, o en otras palabras, por qué al mal se le ha de responder con otro mal (problema de fundamentación de la imposición de la pena).

De los anteriores presupuestos, particularmente conviene por el momento detenerse en el primero de ellos. ¿Por qué razón debe alguien hacer o dejar de hacer algo que el Estado considera conveniente o inconveniente? La pregunta, tal y como se ha formulado atrás, resulta peligrosamente genérica, puesto que parte de la presunción de que todos los sujetos están en igualdad de condiciones, en igualdad de capacidad y en igualdad de disposición para responder de manera idéntica a la misma pregunta. Esa presunción de igualdad no se ajusta a la realidad, puesto que las personas tienen creencias, gustos y percepciones distintas, lo que implica que existe una alta probabilidad de que no reaccionen de la misma manera frente a una orden de las autoridades estatales. El peligro, en consecuencia, reside en considerar *a priori* que “una persona”, permite generalizar a “todas las personas”. El punto de partida del problema abordado en este trabajo, por el contrario, es precisamente que las personas menores de dieciocho años en Colombia, de conformidad con las prescripciones del ordenamiento jurídico del país, no se encuentran en el mismo plano de igualdad que las personas que tienen o superan esa edad. En consecuencia, debemos replantear la pregunta en los siguientes términos: ¿Por qué razón debe un menor de dieciocho años hacer o dejar de hacer algo que el Estado considera conveniente o inconveniente?

La pregunta, así formulada, suscita dos cuestiones distintas merecen ser abordadas. En primer lugar, la discusión en torno de si la obligación legal implica o presupone la existencia de una obligación moral. En segundo lugar, surge la inquietud de si el adolescente menor de 18 años se encuentra en capacidad de poder imponerse a sí mismo una obligación de esa naturaleza, o en otros términos, si se encuentra suficientemente formado para poder asumir la obligación legal en su plenitud.

Respecto del primero de los puntos, es conveniente revisar lo expuesto por el Leslie Green en el artículo titulado “Law and Obligations”, en donde el autor estructura un estado del arte acerca de cómo el concepto ley, que es externo a nosotros mismos, puede llevarnos a aceptar y cumplir con el concepto de obligación. Al respecto, plantea la existencia de tres tipos de teorías que permitirían entender por qué la ley debe ser cumplida (Green, 2002). La primera de ellas hace

referencia a lo que el autor denomina teorías basadas en la sanción. En este grupo, Green ubica a autores como Hobbes, Bentham, Austin y Kelsen. El rasgo distintivo de este tipo de teorías es que lo que caracteriza a la obligación jurídica es que el incumplimiento de lo que la norma prescribe le acarrea una sanción a aquel que la incumple. A la segunda clase las denomina teorías basadas en reglas, como la de H.L.A. Hart. Según esta teoría, las obligaciones jurídicas implican la existencia de una práctica social que incluiría tres elementos: (i) Que exista una constante presión para que la conducta prescrita efectivamente sea observada; (ii) que se considere que ese deber sea importante para el desarrollo en la vida en sociedad; y (iii) que esa obligación pueda interferir con los deseos y objetivos que se traza cada persona en su vida. Por último, la tercera clase correspondería a teorías basadas en las justificaciones. En este grupo, Green ubica teorías como la de Joseph Raz, la cual sintetiza al señalar que las obligaciones jurídicas se identifican por la existencia de dos elementos: (i) deben contar con un mandato categórico de seguir determinada conducta; y (ii) que se expondrían razones de segundo orden⁵ que buscan disuadir a las personas de adoptar conductas contrarias a lo que el mandato impone.

Una cuestión es que la ley exija que la norma sea obedecida porque la misma ley lo dice, y otra muy distinta, que la obligación jurídica implique una obligación moral que promueva el cumplimiento de lo que prescribe la obligación legal. En este último caso, se observa que el deber de acatar la ley partiría de una obligación moral de seguir aquello que es justo, porque existen suficientes razones para que el destinatario de la norma esté convencido de que es conveniente acatarla. La ley sería la manifestación o el desarrollo de la visión de justicia que se prevé en una sociedad; una visión desarrollada y acordada en el seno de la misma. En ese sentido, la obligación de acatar el mandato legal partiría de un supuesto de que la ley está conforme a la justicia. Por ello, en la medida en que la ley se presume justa, existiría una obligación moral de observar los mandatos legales⁶.

⁵ En Raz, se entiende que las razones de primer orden son aquellas que nos llevan a realizar, o no, determinadas conductas. Las razones de segundo orden, que aquí se refieren, corresponden a preceptos racionales que invitan a cumplir, o no hacerlo, con las razones de primer orden.

⁶ Lo que aquí se afirma, parte del punto de vista del destinatario de la norma. No obstante, es menester aclarar que algunas escuelas de pensamiento, tales como la del positivismo jurídico clásico, no fundamenta el deber de acatamiento en criterios morales, en la medida en que deslinda completamente el ámbito jurídico del ámbito moral. No podría, bajo esa perspectiva, esgrimirse razones morales para acatar –o dejar de hacerlo- la norma jurídica pues bastaría que la norma sea válida para que deba ser cumplida.

En materia penal, esto debe matizarse aún más. A diferencia de otro tipo de leyes como las civiles o las laborales, las obligaciones contenidas en el derecho penal no implican la coexistencia de lo que parecería ser un fundamento moral para acatar la ley. Para ello, es conveniente explicar en qué consiste esa noción de obligación. Por ejemplo, cuando se compele a un padre a pagar la obligación alimentaria a sus hijos, se reconoce que la obligación de pagar deriva de la existencia de un derecho de los hijos de recibir de sus padres los medios para una subsistencia digna. En ese caso, la obligación legal surge de un derecho de los hijos a contar con ese pago para satisfacer sus necesidades. En materia penal, la situación es algo distinta. La norma penal no se encuentra redactada de manera positiva (imponiendo una obligación) sino que se encuentra redactada previendo la realización de la conducta prohibida, es decir que parte de la inobservancia de alguna obligación legal previa. Eso ha llevado a que algunos teóricos del derecho, hagan referencia a que las normas penales no contienen directamente una obligación legal, pero sí implican la existencia de una norma legal previa⁷.

En ese contexto, la justificación de la posible aplicación de una sanción penal a una persona que ha cometido una conducta prohibida por la ley penal, presupone la necesaria demostración de que estaba obligado a haber actuado de manera contraria, es decir, de que debió haber cumplido alguna obligación legal que debiendo haber sido observada, no lo fue.

En consecuencia el problema jurídico determinante que surge con los menores de edad, es que – de una parte- el derecho contempla de manera expresa que se trata de personas que no tienen plena capacidad jurídica para ejercer derechos y obligaciones, si bien tienen plena capacidad para gozar de los beneficios propios de sus derechos⁸. Sin embargo, en materia penal, el Estado (al menos este es el caso del Estado colombiano) reconoce que los adolescentes que no han llegado a la mayoría de edad, cuentan con capacidad para delinquir. Si ello es así, ese reconocimiento del

⁷ Particularmente relevante es la teoría planteada por Karl Binding, quien precisamente hace referencia a que cuando una persona contraviene la ley penal, lo hace precisamente en la medida en que verifica (cumple) los supuestos de hecho del tipo penal (la descripción de la conducta prevista por la ley). Bajo ese entendido, no es la ley lo que se vulnera, sino la obligación legal que se encuentra implícita en la norma legal la que se vulnera. En consecuencia, la conducta típica quebranta la norma pero se adecúa a lo previsto en la ley. La ley contiene la previsión de la respuesta sancionatoria del Estado al incumplimiento de la norma implícita.

⁸ Al primero de los casos vistos se le denomina capacidad de ejercicio, mientras que al segundo se le denomina capacidad de goce. Los menores de edad gozan de plena capacidad de goce, pero una limitada (en el caso de los adolescentes) o inexistente (en el caso de los impúberes) capacidad de ejercicio.

Estado implica en realidad un doble reconocimiento: de una parte implica reconocer que los adolescentes pueden motivar su comportamiento para ajustarse a la ley, o para alejarse de lo previsto por la ley; el reconocimiento que implica que los adolescentes tienen autonomía moral. Este punto (el de la autonomía moral) será abordado en el aparte siguiente. De otra parte, que el Estado reconozca que un adolescente pueda delinquir implica asimismo reconocer que éste está en capacidad de tomar decisiones con consciencia de que puede conllevarles la aceptación de un mal que les impongan por su actuar, es decir de una sanción.

Por ahora, conviene referirse específicamente a la necesidad del adolescente de obedecer la ley moral. Se ha mencionado ya que hay autores que sostienen que la obligación jurídica podría tener un fundamento moral que lleva a que las personas se encuentren moralmente llamadas a cumplir la norma legal. En todo caso, exista o no esa obligación moral, lo que el derecho (y el conglomerado social que lo produce) reconoce es que el Estado posee autoridad para imponer deberes que deben ser observados, y dicha obediencia no requiere de una “aceptación” previa por parte de la normatividad moral de cada individuo⁹. En otras palabras, las normas se deben cumplir porque han sido expedidas por alguien a quien debo obedecer y ello no es una cuestión optativa; es consecuencia de vivir en sociedad. En parte, para que esta clase de imposiciones –que lo son- no parezcan un acto tiránico o arbitrario, se debe partir de que existen razones suficientes que fundamentan la existencia de la norma. El Estado está en capacidad de imponer su autoridad, pero sus actuaciones no son aleatorias o descoordinadas, sino que obedecen a razones o motivos suficientemente justificados¹⁰ que permiten establecer que cualquier persona racional podría llegar a aceptar que se trata de razones válidas para cumplir la norma.

Esa obediencia no se profesa únicamente en abstracto, sino que aquella debe materializarse respecto de deberes específicos. Un elemento que permite enlazar el problema de la autonomía

⁹ En este punto, conviene recordar la discusión que se genera en filosofía entre quienes sostienen que existe un fundamento moral para la autoridad práctica que ejerce el Estado, como es el caso –entre otros- de Joseph Raz, y entre quienes sostienen que no existe tal fundamento moral, como es el caso de Robert Wolff. Sin ser contrario a las perspectivas positivistas, defendiendo un positivismo débil, Raz vincula la autoridad del estado a un concepto de moral, que no es propio de los positivistas radicales. Para efectos de lograr recoger los principales elementos de esta discusión, se recomienda ver el capítulo 6º, titulado “Justification and Legitimacy”, en Simmons, J. (2001) *Justification and Legitimacy*. Cambridge, Estados Unidos: Cambridge University Press.

¹⁰ En el campo jurídico, a esta actuación basada en la existencia de razones suficientes y aceptables, se le denomina como el “principio de razonabilidad”.

con la estructura del ordenamiento jurídico parte precisamente de reconocer que las normas jurídicas no son un conjunto aislado de disposiciones sin ningún tipo de coherencia interna. El hecho de que se reconozca que distintos tipos de normas sobre un mismo asunto pueden agruparse en un código, un estatuto o una ley, parte de que existe “algo” que las cohesiona entre sí. “Algo” externo a ellas. Es allí donde entran en juego los principios jurídicos. Esos principios jurídicos, a su vez, surgen de una decisión prejurídica, enmarcada en el ámbito de lo político.

