

Temas Socio-Jurídicos

Vol. 37 N°75 Julio - Diciembre de 2018 / 158p.

N°75



ISSN 0120-8578

ISSN electrónico: 2590-8901

Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
Universidad Autónoma de Bucaramanga
Bucaramanga, Colombia



Universidad Autónoma de Bucaramanga

de puertas abiertas

VIGILADA MINEDUCACIÓN

Temas Socio-Jurídicos

Vol. 37 N°75 Julio - Diciembre de 2018

ISSN 0120-8578

ISSN electrónico: 2590-8901

**FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y POLÍTICAS
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE BUCARAMANGA**



unab

Universidad Autónoma de Bucaramanga

de puertas abiertas

VIGILADA MINEDUCACIÓN

Revista Temas Socio Jurídicos

Publicación Semestral de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Autónoma de Bucaramanga

ISSN 0120-8578

ALBERTO MONTOYA PUYANA
Rector

EULALIA GARCÍA BELTRÁN
Vicerrectora Académica

GILBERTO RAMÍREZ VALBUENA
Vicerrector Administrativo

JORGE EDUARDO LAMO GÓMEZ
Decano Facultad de Derecho

MIGUEL ANGEL HERNANDEZ REY
Director General de Investigaciones

ÁIDA FERNÁNDEZ DE LOS CAMPOS
Directora

ANA PATRICIA PABÓN MANTILLA
Editora

COMITÉ EDITORIAL

Antonio Bohórquez Orduz

Doctor en Derecho por la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia. Profesor Universidad Autónoma de Bucaramanga, Colombia.

Gregorio Mesa Cuadros

Doctor en Derecho del Programa de Derechos Fundamentales por la Universidad Carlos III de Madrid, España. Profesor Universidad Nacional de Colombia

Joaquín González Ibáñez

Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, España. Profesor Universidad Alfonso X El Sabio, Madrid, España.

José Escribano Úbeda- Portugués

Doctor en Estudios Internacionales por la Universidad Complutense de Madrid, España.
Doctor en Estudios Europeos por el Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset de Madrid, España.
Profesor Universidad Carlos III de Madrid, España.

Nhoris Torregrosa Jiménez

Doctora en Derecho por la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia. Profesora Universidad Libre, Seccional Bogotá, Colombia.

Roberto Carlos Vidal López

Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia.
Profesor Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia.

COMITÉ CIENTÍFICO

Beatriz Londoño Toro

Doctora en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, España.
Profesora Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia.

David Sánchez Rubio

Doctor en Derecho por la Universidad de Sevilla, España.
Profesor Universidad de Sevilla, España.

Javier Orlando Aguirre Román

Ph.D. of Philosophy State University of New York - Stony Brook, U.S.
Profesor Universidad Industrial de Santander, Bucaramanga, Colombia.

María del Pilar Zambrano

Doctora en Derecho por la Universidad de Navarra, España
Profesora de la Universidad Austral, Argentina.

Ricardo David Rabinovich-Berkman

Doctor en Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Argentina.
Profesor Universidad de Buenos Aires, Argentina.

Rocío Zafra Espinoza de los Monteros

Doctora en Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid, España.
Profesora Universidad Carlos III de Madrid, España.

ÁRBITROS

Aída Fernández de los Campos

Doctora en Derechos Humanos y Desarrollo de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla, España.

Magistra en Derecho de Familia de la Universidad Autónoma de Bucaramanga, UNAB, Bucaramanga, Colombia.

Especialista en Globalización y procesos de integración en Europa, Fundación Universidad Carlos III, España.

Especialista en Problemas actuales de los Derechos Fundamentales, Fundación Universidad Carlos III, España.

Doctora en Derecho y Ciencias Sociales y Doctora en Diplomacia, Universidad de La República, Uruguay.

Cesar Javier Valencia Caballero

Magister en Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia.

Especialista en Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia.

Abogado de la Universidad de Santander, Bucaramanga, Colombia.

Carlos Andrés González León

Doctor en Derecho, Universidad Libre, Bogotá, Colombia.

Magister en Administración, Instituto Tecnológico de Estudios Superiores de Monterrey - Universidad Autónoma de Bucaramanga, Bucaramanga, Colombia.

Especialista en Ciencia Política, Autónoma de Bucaramanga, Bucaramanga, Colombia.

Especialista en Derecho Procesal Civil, Autónoma de Bucaramanga, Bucaramanga, Colombia.

Especialista en Derecho Comercial, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia.

Abogado, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia.

Jorge Eduardo Vásquez Santamaría

Magister en Derecho, Universidad de Medellín, Colombia.