Será relevante, entonces, abordar la problemática de la legitimidad del Estado para establecer cuáles son los principios jurídicos y demás normas jurídicas que de allí surgen. Ello es así, en la medida en que permitirá entender el problema del acatamiento de la norma penal, no a partir de la dimensión dogmática jurídica cuyo análisis es propio de la técnica jurídica, sino a partir de la óptica del agente político¹¹, frente a una norma que en su origen, también es política. Permitirá entender mejor por qué frente a las normas penales –vistas en su conjunto- deben las personas obedecer sus preceptos.

Para ello, conviene retomar una versión de la discusión que propone el autor Mark J. Bennett en su texto “Hart and Raz on the Non-instrumental Value of the Rule of Law: A Reconsideration”. Bennett aborda una discusión que involucra tres autores: Hart, Raz y Fuller. Ésta gira en torno del alcance que cada uno de ellos le da a la relación entre los principios jurídicos y los valores morales. En su texto, Bennett parte del presupuesto que los tres autores por él revisados (Hart, Raz y Fuller) coinciden en que los principios tienen un valor moral, pero que difieren en la “necesariedad” de estos principios (particularmente se hace referencia al principio del *rule of law* o del Estado de Derecho), para entender el concepto mismo de qué es, o que debe entenderse por derecho¹². Para Bennett, la discusión no gira en torno de si los principios tienen o no un contenido moral, sino acerca de la necesidad de determinado contenido moral en los principios. (Bennett, 2011)

¹¹ En este caso, no debe entenderse al agente político como un ser que se desenvuelve en el ámbito del ejercicio de la política (participación en el Congreso, movilización de actores sociales, por ejemplo), sino al agente político que adquiere tal calidad por formar parte de la vida en sociedad –con intereses contrapuestos- y que por tanto forma parte del conglomerado social que se interrelaciona de una y otra manera con el poder político del Estado.

¹² La “necesariedad” del contenido moral implica que no es posible intercambiar todos los principios según determinadas elecciones o consensos sociales. Para quienes sostienen esta tesis, no puede concebirse un ordenamiento jurídico sin que se haya consagrado el principio del Estado de derecho (*rule of law*). Para otros, puede perfectamente concebirse ordenamientos jurídicos que se basen en lógicas distintas a la del Estado de derecho. Incluso, sería posible concebir ordenamientos basados en ese mismo principio, que impliquen contenidos morales totalmente distintos.

Esto permite entender, entonces, que partiendo del punto de vista elegido, el concepto mismo de “principios” puede ser susceptible de poseer contenidos distintos, o incluso contrapuestos; que lo que para una sociedad determinada sea un principio jurídico, para otra no lo sea, o incluso sea contrario a derecho. Si se acoge la interpretación de que los principios no poseen un valor moral específico sino que se trata de un tipo de normas jurídicas que se eligen por su valor instrumental o funcional en relación con un sistema jurídico, entonces parecería inferirse que la determinación de principios implicaría reconocer que el derecho y la moral son ámbitos claramente diferenciados, razón por la cual no podrían emitirse juicios de valor moral en torno de las normas jurídicas y viceversa. Esta última postura es un elemento fundamental en los positivistas del derecho, quienes desde las obras jurídicas de Hans Kelsen han tajantemente sostenido la diferencia entre la moral y el derecho¹³. La prueba máxima de dicha diferenciación, sostienen ellos, es que el derecho se caracteriza por contener sanciones externas, mientras que la moral contiene como mecanismo de control la sanción interna (cargo de conciencia). En otros casos, posturas positivistas mucho más actuales como la de H.L.A. Hart, permitirían inferir que sí existe un ámbito menos formalista del derecho. Aun así, la postura positivista tradicional según la cual es ley lo que válidamente se disponga a través de las formas legales para ello, propone que no existe una sujeción moral a este tipo de posturas positivistas.

De llegarse a sostener, en cambio, la interpretación de que los principios sí poseen un valor moral específico, se ha de reconocer que al fijarse estos principios, se fijan igualmente valores que deben ser interiorizados por los destinatarios la norma. En consecuencia, ello implica un elemento de valoración para el anarquista filosófico¹⁴, en la medida en que ya no se le estaría indicando que debe obedecer porque el Estado tiene autoridad, sino que se debe obedecer porque la regla parte

¹³ Para efectos de conocer un buen resumen de lo que implican las posturas positivistas, realistas y del derecho natural, se sugiere revisar Bobbio, N. (2016).

¹⁴ El anarquismo filosófico es una línea de pensamiento que cuestiona los fundamentos morales de la autoridad del Estado, bajo el entendido de que la autonomía implica no aceptar imposiciones o actos de autoridad de un tercero, y la persona únicamente está obligada a obedecer sus propias normas morales. El anarquismo filosófico cuestiona la existencia de una justificación real de la autoridad del Estado sobre las personas, y al no existir una justificación de esa autoridad, implica la oposición al deber de cumplir con lo ordenado. Un buen análisis se encuentra en Simmons, A.J. (2000). *Philosophical Anarchism. En A.J. Simmons, Justification and Legitimacy: Essays on Rights and Obligations*. (pp. 102-121). Cambridge, Estados Unidos: Cambridge University Press.

de un principio que ha sido considerado como moralmente bueno. En consecuencia, los juicios de valor que pueden aplicarse son diametralmente distintos.

El problema en cuestión resulta más sencillo de abordar de entenderse que la respuesta a la pregunta recién planteada es negativa; que los principios jurídicos no llevan implícitos ningún tipo de contenido moral. Esto es así, en la medida en que se habría de aceptar que el problema de la validez jurídica y la vigencia del ordenamiento jurídico formalmente aprobado no poseen una relación directa con la imposición de imperativos morales a los asociados. En el caso contrario, previo a abordar la discusión en torno de la obligación de obedecer los deberes legales, sería indispensable primero acreditar que el Estado está legitimado para imponer esos valores morales a los asociados.

Por el momento, y teniendo en cuenta que la Constitución Política de Colombia aprobada en 1991 no se afilia a un esquema moral específico¹⁵ se ha de prescindir de esa etapa de la discusión en el presente texto, y ello en la medida en que aquí se aborda un problema concreto en un contexto específico como es el colombiano en la actualidad, y por tanto, ahondar en este problema desbordaría el contexto trazado en el presente trabajo. Por ende, corresponde tratar lo que se ha expresado en torno al deber de las personas de obedecer al Estado.

Desde el punto de vista filosófico, se distingue conceptualmente entre la autoridad práctica y la autoridad teórica¹⁶. La autoridad práctica será entendida propiamente como autoridad, en la medida en que lo que ella establezca deba ser obedecido, y no por el valor o contenido moral de lo ordenado. De lo contrario, lo que establezca esa autoridad dejaría de ser una imposición, y al dejar de ser imposición, desnaturalizaría su vigencia como autoridad. La autoridad teórica, en cambio, no brinda razones para actuar, sino razones para creer; lo que distingue a este tipo de autoridad es precisamente el contenido de lo presentado por la autoridad. Para efectos del

¹⁵ Antes de la expedición de la Constitución de 1991, las cartas políticas que rigieron en Colombia previeron la afiliación a una moral católica, lo que implica una sujeción del ordenamiento jurídico a principios morales defendidos por la doctrina católica.

¹⁶ Por autoridad práctica se entiende aquella en donde existe alguien que tiene la posibilidad de imponer a otra persona razones para actuar (o dejar de hacerlo). Se distingue de la autoridad teórica en la medida en que esta última ofrece razones para creer (o convencer). Una de las distinciones principales en cuanto a los efectos de una y otra es que a la autoridad práctica se le reconoce la generación de obligaciones a cargo de quienes están llamados a obedecer. Para efectos de una mayor claridad, se recomienda revisar Shapiro (2002).

problema esbozado en este trabajo, la pregunta acerca del deber de obedecer la ley, se restringe a una reacción del adolescente frente a la autoridad del Estado, que constituye una forma de autoridad práctica.

En este punto, el hilo argumentativo lleva a la necesidad de plantear lo que se ha denominado como la paradoja de la autoridad y la autonomía¹⁷. Si, la persona verdaderamente autónoma no puede reconocer la autoridad práctica, no existiría ninguna obligación moral para acatar lo que dispone la norma legal. Sin embargo, la teoría jurídica es clara en que el derecho se diferencia precisamente de la moral, entre otras cosas, en que es externa al individuo. Si existe algo así como “el derecho”, de entrada debe reconocerse que se trata de “algo” que es externo al individuo. Por el momento, y sin ánimo de dar por solventada la discusión, basta señalar que la posibilidad de que se cumpla la ley porque se está convencido de que lo allí dispuesto es correcto y moralmente legítimo, no es un asunto que le atañe al derecho. Al derecho no le interesa si el individuo cumple con gusto, o no. El reconocimiento mismo del concepto de derecho, impone reconocer igualmente la vigencia de un orden externo al individuo, que le resulta vinculante.

La norma penal, entonces, no es una norma que deba cumplirse porque *valdría la pena hacerlo*, sino porque el Estado, como autoridad, así lo ha establecido. El Estado legítimo es, en efecto, autoridad para dictar este tipo de normas porque el concepto de “Estado de derecho” presupone dicha legitimidad. Ante un Estado de derecho, la norma dictada está revestida de autoridad práctica y no es una norma impuesta por la mera fuerza de quien la profiere. Existe norma penal, precisamente porque se reconoce que la desobediencia de la norma jurídica –al ser un desconocimiento de la norma dictada por una autoridad que debe ser obedecida- es una conducta que amerita ser sancionada. La persona, bien sea mayor o menor de edad, debe cumplir con la norma porque la autoridad del Estado así lo impone.

¹⁷ Una clara exposición de esta paradoja se encuentra en Shapiro (2002) (pp. 385-387), quien plantea la contradicción así, siguiendo los conceptos del filósofo Robert Wolff: La autoridad implica el derecho a ser obedecido. La autonomía moral implica el deber de someterse a las normas que uno mismo se impone. Si ello es así, una persona verdaderamente autónoma nunca podrá actuar con fundamento en la autoridad, porque la única ley que reconoce es su propia ley moral.

Establecido lo anterior, será necesario referirse a la autonomía moral en el menor de edad de manera mucho más específica, para efectos de estudiar de qué manera es que esta persona podría ser llamada a responder por el desconocimiento de la norma jurídica en materia penal.

1.2. La autonomía moral

Según se ha expuesto hasta el momento, ante la pregunta de por qué debe un adolescente obedecer la norma penal, se ha contrapuesto el problema que surge al enfrentar la autoridad del Estado con la autonomía de la persona. Se ha afirmado, entonces, que quien delinque –desde la perspectiva del derecho- es una persona que autónomamente ha decidido ir en contravención de la normatividad penal. En el presente acápite conviene delimitar con algo más de precisión el concepto de autonomía al que se hace referencia, para entender en donde se presenta la tensión entre autoridad y autonomía, dado que esa misma noción de autonomía será la que debe revisarse al momento de decidir si quien contraviene la norma penal es merecedor de una sanción.

¿Qué debe entenderse, entonces, por obrar de manera autónoma? Al respecto, Feinberg (1986) ha ofrecido una interesante clasificación, que se retomará en el presente escrito para efectos de ubicar adecuadamente el problema conceptual que interesa abordar¹⁸. Como observa este autor, el concepto de autonomía puede implicar distintos tipos de acepciones: 1) la autonomía como capacidad de gobernarse a uno mismo¹⁹; 2) la autonomía como una condición actual de

¹⁸ Si bien existen diversas nociones de autonomía, y la discusión se puede presentar de manera más profunda, la cercanía de las nociones presentadas por Feinberg y los fundamentos filosóficos adoptados por la legislación colombiana, cercanos a nociones kantianas, motivaron a tratar el concepto de autonomía a partir de la distinción que aquí se plantea, siguiendo a Feinberg.

¹⁹ Respecto de la autonomía como capacidad, Feinberg parte de que en un principio, se trata de un atributo que desde el punto de vista jurídico una persona tiene, o carece de ella. No hay términos medios. Como ejemplo de ello, el autor recurre a los casos de infantes, dementes, personas con retardo mental severo, personas en estado de coma, y los seniles. En ese caso, todos ellos serían legalmente entendidos como incapaces de ser autónomos. Sin embargo, a continuación, Feinberg anotará, que la autonomía (ya no desde el punto de vista legal) como capacidad sí implica una gradualidad; hay personas más capaces que otras. La determinación, entonces, de quién tiene capacidad de autonomía frente a quien no la tiene, se fundamenta en un análisis de capacidad visto en perspectiva. Suele acudirse a una frontera entre los capaces y los incapaces a partir de las competencias que se requiere para desarrollar ciertas tareas, y en ese sentido, todo aquel que posea aunque sea en mínima medida de esas capacidades, se entenderá como autónomo (capaz de ser autónomo).

autogobierno²⁰; 3) la autonomía como un ideal del carácter²¹; y 4) la autonomía como la autoridad soberana de gobernarse a uno mismo²². Se procederá en consecuencia a revisar cómo a partir de ellas el sistema jurídico - y específicamente la legislación en materia penal- pueda entender que un individuo se encuentre en capacidad de obrar “autónomamente” cuando comete una conducta punible.

La ley no se limita únicamente a consagrar derechos y obligaciones, sino que también crea situaciones jurídicas y realidades sociales. Un ejemplo de ello –que resulta pertinente para el asunto objeto de estudio- se presenta en materia de la capacidad de ejercicio (capacidad de comprometer válidamente su voluntad para que produzca efectos jurídicos), como ocurre cuando una persona celebra un contrato, o renuncia a su trabajo. La ley colombiana establece que antes de los dieciocho años de edad, una persona no tiene plena capacidad de ejercicio, pero que a partir del momento en que cumple esa edad, sí la tiene. ¿Cómo es posible que a los diecisiete años y trescientos sesenta y cuatro días de edad una persona sea jurídicamente tan distinta de una persona de 18 años y un día de edad? En términos físicos, no existe diferencia, pero la ley crea una situación de derecho: cumplidos los dieciocho años de edad una persona “es” jurídicamente

²⁰ Respecto de la autonomía como condición actual, Feinberg se refiere a ella precisando que no se trata de una capacidad o una calificación que pueda hacerse *ex ante*. Se requiere del análisis de las condiciones específicas de la acción del agente y sus motivaciones para saber si se está ante una persona que actúa *de facto* como un ser autónomo. El autor hace referencia a la posibilidad de saber quién es autónomo en la práctica cuando se analiza la existencia o carencia de ciertas virtudes que la acompañan, cuales son: a. posesión de sí mismo; b. identidad distinguible (individualidad); c. autenticidad; d., autodeterminación; e. autolegislación; f. autenticidad moral; g. independencia moral; h integridad; i. autocontrol; j. dependencia en sí mismo; k. iniciativa; y l. la responsabilidad por los actos propios. Es clave entender que el derecho de autonomía y la capacidad de autonomía no implican necesariamente que el individuo goce de la condición de la autonomía en la práctica.

²¹ La conceptualización que hace Feinberg de esta tercera acepción es la menos desarrollada de las cuatro. Es claro, sin embargo, que para que la autonomía sea considerada como ideal, debe llevar a que sea racionalmente aceptable concluir que quien sigue un ideal de autonomía, lo hace porque es algo bueno. Existen personas que son absolutamente autónomas como condición práctica, pero que son viles, detestables o dañinos para las demás personas. Aun así, son autónomos. Feinberg dirá que a estos individuos no se les podrá reconocer que son idealmente autónomos, y ello es así, en la medida en que cualesquiera ideal de autonomía que se adopte, debe reconocer que el individuo no está solo en el mundo, sino que forma parte de una sociedad. El ideal de autonomía, entonces, parte del presupuesto de reconocer a un individuo capaz de autodeterminarse en la máxima medida, bajo la condición de reconocer de sí mismo que es miembro de una comunidad.

²² En este punto, la explicación de Feinberg sobre la soberanía, vista a partir de un concepto de “derecho” implica una analogía entre lo que es el concepto de “soberanía” para un Estado, con el concepto de “soberanía” que puede tener un individuo respecto de sí mismo. Se trata de un reconocimiento externo y el respeto por las decisiones que toma cada individuo respecto de sí mismo. La sugerencia de Feinberg es que se pueda entender la “autonomía” del individuo como el derecho internacional ha entendido la “soberanía” de los Estados.

capaz. A partir de ese momento, se le reconoce a la persona aquél derecho al que se refiere Feinberg, es decir a la autonomía como autoridad soberana de gobernarse a uno mismo.

La cuestión de la responsabilidad del menor de edad, en consecuencia, no obedece a un análisis de si una persona posee esa autoridad soberana o no. De ser así, el análisis acerca de la responsabilidad penal se centraría en la simple constatación de la existencia de una conducta, de la atribución de su autoría, y de la constatación de la edad de una persona. Sin embargo, no puede ese ser el punto de análisis de la culpabilidad en materia penal, porque si esta última dependiese de que una persona fuera mayor o menor de dieciocho años, se tendría necesariamente que concluir que una persona imputable (a la que se le puede legalmente atribuir la comisión de una conducta punible) tendría que necesariamente ser culpable (bajo el entendido de lo que implica culpabilidad como elemento del delito). Conceptualmente es claro, empero, que el análisis de culpabilidad es distinto del de la imputabilidad²³, luego no se puede asumir que todo mayor de edad que cometa una conducta prohibida lo ha hecho de manera culpable.

En ese mismo sentido, habrá que desechar la posibilidad de considerar que una persona es autónoma, como presupuesto de valoración de la culpabilidad penal, cuando se está ante un manejo del concepto de autonomía como ideal. Si autónoma es la persona que es capaz de maximizar su capacidad de autodeterminación pero bajo las limitantes de la vida en sociedad, habría que aceptar que un delincuente (una persona que atenta contra bienes o valores que la sociedad considera dignos de una protección especial hasta el punto de quitarle la libertad a alguien por su vulneración) no puede ser idealmente autónomo. Incluso, es posible encontrar a una persona moralmente autónoma que idealmente no lo sea, como ocurre con el caso de los rebeldes, quienes atendiendo sus propios criterios de justicia y rectitud, son capaces de cometer conductas legalmente prohibidas, por considerarlas moralmente correctas. No obstante, si el delincuente no puede ser autónomo (si se entiende por autonomía la autonomía como ideal), entonces se presentaría una paradoja que se explicaría así:

²³ En materia de derecho penal, la imputabilidad es una categoría que debe analizarse previo a revisar la culpabilidad de la conducta. En aquella categoría, el juzgador deberá analizar si quien ha cometido la conducta podía comprender el alcance de la misma, y asimismo autodeterminarse libremente. Ocurre, por ejemplo, que una persona que ha sido drogada con escopolamina, por ejemplo, pierde la capacidad de determinarse libremente, razón por la cual una conducta presuntamente punible que se haya cometido en esas circunstancias sería catalogada como cometida por un inimputable, en la medida en que el autor de la misma no habría estado en capacidad de determinar libremente su voluntad para cometer una conducta, pues la droga precisamente elimina ese elemento de la conducta.

Premisa A: Para ser delincuente, una persona deber ser culpable.

Premisa B: Un delincuente, no puede ser culpable porque es incapaz de ser entendido como autónomo.

Conclusión: El delincuente nunca podría legalmente ser tenido como delincuente, (he aquí la paradoja).

De lo anterior, parece claro que el concepto de autonomía al que se refiere la categoría jurídico-penal de culpabilidad puede corresponder a uno de los dos primeros conceptos expuestos por Feinberg, o quizá a los dos. En efecto, si se revisa con detenimiento la forma como se ha conceptualizado la culpabilidad en materia de derecho penal, parece que en él ambos conceptos se confunden. Si se hace referencia a que *un individuo, pudiendo (capacidad, potencialidad) haber actuado de conformidad con el ordenamiento jurídico, no lo hace (condición actual)*, parecería que ambos conceptos convergen.

El menor de edad es una persona que dependiendo de su edad posee, según se ha visto, una mayor o menor capacidad de ser autónomo, en la medida en que el análisis de la autonomía como capacidad requiere de una construcción en un espacio de tiempo, y no de un análisis en un momento específico. Las características psicológicas de cada uno de ellos resultan determinantes para efectos de entender qué tan “potencialmente autónomo” puede ser. También será importante la educación del muchacho, no entendida como la recepción de una instrucción de conocimientos teóricos sobre un campo del saber específico, sino como la educación moral orientada hacia la autonomía. No se puede hablar de un estándar de la capacidad de autonomía, puesto que un sinnúmero de factores inciden en la determinación de esa capacidad: los escenarios de crianza, los niveles de escolaridad, la posible existencia de trastornos de comportamiento, entre otros.

Aún más problemático resulta determinar si un menor de edad “es” realmente autónomo, visto desde la perspectiva de la autonomía como condición actual. La autonomía es una condición actual cuando la valoración de cada una de las virtudes correlativas es analizada a partir de la conducta práctica desplegada por una persona. El hecho de que un menor de edad, por ejemplo, “haga lo que se le dé la gana”, no implica necesariamente que esté obrando de manera autónoma,

dado que las motivaciones para actuar pueden en todo caso provenir de una persona distinta, o incluso de otras circunstancias ajenas al sujeto. Pocas personas podrían asegurar que un adolescente miembro de pandilla actúa de manera autónoma cuando comete actos de vandalismo con sus compañeros. Sin embargo, el hecho de actuar así suele ser justificado bajo la premisa de que ese adolescente “hace lo que se le da la gana”. Lo mismo ocurre con muchos casos de ataques por redes sociales en Internet, en donde gran parte de los insultos y amenazas que profieren algunos usuarios hacia otros suelen estar motivados por críticas u opiniones ajenas a ellos mismos, incurriendo en actitudes de lo que actualmente se denomina “*bullying*”. Este tipo de actitudes suele acentuarse precisamente entre adolescentes.