Especialista en Derecho administrativo, Universidad Pontificia Bolivariana - Sede Medellín, Colombia.

Especialista en docencia universitaria, Fundación Universitaria Luis Amigo, Medellín, Colombia.

Abogado, Universidad de Medellín, Colombia.

Mauricio Alberto Franco Hernández

Magister en Hermenéutica Jurídica y Derecho, Universidad Industrial de Santander, Bucaramanga, Colombia.

Especialista en Derecho Administrativo y en Derecho Penal, Universidad Autónoma de Bucaramanga, Bucaramanga, Colombia.

Abogado, Universidad Santo Tomás de Aquino, Bucaramanga, Bucaramanga, Colombia.

Paul Breinner Cáceres Rojas

Magister en Filosofía, Universidad Industrial de Santander, Bucaramanga, Colombia.

Abogado, Universidad Autónoma de Bucaramanga, Bucaramanga, Colombia.

Filósofo, Universidad Industrial de Santander, Bucaramanga, Colombia.

CORRESPONDENCIA

Universidad Autónoma de Bucaramanga UNAB
Calle 42 No. 48 – 11 Conmutador (7) (57) 6436111-(7) (57) 6436261
Apartado Aéreo 1642 – Bucaramanga – Colombia
temassj@unab.edu.co

CANJE

Universidad Autónoma de Bucaramanga UNAB – Biblioteca – Canje Bibliográfico
Avenida 42 No. 48 – 11 | PBX (7) (57) 643 6111 /643 6261
Bucaramanga – Colombia

La Revista Temas Socio-Jurídicos es una publicación Semestral de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Autónoma de Bucaramanga UNAB.

Diagramación y diseño:

Biteca SAS.

Portada:

Máximo Flores Ramírez

Polvo de estrellas. Técnica: óleo /acrílico sobre tela ensamblado en madera

Dimensión: 30 x 40 cms. Año 2018

Diseño y Producción:

Publicaciones UNAB

Prohibida la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio sin autorización escrita del autor.

Reservados todos los derechos.

Las opiniones de las y los autores expresadas en esta revista no comprometen de manera alguna la posición de esta publicación. Dichas opiniones son de exclusiva responsabilidad de sus autores.

Distribución gratuita para los estudiantes de la Facultad de la Facultad de Ciencias Jurídica y Políticas de la UNAB.

Contenido

EDITORIAL	10
LA CARTA EUROPEA DELL'AUTONOMIA LOCALE NEL GIUDIZIO DI COSTITUZIONALITÀ: L'ESPERIENZA ITALIANA E COMPARATA	
Giammaria Milani	11
LA DELINCUENCIA JUVENIL COMO HERRAMIENTA DE SATISFACCIÓN DEL DESEO DE RECONOCIMIENTO COLECTIVO	
Sérgio Rodrigues de Souza	35
LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA SOBRE EL MALTRATO ENTRE EX PAREJAS SENTIMENTALES: ANÁLISIS DESDE LOS ESTUDIOS DE GÉNERO	
Jeniffer Forero Laguado	68
APLICACIÓN DE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES EN LA EJECUCIÓN DE LA PENA	
Alicia Martínez Ulloa	92
ALGUNOS ENFOQUES JURÍDICOS POSIBLES SOBRE LA EFICACIA COMO CATEGORÍA PARA LA INVESTIGACIÓN DE LOS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS (MASC)	
Martha Eugenia Lezcano Miranda Jorge Eduardo Vásquez-Santamaría	130
RESEÑA: EL QUESO Y LOS GUSANOS: EL COSMOS, SEGÚN UN MOLINERO DEL SIGLO XVI.	152
PORTADA: RESEÑA DEL ARTISTA INVITADO MÁXIMO FLÓREZ RAMÍREZ Y DE SU OBRA	156

Contents

EDITORIAL	10
EUROPEAN CHARTER OF LOCAL SELF-GOVERNMENT AND CONSTITUTIONAL REVIEW OF LEGISLATION: THE ITALIAN AND COMPARATIVE EXPERIENCE	
Giammaria Milani	11
JUVENILE DELINQUENCY AS A TOOL TO SATISFY THE DESIRE FOR COLLECTIVE RECOGNITION	
Sérgio Rodrigues de Souza	35
THE JURISPRUDENCE OF THE SUPREME COURT OF JUSTICE OF COLOMBIA ON THE MALTREATMENT BETWEEN FORMER COUPLES: ANALYSIS FROM GENDER STUDIES	
Jeniffer Forero Laguado	68
APPLICATION OF INTERNATIONAL INSTRUMENTS IN THE EXECUTION OF SANCTIONS	
Alicia Martínez Ulloa	92
SOME POSSIBLE LEGAL APPROACHES ABOUT 'EFFICACY' AS RESEARCH CATEGORY OF ALTERNATIVE METHODS FOR CONFLICT SOLUTION (AMCS)	
Martha Eugenia Lezcano Miranda	
Jorge Eduardo Vásquez-Santamaría	130
BOOK REVIEW: EL QUESO Y LOS GUSANOS: EL COSMOS, SEGÚN UN MOLINERO DEL SIGLO XVI.	152
FRONT COVER : REVIEW OF MÁXIMO FLÓREZ RAMÍREZ BIOGRAPHY AND HIS WORK.	156