En todo caso, hay un aspecto que la ley reconoce en torno de la capacidad de un adolescente de autodeterminarse que no coincide con un reconocimiento al derecho de ser autónomo. Inicialmente, la legislación en materia civil contemplaba que todo adolescente²⁴ (en términos legales se le denomina un menor adulto) no podría comprometer su capacidad en actos jurídicos que lo afecten. La ley, sin embargo, le reconoce eficacia a aquellos actos que se producen y que le son beneficiosos al menor adulto. En consecuencia, la ley parte del reconocimiento de una capacidad autónoma del adolescente para procurarse su propio bien, pero su incapacidad para producir actos que le resulten perjudiciales.

Con la entrada en vigencia de la antigua justicia de menores, y la hoy denominada justicia penal de adolescentes, se reconoce que los menores adultos (adolescentes) también son autónomos no solo para procurarse su propio bien, sino también para delinquir. En consecuencia parece claro que legalmente existe un reconocimiento de la existencia de una capacidad autónoma del adolescente para hacer el mal, así como de la posibilidad de que efectivamente exista una elección autónoma de incurrir en conductas penalmente prohibidas.

Este reconocimiento, implicaría una segunda paradoja legal puesto que de una parte se le desconoce la capacidad autónoma para que el adolescente comprometa su voluntad en actos que le resulten perjudiciales, pero de otra parte se le reconoce esa misma autonomía para cometer conductas delictivas que le pueden acarrear la imposición de una sanción; la posibilidad de cometer conductas que le generen consecuencias adversas.

²⁴ El Código Civil de Colombia es un texto normativo que viene rigiendo desde 1873.

1.3. Cultura de la legalidad

Hasta el momento, se ha logrado establecer de manera comprensiva que únicamente puede responder penalmente quien de manera autónoma decide quebrantar el ordenamiento jurídico en materia penal, pudiendo evitarlo. Es precisamente eso lo que define el elemento de la “culpabilidad” de la conducta punible –desde el punto de vista del estudio jurídico de los elementos del delito-, sin el cual no podría válidamente concluirse que existe un delito. Además de la capacidad de ser autónomo así como el hecho de realmente serlo, como se ha visto en el aparte anterior, es indispensable revisar otro aspecto de la problemática: la incidencia de la construcción de una autonomía moral individual en un contexto social específico. El contexto social es especialmente importante, dado que algunas sociedades tienen una propensión a ser más respetuosas de la ley que otras.

En este aparte se analiza la relación existente entre la cultura de la legalidad y la toma de decisiones autónomas por las personas. Se precisará que el concepto de la cultura de la legalidad implica adentrarse en la relación del individuo (agente) con un entorno social específico. No se trata de un individuo en un entorno neutro, sino en un entorno con un posicionamiento específico frente a la legalidad, una sociedad que se siente más o menos compelida hacia el contenido de los valores legales.

Esta correlación entre individuo y sociedad torna especialmente relevante la revisión de un elemento que ha sido abordado por algunos autores para estudiar qué tanto se cumple o se incumplen las normas: la cultura de la legalidad. Al respecto, existen tres acepciones de cultura de legalidad, atendiendo el criterio expuesto por Manuel Villoria Mendieta. Para Villoria (2010), la primera acepción corresponde a la cultura de la legalidad como un conjunto de valores y percepciones que tienen los miembros de una sociedad determinada respecto de las leyes así como de las conductas que van en contravía de esas leyes. La segunda acepción hace referencia a un modelo institucional que está ajustado a las reglas propias de un Estado de Derecho. Bajo esta segunda acepción, hay cultura de legalidad cuando el modelo institucional de un Estado está basado en el cumplimiento de la normatividad y de los valores en que ella se inspira. Por último, la tercera acepción del término “cultura de la legalidad” hace referencia a que ella existe cuando la

ley –en sentido abierto- que rige a una sociedad ha sido fruto de un proceso en donde el destinatario de las normas participa del proceso de producción de aquellas que lo afectan; existe una relación estrecha entre lo legal y lo legítimo, porque la sociedad legitimante participa en la producción de lo legal.

De las tres acepciones que presenta el autor, particular interés merece la primera de ellas, es decir al conjunto de valores que tiene una sociedad frente a la conducta ajustada a la ley y aquella que va en contravía del ordenamiento jurídico. Esta concepción permite analizar cómo una sociedad lidia con su ordenamiento jurídico, de tal forma que permita establecer qué tan afín es esa sociedad frente al contenido de las normas jurídicas que la gobiernan, así como frente a la fuerza vinculante de éstas últimas.

Esto resulta especialmente relevante en un país en donde actualmente se cuestiona el desapego a la legalidad que tendrían los máximos exponentes de la ley y la justicia en Colombia: los jueces y magistrados de las altas cortes de justicia. Es un síntoma de una cultura de la ilegalidad, cuando existen reiterados casos generadores de una tendencia proclive a la ilegalidad que provienen de los máximos defensores de la ley y la legalidad. Asimismo, es una marcada tendencia hacia la cultura de la legalidad, cuando los individuos en su vida privada actúan de manera apegada a los principios jurídicos fundamentales de la vida en sociedad, independientemente de que puedan llegar a ser vigilados por las autoridades. En ese caso, las personas actuarán en su vida privada como si estuviesen manejando responsabilidades públicas, y viceversa.

Mauricio García (2010), de otra parte, considera que en el entorno latinoamericano el incumplimiento de la norma jurídica no es una situación rara o excepcional. Por el contrario, existe un nivel de aceptación tal al incumplimiento de la norma legal, que se prevé un aparente conflicto entre éstas y las normas sociales que aceptan o incluso promueven el incumplimiento de las primeras. Esa aparente contradicción entre unas y otras, en muchos casos, pone de presente que socialmente no existiría una tendencia unívoca de los asociados hacia el cumplimiento de la norma.

Según se ha visto atrás, parte de lo que determina que una persona sea autónoma, es el hecho de que de manera libre e informada pueda elegir actuar de conformidad con sus propias reglas

morales y en aras de lo que considera que es bueno o beneficioso para él o ella. De tal suerte que una persona que ha sido formada en un contexto de marcada cultura de la ilegalidad, podrá tener problemas en el discernimiento de cómo enfrentar aquello que la ley le ha prohibido. Podrá parecer que lo que legalmente está mal no es “realmente” algo malo, porque se encuentra socialmente legitimado²⁵. Temas como la tolerancia de la conducta corrupta a través de usos sociales como los regalos habituales o costosos que poseen la capacidad de generar actuaciones favorables para quien regala, el uso de frases como “la corrupción en su justa medida” o la falta de rechazo frente a la conducta ilegal, son muestras de la manera como el código moral de los individuos se ve permeado por una fuerte cultura de legalidad o de ilegalidad.

El problema se presenta cuando existe una autoridad que ordena (hacer o no hacer algo) y una comunidad destinataria de esas obligaciones se niega mayoritariamente al cumplimiento de la norma. En algunos casos, la fuerza de la permisividad o tolerancia social puede llegar a un nivel tan fuerte, que es capaz de legalizar lo que inicialmente era ilegal²⁶. Así ha ocurrido históricamente con medidas prohibicionistas como la proscripción de la venta de alcohol o de cigarrillo, productos cuyo comercio y consumo fue ilegal y que actualmente es legal. La misma situación comienza a evidenciarse con la denominada “guerra contra las drogas” en donde la cultura de incumplimiento de la sociedad global frente a la restricción del uso de alucinógenos o psicotrópicos, llevaría a que progresivamente los Estados tiendan hacia la legalización de estas sustancias, bajo el entendido de que el uso de las mismas constituye una elección autónoma de cada quien. La discusión ya se ha empezado a dar a nivel interno de los Estados, así como a nivel internacional.

Por lo tanto, la cultura de la legalidad o de la ilegalidad genera una relación de doble vía en donde la actitud autónoma de los individuos contribuye a la construcción de una cultura de la legalidad (o

²⁵ En ejemplo reciente de lo aquí planteado se presentó recientemente en el país a raíz de la expedición de la Ley 1762 de 2015, donde ante un estatuto que toma medidas frente a una medida históricamente considerada como ilegal, el contrabando, algunos sectores y regiones de Colombia han adoptado discursos de rechazo frente a las medidas contra una práctica ilegal, que en muchos casos tienden a adoptar discursos legitimadores de prácticas ilegales. Es así como en regiones fronterizas de Colombia, muchas poblaciones literalmente desarrollan su economía mayoritariamente a partir de esta práctica que la legislación colombiana considera abiertamente ilegal.

²⁶ La valoración acerca de si esto es algo bueno o malo no es relevante para la presente discusión. Lo que interesa mostrar es que la valoración jurídica puede ser absolutamente contraria a la valoración social de una conducta. En estos momentos conviene poner en relieve la tensión que puede existir en este tipo de situaciones entre el derecho y la cultura de legalidad en un momento histórico concreto.

de la ilegalidad), pero a la vez la existencia de una determinada forma de comportarse o comprometerse de una sociedad frente al ordenamiento jurídico, incide en la manera en que los individuos se comportarán frente a la norma jurídica. No se tratan de cambios instantáneos y por tanto se requiere de una reiteración de conductas y una masificación de las mismas. Con esa salvedad, se ha de reconocer que la actitud del individuo incide en la actitud de la sociedad como conjunto, pues forma parte de ella. El derecho, en sentido normativo, se encuentra en constante interrelación con la realidad social, de forma que lo que el primero determina en materia de producción normativa incide en el comportamiento de la sociedad, y viceversa.

¿Incide la cultura de la legalidad frente al problema abordado en el presente escrito? Y si ello es así, ¿en qué medida? La cultura de la legalidad no es un sentimiento interno de un conglomerado frente a la norma jurídica, sino en esencia el comportamiento específico de la sociedad frente a la normatividad jurídica. En la medida en que se trata de comportamientos, se hace referencia a pensamientos, opiniones y actos que se despliegan frente al ordenamiento jurídico. El delito, según se ha visto, implica en su componente primigenio una conducta desplegada por una persona. No se puede descartar *prima facie* que la conducta delictiva obedezca a una manifestación de una respuesta social frente a la ley, más allá de una manifestación individual de oposición al ordenamiento jurídico.

En el caso colombiano, por ejemplo, es conveniente anotar que la postura de los asociados no se da frente a un esquema constitucional abstracto y sin contenido. El sistema jurídico colombiano está construido sobre la base de que se respeta la dignidad humana, las libertades personales y el actuar autónomo de los individuos²⁷. Por ello, la estructura jurídica del Estado colombiano está fundada sobre normas que respeten y garanticen la autonomía. Una cultura de apego a la legalidad, dentro del ordenamiento colombiano, implica el respeto de la autonomía individual, y la proyección del desarrollo personal autónomo.

²⁷ La Constitución Política de 1991 está estructurada sobre la base del respeto a la dignidad humana, un concepto que ha sido desarrollado por la Corte Constitucional, precisamente bajo la premisa de permitirle a la persona desarrollarse de manera autónoma. A pesar de haber sido desarrollada en varias sentencias, se sugiere revisar, por ejemplo, la sentencia T-881 de 2002. Allí, la Corte Constitucional claramente desarrolla el concepto de dignidad humana en donde la noción de autonomía es uno de los pilares del mismo. Adicionalmente, en su carta de derechos fundamentales, la Constitución de 1991 consagra en su artículo 16 el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, que ha sido igualmente desarrollado bajo la óptica atrás mencionada.

En el caso de los adolescentes, esto tendrá una doble relevancia, pues se reconoce que ellos, al no ser considerados como adultos ya formados sino en formación, se encuentran todavía en proceso de constitución de carácter y de personalidad, lo que implica que la educación, el adoctrinamiento y la cultura de una sociedad determinada podrá incidir de manera determinante en el actuar *autónomo* del adolescente. Los niños y los jóvenes no aprenden únicamente por aquello que les es verbalmente enseñado, sino igualmente por el ejemplo. La conducta de los asociados, en general, puede generar una consciencia en el joven que contravenir la norma es algo bueno, o cuando menos, que no es algo malo. Una sociedad con marcada tendencia hacia la cultura de la ilegalidad incidirá decisivamente en la autonomía moral del adolescente, con una importante probabilidad que sus decisiones individuales vayan en la misma línea de lo que la cultura de legalidad sugiera.

1.4 La culpabilidad como medida de la responsabilidad

Desde el punto de vista estrictamente jurídico, el concepto de delito²⁸ corresponde al de una acción o conducta que cumple con tres requisitos: típica (es decir, que se encuentra expresamente prohibida por la ley penal), antijurídica (que lesiona intereses o derechos que la legislación ha estimado que son especialmente dignos de proteger, y que sea culpable (que habiendo podido el autor sustraerse de la comisión de la conducta, ha optado por actuar en contravía de la ley). Decir, entonces, que una persona ha cometido un delito implica entonces que se ha podido acreditar la existencia de una conducta que cumple con los tres requisitos recién mencionados.

Esta mención acerca de los elementos del delito en materia penal resulta relevante para la discusión, puesto que se ha planteado como supuesto de estudio que la decisión de un joven acerca de si decide desatender la prohibición legal con consecuencias penales es una decisión que debe ser autónoma²⁹ para ser susceptible de ser objeto de un castigo. Ello es así, porque la

²⁸ El término “delito” no es universal en cuanto a su contenido. Cada sociedad está en capacidad de determinar autónomamente qué entiende por delito. En derecho penal, el delito ha sido mayoritariamente estudiado a partir de sus elementos, llevando a lo que se conoce como el análisis dogmático del delito. Las referencias que aquí se traen son las que mayoritariamente se acogen en Colombia, y que derivan principalmente de los desarrollos teóricos de culturas jurídicas como la alemana y la española –teniendo en cuenta que esta última está claramente influenciada por la primera-.

²⁹ La noción de autonomía a la que aquí se hace referencia, es general y se aproxima más a nociones del actuar bajo la existencia de posibilidades alternativas, situación que no es análoga a la planteada bajo

concepción actual de “culpabilidad” en materia jurídico-penal, que mayoritariamente se acoge, deriva directamente del análisis que se hace respecto de la conducta desplegada por el individuo de manera que la conducta será culpable si éste ha podido haber actuado de otra manera distinta a la que actuó, como lo expone Velásquez (2010).

El Estado, como autoridad, tiene el derecho a amenazar a las personas con la imposición de una pena en caso de que se transgredan ese tipo de normas que se han redactado en forma de tipos penales. A partir de esto último se consagra la inescindible relación entre el actuar del individuo y su voluntad dañosa. En otras palabras, el tipo de pena a imponer y el *quantum* de aquella no depende del capricho del juez, sino que obedece a dos tipos de evaluaciones que se denominan razonabilidad (responde a la pregunta de qué tipo de sanción se requiere ante la comisión de determinado delito) y proporcionalidad (responde a la pregunta de qué tanta cantidad o intensidad del tipo de pena elegido se requiere para que esta última sea justa).

De lo revisado hasta el momento se tiene que para el derecho penal tradicional, la pena -como medida de la responsabilidad penal de un individuo- viene a constituirse en una respuesta o retribución del mal que se ha causado por el autor del delito. La medida de la responsabilidad, corresponde a la medida de la culpabilidad³⁰. Esa correlación se da en proporción directa (a mayor culpabilidad, mayor responsabilidad).

Una revisión de los distintos usos terminológicos que se han dado a “culpabilidad” y a “responsabilidad” permite mostrar diferencias según se revise distintos autores. Para Kurt Baier, por ejemplo³¹, es posible que exista responsabilidad grupal a pesar de existir culpabilidad

nociones como la de Kant. Se ha de advertir desde ya que los conceptos acogidos por la legislación colombiana guardan relación, mas no son análogos a las nociones filosóficas mayoritariamente aceptadas.

³⁰ No es esta la única teoría que permite explicar el *quantum* de la pena que se ha de imponer. Para estos efectos, la dogmática ha estudiado lo que se suele denominar como las teorías de los fines y las funciones de la pena. Existen escuelas de pensamiento que consideran que la pena cumple funciones de prevención del delito y no de retribución del mismo, bien sea porque se busca un efecto general de evitar que los delitos se cometan, o porque se busca evitar que el individuo afectado por la pena esté en posibilidad de volver a delinquir. Otras teorías sugieren que la pena debe cumplir una función de reinserción social de la persona afectada por ella. Colombia en su Código Penal, por ejemplo, acoge todas estas teorías simultáneamente.

³¹ En su texto, “Guilt and Responsibility” Baier (1972) propone la existencia de un ámbito de diferenciación conceptual entre la culpabilidad (*guilt*) y la responsabilidad (*responsibility*) que merece ser explorada, puesto que en su sentir, no se trata de conceptos homólogos. Pretende en él mostrar que el concepto de responsabilidad puede llevar a que exista responsabilidad grupal, algo que el derecho penal –por ejemplo– no admite.

individual e incluso podría afirmarse que una persona es penalmente responsable sin que pueda afirmarse necesariamente que es responsable (en un sentido más amplio) por determinados crímenes. También Hannah Arendt (1948), años antes, planteaba una discusión a partir del caso de los crímenes cometidos por los Nazis en la Segunda Guerra Mundial, acerca de cómo es posible que se pueda ser responsable y no culpable, por las implicaciones que considera que es posible estructurar responsabilidad colectiva, y para ello nuevamente se adentra en una diferenciación entre culpabilidad y responsabilidad³². Con este par de casos, se logra mostrar cómo en un mismo contexto (responsabilidad por delitos) las categorías empleadas pueden generar respuestas del todo distintas frente a problemas comunes. No obstante, el problema de la responsabilidad colectiva no se desarrolla en el presente escrito, dado que la responsabilidad penal es esencialmente individual.

Abraham Zvie Bar-on (1985), en su texto titulado “*Measuring Responsibility*” intenta a partir de distintas corrientes filosóficas determinar si es posible referirse a una culpabilidad colectiva (*collective guilt*) frente a situaciones como la exterminación de los judíos en la Segunda Guerra Mundial, similar a lo que se ha mencionado con Arendt y Baier. En ese texto, él revisa la posibilidad de que se pueda atribuir culpabilidad colectiva por el hecho de una o varias personas. No es la posibilidad de la responsabilidad colectiva lo que merece especial atención aquí sino la manera como el autor retoma y desarrolla una diferenciación entre distintos tipos de culpa, siguiendo una distinción inicialmente planteada por Karl Jaspers: 1) *Criminal Guilt* (Culpabilidad penal); 2) *Political Guilt* (Culpabilidad política); 3) *Moral Guilt* (Culpabilidad moral); y 4) *Metaphysical Guilt* (Culpabilidad metafísica). De esta distinción conceptual, se busca poner en relieve la diferencia entre la culpabilidad moral y la penal. Siguiendo a Jaspers (1947) –así como a Zvie Bar-on- la culpabilidad penal solo puede ser atribuida a quienes de manera directa participan en la planeación, y ejecución de los actos, mientras que la culpabilidad moral aplica a todos aquellos que de una u otra manera brindaron su apoyo al régimen Nazi. De tal suerte que en el ámbito de la culpabilidad moral, es la conciencia de la persona la que determina si ha habido observancia de la norma moral. En el caso de la culpa criminal, es un tercero (el juez) el que determina si ha existido observancia de una norma, también externa (la ley positiva). La conexión entre ellas es que desde el punto de vista moral no estamos obligados a cumplir las normas

³² En la página 149 del artículo citado, Arendt utiliza las expresiones “*responsible*” y “*guilty*” para referirse a la distinción entre este tipo de categorías. De conformidad con su visión, es perfectamente posible que hayan personas responsables y culpables, frente a aquellos que son responsables y no culpables.

positivas que van en contra de la moral. En consecuencia, la determinación del concepto de culpabilidad es intrínseco al individuo o extrínseco al mismo dependiendo de la noción abordada³³.

Otra visión sobre las distintas acepciones en materia de culpabilidad y de responsabilidad, se encuentra con gran claridad en la obra de Kutz (2002). Este autor, si bien no aborda todas las acepciones en profundidad, revela la existencia de cuando menos ocho formas distintas de concebir la responsabilidad. Sin embargo, en su texto se detiene especialmente en la distinción entre la responsabilidad moral y la responsabilidad criminal o penal. Esta distinción tiene relevancia para el problema aquí tratado, como se explicará a continuación.

Al referirse a la responsabilidad moral, Kutz parte del presupuesto que una persona responde por quien es y lo que hace. Sin embargo, en muchos casos no es fácil determinar “lo que se hace”, en la medida en que se admite una discusión a partir del punto de vista de la intención del agente, o a partir del resultado causado. En cualquiera de los dos casos, la causalidad adquiere una preponderancia específica, puesto que muestra que la responsabilidad moral implica no solamente revisar lo que el agente hace, sino también reconocer la respuesta que las personas tengan frente a las acciones del agente. Esta respuesta puede variar dependiendo del contexto social en que se presenten las acciones, entre otros aspectos. Esto se entrelaza con lo que se ha visto atrás acerca de la cultura de la legalidad, puesto que la manera como una sociedad reacciona frente al conjunto de valores o principios plasmados en el ordenamiento, incide directamente en este punto expresado por Kutz. Cuando la respuesta de la sociedad es neutra o incluso positiva frente a una acción del agente, existe una propensión a que moralmente el agente considere que se trata de una acción correcta.