Conteúdo

EDITORIAL	10
CARTA EUROPEIA DE AUTONOMIA LOCAL E O JUÍZO DE CONSTITUCIONALIDADE: A EXPERIÊNCIA ITALIANA E COMPARADA	
Giammaria Milani	11
A DELINQUÊNCIA JUVENIL COMO FERRAMENTA DE SATISFAÇÃO DO DESEJO DE RECONHECIMENTO COLETIVO	
Sérgio Rodrigues de Souza	35
A JURISPRUDÊNCIA DA CORTE SUPREMA DE JUSTIÇA DA COLÔMBIA SOBRE AS AGRESSÕES ENTRE EX-CASAIS: ANÁLISE DESDE OS ESTUDOS DE GÊNERO	
Jeniffer Forero Laguado	68
APLICAÇÃO DOS INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS NA EXECUÇÃO DA PENA	92
Alicia Martínez Ulloa	
ALGUMAS ABORDAGENS JURÍDICAS POSSÍVEIS SOBRE A EFICÁCIA COMO CATEGORIA PARA A INVESTIGAÇÃO DOS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS (MASC)	
Martha Eugenia Lezcano Miranda	130
Jorge Eduardo Vásquez-Santamaría	
RESENHA DO LIVRO: EL QUESO Y LOS GUSANOS: EL COSMOS, SEGÚN UN MOLINERO DEL SIGLO XVI.	152
HOME: HISTÓRIA DO MESTRE MÁXIMO FLÓREZ RAMÍREZ E SUA OBRA	156

Editorial

El presente volumen contiene cinco artículos y una reseña. El primero de ellos, La Carta europea dell'autonomia locale nel giudizio di costituzionalità: l'esperienza italiana e comparata, del profesor Giammaria Milani aborda la recepción de dicho documento en el marco de los juicios de constitucionalidad. Hace referencia a la jurisprudencia de la Corte Constitucional italiana y de la procedente de otras jurisdicciones constitucionales europeas.

El segundo escrito, de autoría del profesor Sérgio Rodrigues de Souza expone los resultados de una investigación que indaga acerca de la delincuencia juvenil como herramienta de satisfacción del deseo de reconocimiento colectivo y plantea el tratamiento del tema desde una perspectiva interdisciplinaria.

El tercer texto, redactado por Jeniffer Forero Laguado, analiza la línea jurisprudencial desarrollada por la Corte Suprema de Justicia de Colombia con el fin de valorar si se ha incorporado la perspectiva de género en el análisis de la adecuación de las conductas constitutivas de violencia entre ex parejas sentimentales.

El cuarto aporte corresponde al análisis de la profesora Alicia Martínez Ulloa en torno a la aplicación de los instrumentos internacionales en la ejecución de la pena y la intervención del juez de ejecución de penas desde un enfoque basado en los derechos humanos.

El quinto artículo de autoría de los profesores Martha Eugenia Lezcano Miranda y Jorge Eduardo Vásquez-Santamaría constituye una traducción al inglés del texto "Algunos enfoques jurídicos posibles sobre la eficacia como categoría para la investigación de los métodos alternativos de solución de conflictos (MASC)". El trabajo reconstruye teóricamente la noción de eficacia como categoría para la investigación en Derecho.

Finalmente, se presenta la reseña de " El queso y los gusanos: El cosmos, según un molinero del siglo XVI" de Ginzburg, Carlo.

El lector de esta Revista puede apreciar, además, una muestra de la obra artística de Máximo Flórez Ramírez.

Agradecemos a los autores y autoras, así como a los árbitros, miembros del comité editorial y científico por su contribución.