En materia de responsabilidad penal, siguiendo nuevamente a Kutz, la amplitud interpretativa es mucho menor, puesto que requiere precisar unos presupuestos teóricos para poder interpretar las respuestas punitivas que el Estado le atribuye a las conductas reprochadas. La responsabilidad

³³ Una distinción usual entre derecho y moral obedece a la naturaleza de las normas que las rigen. El derecho se reconoce como externo al individuo, y en ese sentido, las normas jurídicas no dependen de la aceptación que el individuo haga de ellas. Son externas a él. La norma moral, en contraposición, constituye igualmente un mandato, pero que no deriva de un ente externo, como es el Estado, sino que se construye por la persona. Las consecuencias del incumplimiento de cada una de esas normas también se diferencia por el origen de la sanción. El incumplimiento de la norma jurídica genera una sanción externa, mientras que el incumplimiento de la norma moral es interna (conciencia).

penal implica saber de antemano que es lo que está prohibido y permitido, la respuesta que el Estado dará a la conducta prohibida. Sin embargo, la respuesta del Estado no es unívoca en cualquier escenario, pero tampoco cae en el relativismo extremo. Lo que determinará esas variaciones son las elecciones conceptuales y filosóficas que adopte el sistema. Por ejemplo, no será igual la respuesta del sistema penal cuando se parte de una visión utilitarista, que cuando se parte de un análisis retribucionista. Los presupuestos son distintos, y por lo tanto las respuestas son distintas. El retribucionismo sanciona a partir de un análisis específico de la conducta del agente, mientras que el utilitarismo mira la necesidad de la mayoría y no el caso específico del individuo. Las respuestas en materia de sanciones, por supuesto, variarán decisivamente según se acoja una u otra filosofía.

Revisados los conceptos de culpabilidad y responsabilidad, se tiene que la diferencia entre uno y otro, así como la explicación de cómo se han entendido en distintas discusiones es fundamental. Según se ha visto, el uso que unos hacen del término “responsabilidad” es similar (si no igual) al uso que otros hacen del término “culpabilidad”. Esto resulta problemático cuando los conceptos no se utilizan como sinónimos, de forma tal que en determinado caso una persona pueda ser culpable pero no responsable, o viceversa. Para efectos de poder entender cabalmente –en este escenario de distintas posibilidades conceptuales, la problemática en materia de culpabilidad y responsabilidad de los adolescentes, es indispensable entender que el concepto jurídico-penal de culpabilidad no corresponde a un juicio de imputación de una acción o resultado, como se ha podido entender hasta el momento, sino que implica un análisis de determinada conducta (que ya se la ha formalmente atribuido a un individuo acusado), para determinar qué tan libre fue la decisión de cometer esa conducta. En otras palabras, al analizar la culpabilidad penal, ya ha existido previamente una atribución de autoría (cuando menos causal).

El concepto de culpabilidad que se acoge mayoritariamente por la teoría penal colombiana guarda mucha más relación con el concepto de autonomía moral, que con el concepto de culpabilidad moral que aquí se ha expuesto, sin dejar de lado que la culpa moral está ligada a los conceptos de libertad y de autonomía pero en distinta medida. Esto es especialmente relevante para entender por qué razón es que el concepto de autonomía es crucial en materia de análisis de la culpabilidad penal. En la medida en que lo que se discute es si ha existido una falla en la conducta de la persona confrontada con el mandato jurídico, se ha de revisar si esa falla obedece a una decisión

autónoma y libre del individuo. No se trata de un análisis acerca de si se cumple una norma interna o externa al individuo, sino que se parte de que existe un deber de acatamiento de la norma, y lo que se revisa es si la decisión de no acatar la norma ha sido tomada de manera autónoma.

El título de este aparte se denomina “la culpabilidad como medida de la responsabilidad”. Solamente desligando el concepto jurídico de culpabilidad penal de las nociones filosóficas mayoritariamente manejadas y que aquí se han explicado, se puede entender de qué manera es que la culpabilidad pueda determinar el nivel de responsabilidad penal. Desde la perspectiva jurídica, se tiene que el análisis de culpabilidad implica mayoritariamente un análisis de autonomía, y establecido ese grado de autonomía, se podrá a partir de allí determinar la sanción a aplicar a quien ha cometido el delito. Nuevamente retomando la clasificación tetrapartita de Jaspers, conviene anotar que la forma en que los países anglosajones determinan la culpabilidad penal es distinta a la manera en que lo hacen los países de tradición continental europea. Para nociones cercanas a las categorías del derecho penal alemán, como es el caso de Colombia, la culpabilidad como elemento del delito implica un análisis de la autonomía moral del individuo. La *criminal guilt* que se ha visto atrás, hace referencia a ese concepto penal continental de la “responsabilidad” y no el de “culpabilidad”. A partir del estudio anglosajón, son otros los análisis de culpabilidad y de responsabilidad que se aplican³⁴.

Es claro, por el momento, que el derecho penal colombiano está concebido sobre la base de la culpabilidad de la conducta y su respuesta sancionatoria. Sin embargo, si el adolescente no es un adulto con plena capacidad de autonomía reconocida por la ley, la manera en que se sanciona a los menores de dieciocho años en el país tendrá que partir de análisis distintos a los que se le aplica a los mayores de edad.

³⁴ Téngase en cuenta, por ejemplo, que en el sistema de juicios sometidos a la decisión de un jurado, la determinación acerca de la declaración de culpabilidad de un individuo no obedece a criterios objetivados por la ley, sino a interpretaciones que el jurado haga de los hechos debatidos. Dado que los miembros del jurado rara vez son abogados, los análisis de culpabilidad se entrelazan mucho más con criterios de atribución distintos al legal, como por ejemplo, por connotaciones de índole moral.

2. La culpabilidad estricta y el interés superior del niño:

Según se ha visto atrás, la ley colombiana reconoce en los adolescentes la capacidad para tomar determinadas decisiones que comprometan su responsabilidad jurídica. Una de esas decisiones es precisamente la de cometer una de las conductas sancionadas por la ley penal. Como consecuencia de ese reconocimiento, se ha establecido todo un régimen jurídico tendiente a investigar y eventualmente sancionar a los adolescentes que cometan conductas que en principio serían catalogadas como punibles.

En el presente aparte se revisa de qué manera difiere el análisis de culpabilidad de la conducta punible realizada por los adolescentes, a partir de los puntos planteados en la sección anterior del presente escrito. Teniendo en cuenta la diferencia en los análisis de culpabilidad, se propondrá una explicación acerca de la manera en que se imponen y ejecutan las sanciones a los adolescentes en Colombia, a partir del concepto de culpabilidad estricta.

Para la justicia penal de adolescentes en Colombia, es claro que la sanción penal opera frente a los delitos que han cometido aquellos. Pero no se trata de una sanción que atienda criterios de retribución o de prevención de la delincuencia, sino que se trata de una sanción que implica atender el interés superior del niño. En otras palabras, cuando se involucra la sanción del adolescente infractor de la ley penal, la relación culpabilidad-sanción se ve permeada por otros elementos que pueden ser ajenos al análisis de la culpabilidad basada en la autonomía moral.

El manejo que se da por el Estado colombiano a la sanción que debe imponérsele al adolescente infractor de la ley penal no obedece a una idea innovadora local, sino que ha sido ampliamente desarrollada en el ámbito internacional³⁵. La orientación y principios que rigen el sistema obedecen a unas directrices que se han venido decantando en ese ámbito internacional. En la actualidad Colombia ha incorporado ese principio en su ordenamiento. En efecto, el artículo 8º

³⁵ Como antecedentes directos del principio de prevalencia del interés superior del niño están las Reglas de Beijing o “Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores” que data de 1985, las “Reglas mínimas para la protección de menores privados de la libertad” de 1990. Si bien en ninguna de las dos se consagra el principio en los mismos términos en que se conoce hoy, existen disposiciones claras que permiten concluir que la orientación de los sistemas de justicia de menores debían orientarse hacia el bienestar y los intereses de los menores. Ya con la “Convención de los derechos del niño” de la ONU en 1989 se consagra expresamente en su artículo 3º el principio del interés superior del niño.

del Código de la Infancia y la Adolescencia lo consagra, y más adelante en ese mismo código se fija expresamente este principio como pilar de interpretación del sistema de responsabilidad penal de adolescentes.

Sin embargo, tal y como lo ha sostenido la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia:

Cabe destacar que allí no se precisó lo que se debe entender por interés superior del menor y, tal como lo ha reconocido la jurisprudencia constitucional colombiana, dicho concepto no tiene significado unívoco ni posee una aplicación idéntica en todos los casos. En la sentencia T-408 de 1995 la Corte Constitucional lo definió como una caracterización "jurídica específica fundada en sus intereses prevalentes."³⁶

De lo anterior, parece claro que ese principio consagrado por la ley, y que tiene incidencia directa en la determinación de la sanción de los adolescentes infractores de la ley penal, se aplica de manera distinta según el caso, por lo que su determinación obedece a un análisis de cada caso concreto. Hasta este punto, el asunto no parece generar mayor reparo, puesto que es lógico que no exista una aplicación objetiva y estática de este principio. Sin embargo, el problema de mayor calado surge cuando se busca establecer quién o quiénes determinan cuál es el interés superior del niño (en este caso, del adolescente).

Respecto de esta disyuntiva, podría considerarse que el Estado es el llamado a determinar cuál es el interés superior del niño en el caso concreto, en la medida en que es éste el que en el ámbito jurídico-penal determina cuáles son las conductas prohibidas y cuáles son las sanciones que podrían imponerse al adolescente. Si el proceso penal es esencialmente un esquema de control social estatal en donde las partes son acusado y Estado acusador, ¿por qué se dudaría sobre la legitimidad del Estado para determinar cuál es el interés superior del niño?

Puede y debe dudarse de dicha legitimación, porque el hecho de que el Estado pueda prohibir y sancionar, no significa necesariamente que es capaz de determinar lo que es bueno para un niño o

³⁶ República de Colombia. Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Penal. Sentencia de 28 de septiembre de 2011 (Rad. 34871). Magistrado Ponente: Augusto José Ibáñez Guzmán.

adolescente. El asunto ha sido objeto de discusión en el ámbito de la educación de los niños y adolescentes. Por ejemplo, para Joel Feinberg (1992), ya mencionado en apartes anteriores, quien debe tener la prioridad en decidir acerca de la educación de un niño son los padres, incluso por encima del Estado y del mismo menor. El fundamento de esto se presenta por la existencia de lo que él denomina “derechos en fiducia” (*rights in trust*)³⁷. Este tipo de derechos, que son propios de los niños, poseen la especial particularidad que no pueden ser ejercidos por ellos en la actualidad (de manera directa), sin embargo, en nombre de estos derechos, se toman decisiones actuales, que inciden de manera decisiva en la manera como un niño es educado. Estas decisiones serán adoptadas por los padres, como administradores de estos derechos. Por ende, la postura planteada por Feinberg, parece ser llamada a defender el rol de los padres en la toma de estas decisiones.

El hecho de que los padres estén llamados, en principio, a determinar la manera como sus hijos han de ser educados, no significa necesariamente que ellos sean quienes conozcan objetivamente cuál es el interés superior del niño, o que incluso conociéndolo sean capaces de obrar de conformidad con ese interés. En cualquier caso, se trata de una medida a todas luces paternalista. Al respecto, Feinberg señala:

(...) el “paternalismo” en la crianza de los niños, en cierto sentido, es inevitable y por lo tanto adecuado, ya sea si es impuesto por el Estado en interés del niño o por los mismos padres, y esto es así porque habrán algunos aspectos cuando menos en los que incluso un niño mayor no podrá conocer su propio interés, algunos aspectos en los que debe ser protegido de su propio juicio inmaduro y desinformado. [Traducción del autor] (Feinberg. 1992. P. 89)

En el ámbito de los debates propios de la filosofía de la educación, la discusión tiende a llevar a mostrar que el hecho de que un menor de edad actúe por decisiones lógicas o ilógicas, buenas o

³⁷ Tanto en inglés (*trust*), como en español (fiducia), el término elegido por Feinberg es especialmente dicente, pues implica el reconocimiento de conceptos vitales para la figura jurídica de la fiducia, que es la fe, y la confianza. El término de derechos en fiducia, por lo tanto, no implica simplemente el ejercicio de derechos a futuro, sino el reconocimiento de que el administrador de los derechos (los padres), tienen una responsabilidad especial por contar con la confianza del Estado para administrar los derechos de sus hijos.

malas, no quiere decir que esté obrando con autonomía. Por ello, parece existir coincidencia en que la decisión acerca de cuál es el interés del niño o del adolescente no debe estar en sus manos, sino que existe algo o alguien que sepa poder determinar eso por ellos.

En la práctica jurídica procesal, los padres no tienen incidencia en la determinación de las sanciones aplicables a los adolescentes. Es el Estado, y más específicamente los jueces penales de adolescentes quienes determinan la sanción a imponerle al adolescente. Si bien la decisión no está normativamente justificada, la realidad muestra que es el Estado el encargado de determinar el interés superior del adolescente al momento de fijar la sanción penal.

En Colombia, según se ha visto, el sistema jurídico está basado en el respeto de la dignidad humana, concepto que está ligado íntimamente con el de autonomía. El Estado busca que las personas que habiten el territorio nacional sean individuos autónomos. Bajo ese entendido, el ordenamiento está instituido sobre la base de la autonomía, razón por la cual el interés superior del adolescente estaría formalmente ligado, desde una óptica estatal a ser o llegar a ser un individuo autónomo, pero respetuoso de la norma jurídica. Los padres formados en un esquema así diseñado, serían personas que al someterse a los lineamientos constitucionales, tácitamente aceptan que ese es el tipo de personas que deben ser formadas en el país.

Según se ha visto atrás, el sistema penal de adolescentes posee una lógica distinta de la culpabilidad como medida de responsabilidad penal, que rige a los mayores de edad. El análisis de la sanción que propende especialmente por un carácter pedagógico, atendiendo el interés superior del niño, debe, en consecuencia revisar criterios ajenos –o cuando menos distintos- al actuar mismo del menor, y buscará mirar un estándar abstracto de aquello que ese adolescente necesita para ser sancionado “justamente”. En consecuencia, el análisis de la culpabilidad jurídico-penal para efectos de determinar la pena a imponer y a determinar su cuantificación variaría significativamente, atendiendo a otros criterios ajenos al análisis de la actuación o del autor de la conducta³⁸.

³⁸ Al revisar el Código de Infancia y Adolescencia, Ley 1098, existen normas concretas que le indican al Juez que para establecer qué sanción ha de imponer debe tener en cuenta la proporcionalidad e idoneidad de la sanción, atendiendo cuestiones como la gravedad de los hechos, y las circunstancias y necesidades del adolescente (Artículo 179, numeral 2º). En consecuencia, aparentemente la ley no prescinde del análisis de

Una posible respuesta se halle en el empleo de criterios como la culpabilidad estricta o responsabilidad estricta. En su ensayo *“Strict Liability, Justice and Proportionality”*, Douglas Husak (2010) revisa el problema que se está generando en el ámbito del derecho, referente a la aplicación del criterio de “culpabilidad estricta”, que tiende a prescindir del análisis del elemento intencional y psíquico del autor, lo que en la práctica implicaría la pretermisión del estudio del elemento de la culpabilidad del delito, previamente referenciado³⁹. La culpabilidad estricta⁴⁰, implica una forma en que el derecho ejerce una violencia que no se corresponde con los niveles de autonomía y de culpabilidad de la conducta de la persona; implica asimismo una objetivización de la conducta del causante de la conducta prohibida, y también implica una objetivización de la respuesta del Estado. Si un señor X golpea a su esposa cuando llega ebrio a su casa, la pena de él sería exactamente igual a la de un señor Y que golpea a su esposa, sin estar ebrio. Lo anterior en la medida en que la culpabilidad estricta indicará que la causación de los golpes por parte de X son iguales que la causación de los golpes por parte de Y. En este evento, no será relevante revisar más circunstancias subjetivas de X o de Y para determinar que sus conductas son culpables.

En una concepción relativamente sencilla de la culpabilidad estricta, ésta parte de la visión de que existe una forma de objetivizar el análisis de la conducta. Ello implica desligarse del modelo convencional de un análisis objetivo-subjetivo de la conducta, propio de un modelo convencional de estructuración de la responsabilidad penal, en donde el reproche parte tanto del análisis objetivo de la conducta, como del análisis subjetivo de la misma (por ejemplo, la culpabilidad como elemento del delito).

Husak, por su parte, considera que no existe un único tipo de delitos de culpabilidad o responsabilidad estricta. Existirían, en criterio de este autor, dos tipos distintos de delitos de

culpabilidad, pero no es claro cómo opera, si las finalidades de las sanciones no incluyen un juicio retributivo.

³⁹ Como se ha mencionado en este mismo aparte del texto, la noción de culpabilidad estricta (*strict liability*) no guarda identidad con el elemento de culpabilidad que se estudia en derecho penal. Mientras que el primero guarda mucha cercanía con el concepto de culpabilidad al que se han referido autores como Baier, Arendt, o Kutz, el elemento de culpabilidad del delito tiene un desarrollo propio que parte del estudio dogmático del delito. En consecuencia, no se trata de los mismos conceptos.

⁴⁰ Una buena explicación de la noción de culpabilidad estricta es suministrada por Wasserstrom (1960) quien luego de un análisis de casos, considera que la culpabilidad estricta implica reconocer que ante la verificación de causación de un acto que es penalmente prohibido, se debe condenar a la persona. Se trata de un modelo que en el mundo jurídico en español se denomina “Responsabilidad objetiva”.

culpabilidad estricta. En primer lugar menciona la existencia de la culpabilidad estricta formal, que son aquellos casos en donde la persona será declarada culpable –y por ende sancionada-, cuando no se requiere siquiera que la persona haya cometido una conducta negligente. Desde el punto de vista de la ley penal colombiana, ello implicaría prescindir de lo que se conoce como el “tipo subjetivo”, es decir el dolo, la culpa o la preterintención. En segundo lugar, Housak considera que existe otro tipo de delitos de culpabilidad estricta, denominados por él como de culpabilidad estricta sustancial, que corresponden a aquellos casos en donde la persona puede ser declarada culpable –y por ende sancionada-, sin tener culpa (*fault*), como juicio de reproche extralegal.

El modelo de culpabilidad estricta sustancial prescinde del análisis de ese factor de atribución de reproche distinto al juicio legal. No se trata de un modelo de responsabilidad objetiva, o de simple responsabilidad por causación física de resultados, sino un modelo en donde el reproche moral no resulta necesario a pesar de existir un tipo de reproche subjetivo. Este punto es precisamente aquél que en el derecho penal colombiano se aborda en el elemento de la culpabilidad del esquema del delito.

Se ha expuesto atrás que el modelo de culpabilidad estricta constituye una manera para explicar lo que ocurre con la imposición de la pena de los adolescentes. Sin embargo, ello no implica, como parece inferirse de los textos empleados (por ser mayoritariamente de culturas jurídicas distintas a la colombiana), que existan distintos tipos de análisis o de atribución de culpabilidad en Colombia, contrario a lo que sí ocurre en Estados Unidos, por ejemplo⁴¹. En Colombia el análisis de culpabilidad no es variable, como ocurría en esquemas de delito adoptados en codificaciones penales anteriores. Si el sistema penal de adolescentes y el de adultos ambos se fundamentan en la comisión del mismo tipo de delitos previstos por la ley penal, debe aceptarse que la estructura del delito es la misma. Siendo así, sería impensable que el delito del adolescente no sea culpable, mientras que el del adulto sí, puesto que ello implicaría una modificación del esquema del delito legalmente acogido.

⁴¹ En “*The Philosophy of Criminal Law*”, Larry Alexander (2002) explica que la culpabilidad criminal, bajo su acepción de culpabilidad-responsabilidad atrás explorada, posee tres estados mentales: propósito, conocimiento e imprudencia, y dos estados no mentales como son la negligencia y la culpabilidad estricta. Para una mayor claridad, se sugiere revisar el capítulo 2.3 del texto mencionado, en donde explica con claridad cada uno de estos conceptos. Para el autor, la culpabilidad estricta implica prescindir del análisis de culpabilidad, similar a lo que presenta Wasserstrom.

En consecuencia, el problema de fondo frente a las sanciones que se le imponen a los adolescentes no es saber si el delito implica la acreditación del elemento de la culpabilidad, y en qué grado, como ocurre en el caso de los adultos. El problema es que a pesar de que normativamente se exige proporcionalidad e idoneidad de las sanciones a partir de criterios como la gravedad de la conducta y las necesidades del adolescente, la culpabilidad no es relevante al momento de imponerle al adolescente infractor alguna sanción. Basta mostrar que existe un juicio de reproche abstracto frente a la conducta, para determinar que la acción del adolescente es culpable y que merece sanción, a pesar de que no tenga ningún tipo de incidencia en el *quantum* de la sanción. Esta última, en consecuencia, obedecería a criterios de culpabilidad estricta, en la medida en que la función que cumple la sanción del adolescente es eminentemente pedagógica y debe obedecer a su interés superior. Se trataría de una forma de poder justificar la sanción penal. Un ejemplo permite ilustrar lo anterior.

Si un joven de una zona rural con dificultades de acceso a la educación comete un hurto de un teléfono celular que encuentra en una tienda, y un joven de una familia acaudalada, estudiante de uno de los colegios más reconocidos en la ciudad comete un hurto de un teléfono celular en un restaurante lujoso, la respuesta que debe dar el Estado, atendiendo criterios de igualdad, debería ser la misma. Si se revisan elementos de culpabilidad, es probable que el reproche a la conducta del joven menos educado sea menor que la del joven más educado, lo que incida en la imposición de la sanción. Si se aplican criterios de culpabilidad estricta, se regresaría al primer escenario, de una sanción similar.

Por supuesto, es posible igualmente sostener y argumentar que la imposición de la sanción al adolescente infractor de la ley penal obedece a factores externos al menor, es decir que el interés superior del adolescente es dictado e impuesto desde afuera. De aceptar que esto es así, ello implicaría desconocer al adolescente como una persona moralmente autónoma, al menos como una persona autónoma *en alguna medida*. De ser así, las medidas no buscarían el interés superior del menor, sino el interés superior que considere un Juez, sin tener una especial legitimación para tomar ese tipo de decisiones. Incluso, podría llegar a sostenerse que se trata de una medida arbitraria, en la medida en que implicaría el desconocimiento de principios tales como la dignidad humana del menor.

De qué manera se sanciona al adolescente infractor es tan relevante como la razón por la cual se es merecedor de una sanción. El derecho penal precisamente adquiere su nombre en virtud de la especial importancia que tiene la pena (en el caso de los adolescentes la sanción) como respuesta frente a la conducta delictiva. Lograr establecer la manera como se impone la sanción del adolescente debe llevar a criterios que pueden ser discrecionales, en mayor o menor medida, pero que en todo caso han de obedecer a parámetros objetivos conocidos por el operador judicial.

Se ha logrado mostrar de qué manera la estructura del derecho colombiano –y en ese sentido, del derecho penal- gira en torno de la reivindicación de las personas como individuos autónomos. Sin embargo, el reconocimiento de que los adolescentes no son plenamente autónomos conlleva un esfuerzo por justificar de mejor manera a la que hasta el momento se ha hecho, cómo el Estado ha de imponer sanciones a los jóvenes que quebrantan las prohibiciones consagradas por la ley penal. La posibilidad de que la culpabilidad estricta sea un elemento justificador es tan solo una de las alternativas posibles, y es esa posibilidad la que en el presente escrito se ha abordado, con sus correspondientes implicaciones.

El ejemplo atrás propuesto, sobre el hurto cometido por los dos muchachos, permite ilustrar el problema que se plantea cuando se ponen sobre la mesa factores distintos en materia de educación, cultura de la legalidad, y autonomía. Al reconocer que las sanciones de los jóvenes son de carácter pedagógico, los niveles de educación de cada uno de los jóvenes deben incidir directamente en la sanción que un juez haya de imponer a cualquiera de ellos. Asimismo, el análisis del impacto de la cultura de la legalidad que tenga comunidad frente a la apropiación de bienes que se saben de otra persona pero que se encuentran descuidados o refundidos (respeto por la propiedad ajena), lleva a que la consciencia de la licitud o ilicitud de la conducta varíe entre ambos jóvenes. Consecuentemente, los análisis de culpabilidad así como las necesidades pedagógicas en uno y otro caso serán distintas. Es necesidad de los Estados contar con individuos que mayoritariamente estén dispuestos a cumplir las normas, para considerar que son viables. En consecuencia, la sanción pedagógica del adolescente infractor merece mayor desarrollo desde los ámbitos pedagógicos y filosóficos para poder generar un derecho penal para adolescentes mucho más ajustado a los principios orientadores en esa materia.

3. Conclusión.

El estudio de la responsabilidad penal vista a partir de la filosofía práctico-moral, implica reconocer que detrás de los modelos de sanción de individuos, necesariamente debe existir una justificación para la pena (adultos) o sanción penal (adolescentes). No basta recurrir a criterios de autoridad práctica para efectos de sancionar, en la medida en que el fundamento de la autoridad implica el respeto de libertades, en una concepción liberal como la que ha acogido Colombia.

En el presente trabajo se ha logrado mostrar que los adolescentes son personas que no han sido legalmente reconocidas como plenamente autónomas, pero sí lo suficiente para poder cometer delitos, y ser merecedores de una sanción penal. Se ha observado, igualmente que la manera en que se sanciona a los adolescentes no sigue las mismas reglas y principios que la pena de los adultos. El criterio orientador principal en materia de justicia penal de adolescentes es la prevalencia del interés superior del adolescente.

Al momento de analizar lo que implica que la sanción penal sea pedagógica –y que por ende responda al principio del interés superior del niño- se generan problemas tales como desconocerle al adolescente la autonomía moral que le fue inicialmente reconocida para tenerlo como infractor penal. En consecuencia, la ley reconoce que es autónomo para decidir quebrantar la ley, pero la imposición de la sanción obedece a criterios estrictos que no tienen conexión con la culpabilidad de su conducta.

Esto, por supuesto, plantea el problema de intentar fundamentar la sanción penal del adolescente, puesto que en la práctica, son los jueces penales de adolescentes quienes tienen la última palabra acerca de qué es ese interés superior del adolescente, pero no existe una razón real por la cual deba ser ese funcionario el que lo determine, o cuando menos sin tener claro cuáles son los fundamentos en los que se basa para hacerlo. Ese problema de fundamentación o legitimación en la determinación del interés superior del adolescente para efectos de sancionarlo, e incluso privarlo de su libertad, es un tema fundamental.

Si es cierto, desde la perspectiva de la Constitución, que el principio rector es el del respeto de la dignidad humana, y es igualmente cierto que los derechos de los niños y adolescentes prevalecen

sobre los demás, lo mínimo que la filosofía, el derecho y la filosofía del derecho le deben a estos jóvenes, es una explicación satisfactoria acerca de por qué razón es que podrían ser sancionados, y cómo se podría objetivamente determinar cuál es la sanción que merecen en caso de incurrir en una infracción a la ley penal. Parte de ese esfuerzo explicativo es el que se ha tratado de abordar aquí, mediante una descripción del problema, como insumo para mejoras en los ámbitos mencionados.

Por el momento, es claro que el desconocimiento del adolescente como un individuo plenamente autónomo tiene razones que permiten justificar esa decisión legal. En el presente caso se ha mostrado que la cultura de la legalidad se constituye como un factor que puede incidir en la propensión que puedan tener los individuos por acatar la ley, o dejar de hacerlo. En el ámbito latinoamericano, se ha detectado una marcada tendencia por el incumplimiento de la norma, lo que permitiría entender por qué razón un joven infractor podría ser tenido como una persona que no ha actuado con plena autonomía. En términos de Rousseau, implicaría reconocer la capacidad de la sociedad para corromper al individuo. También se ha mostrado de qué manera esa autonomía matizada llevaría al Estado a optar por un mecanismo de análisis de la conducta del adolescente, cuando ésta ha cometido un delito.

En el presente escrito se ha procurado mostrar de qué manera la estructura del ordenamiento jurídico colombiano parte del reconocimiento del concepto fundamental de la dignidad humana a todas las personas. El principio implica reconocer implícitamente que las personas son, y deberían ser autónomas. No obstante lo anterior, al sancionar penalmente a los adolescentes, la autonomía -materializada en el análisis de la culpabilidad (como elemento del delito)- deja de ser un elemento relevante a la hora de imponer la sanción. La paradoja de cómo un Estado que propende por la autonomía como valor fundamental en la vida de sus súbditos deja de lado el análisis de la autonomía para remplazarlo por otros criterios no ha sido explícitamente explicado por la norma jurídica. El trabajo, en consecuencia, muestra una posible respuesta a esta paradoja, mediante la revisión del concepto de la culpabilidad estricta como una posible justificación de la sanción de los adolescentes. No se trata de un diagnóstico infalible, sino un intento para explicar o justificar una práctica jurídica que se ha venido implementando.

Referencias:

- Alexander, L. (2002). The Philosophy of Criminal Law. En J. Coleman, y S. Shapiro (Ed.), *Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*. (pp. 815-867). Oxford, Inglaterra: Oxford Univeristy Press.
- Arendt, H. (1948). Organized Guilt and Universal Responsibility. En L. May, y S. Hoffman (Ed.), *Collective Responsibility: Five Decades of Debate in Theoretical and Applied Ethics*. (pp. 273-283). Lanham, Estados Unidos: Rowman & Littlefield Publishers.
- Baier, K. (1972). Guilt and Responsibility. En L. May, y S. Hoffman (Ed.), *Collective Responsibility: Five Decades of Debate in Theoretical and Applied Ethics*. (pp. 197-218). Lanham, Estados Unidos: Rowman & Littlefield Publishers.
- Bennett, M.J. (2011). Hart and Raz on the Non-Instrumental Moral Value of the Rule of Law: A Reconsideration. *Law and Philosophy*, 30 (5), 603-635. doi 10.1007/s10982-011-9106-1.
- Feinberg, J. (1986). *The Moral Limits of the Criminal Law Volume 3. Harm to Self*. Oxford, Inglaterra: Oxford University Press. doi: 10.1093/0195059239.001.0001.
- Feinberg, J. (1992). *Freedom and Fulfillment*. Princeton, Estados Unidos: Princeton University Press.
- García, M. (2010). Individuos sin sociedades. Sobre la cultura del incumplimiento de reglas en América Latina. En M. Villoria, y M. I. Wences (Ed.), *Cultura de la legalidad: Instituciones, procesos y estructuras*. (pp. 135-158). Madrid, España: Catarata.
- Green, L. (2002). Law and Obligations. En J. Coleman, y S. Shapiro (Ed.), *Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*. (pp. 514-547). Oxford, Inglaterra: Oxford Univeristy Press.

- Husak, D. (2010). *The Philosophy of Criminal Law*. Oxford, Inglaterra: Oxford University Press. doi: 10.1093/acprof:oso/9780199585038.001.0001.
- Jaspers, K. (1947). *The Question of German Guilt*. Ed. 2000. Nueva York, Estados Unidos: Fordham University Press.
- Kutz, C. (2002). Responsibility. En J. Coleman, y S. Shapiro (Ed.), *Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*. (pp. 548-587). Oxford, Inglaterra: Oxford University Press.
- Shapiro, Scott, "Authority". En, Coleman y Shapiro (Ed.), *Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law*. New York: Oxford University Press, 2002.
- Velásquez, F. (2010). Manual de derecho penal: Parte General 4ª Ed. Bogotá, Colombia: Ediciones Jurídicas Andrés Morales.
- Villoria, M. (2010). Cultura de la legalidad y buen gobierno. En M. Villoria, y M. I. Wences (Ed.), *Cultura de la legalidad: Instituciones, procesos y estructuras*. (pp. 29-66). Madrid, España: Catarata.
- Wasserstrom, R. (1960). Strict Liability in the Criminal Law. *Stanford Law Review*, Jul. 12 (4), 731-745 Recuperado de <http://www.jstor.org/stable/1226524>.
- Zvie Bar-on, A. (1985). Measuring Responsibility. En L. May, y S. Hoffman (Ed.), *Collective Responsibility: Five Decades of Debate in Theoretical and Applied Ethics*. (pp. 255-271). Lanham, Estados Unidos: Rowman & Littlefield Publishers.