**LA CARTA EUROPEA DELL'AUTONOMIA LOCALE NEL GIUDIZIO
DI COSTITUZIONALITÀ: L'ESPERIENZA ITALIANA E COMPARATA**

Recibido: Noviembre 1 de 2018

Aprobado: Diciembre 9 de 2018

Giammaria Milani^{1*}

SOMMARIO:

Il principio dell'autonomia locale ha trovato un riconoscimento a livello internazionale, in Europa, con l'adozione nel 1985 della Carta europea dell'autonomia locale. La Carta ha senza dubbio un ruolo importante nella tutela dell'autonomia da un punto di vista culturale e politico, mentre sotto il profilo giuridico il suo peso sembra ancora piuttosto limitato, stanti le difficoltà insite nell'applicazione diretta delle sue disposizioni. Un possibile rimedio a questa posizione di debolezza potrebbe essere rappresentato dall'utilizzo della Carta europea dell'autonomia locale come parametro per verificare la legittimità costituzionale delle leggi. Il presente lavoro è dedicato proprio all'utilizzo della Carta nell'ambito del giudizio di costituzionalità.

PAROLE CHIAVE: Autonomia locale, decentramento, giudizio di costituzionalità

^{1*} Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale, Università degli Studi di Siena

CARTA EUROPEA DE AUTONOMIA LOCAL Y JUICIO DE CONSTITUCIONALIDAD: LA EXPERIENCIA ITA- LIANA Y COMPARADA

RESUMEN:

El principio de autonomía local en Europa ha sido reconocido a nivel internacional con la adopción en 1985 de la Carta Europea de Autonomía Local. Sin duda, la Carta desempeña un papel importante en la protección de la autonomía desde el punto de vista cultural y político, mientras que desde el punto de vista legal su peso parece todavía bastante limitado, como demuestran las dificultades inherentes a la aplicación directa de sus disposiciones. Un posible remedio podría estar representado por el uso de la Carta Europea de Autonomía Local como parámetro para verificar la legitimidad constitucional de las leyes. El presente trabajo está dedicado precisamente al uso de la Carta en el contexto del juicio de constitucionalidad.

Palabras claves: Autonomía local, descentralización, juicio de constitucionalidad

EUROPEAN CHARTER OF LOCAL SELF-GOVERN- MENT AND CONSTITUTIONAL REVIEW OF LEGIS- LATION: THE ITALIAN AND COMPARATIVE EXPE- RIENCE

ABSTRACT:

The principle of local self-government found international recognition in Europe with the adoption in 1985 of the European Charter of Local Self-Government. The Charter undoubtedly plays an important role in the protection of that principle from a cultural and political point of view, while from a legal point of view its weight seems still rather limited, given the difficulties linked to the direct application of its provisions. A possible remedy for this weakness could be represented by the use of the European Charter of Local Self-Government as a parameter to verify the constitutionality of acts. The present work is dedicated precisely to the use of the Charter in the context of the constitutional review of legislation.

KEYWORDS: Local self-government, decentralization, constitutional review of legislation

CARTA EUROPEA DE AUTONOMIA LOCAL E O JUÍZO DE CONSTITUCIONALIDADE: A EXPERIÊNCIA ITALIANA E COMPARADA

RESUMO:

O princípio da autonomia local na Europa foi reconhecido internacionalmente com a adoção, em 1985, da Carta Europeia de Autonomia Local. Sem dúvida, a Carta desempenha um papel importante na proteção da autonomia do ponto de vista cultural e político, enquanto do ponto de vista legal seu peso parece ainda ser bastante limitado, como mostram as dificuldades inerentes à aplicação direta das suas disposições. Uma possível solução poderia estar representada no uso da Carta Europeia de Autonomia Local como um parâmetro para comprovar a legitimidade constitucional das leis. Este trabalho é dedicado precisamente ao uso da Carta no contexto do juízo de constitucionalidade.

Palavras-chave: Autonomia local, descentralização, juízo de constitucionalidade

1. INTRODUZIONE

Sebbene costituisca, almeno a partire dalla seconda metà del Novecento (Panara, 2013, p. 374-375) (Himsworth, 2011, p 16), un principio largamente diffuso nelle costituzioni contemporanee degli Stati democratici, il concetto di autonomia locale è solo raramente oggetto di studi di diritto costituzionale (Panara, 2013, p. 369)².

In realtà, lo Stato decentrato, che riconosce e garantisce l'autonomia locale fino ad assurgerla a principio fondamentale dell'ordinamento (Groppi, 2005, p.224)³, appare sotto diversi aspetti strumentale al funzionamento e al mantenimento dello Stato costituzionale⁴.

Innanzitutto, il riconoscimento dell'autonomia locale è in grado di rafforzare il principio, già alla base dello Stato liberale, della separazione dei

²Sottolinea come la materia sia più frequentemente oggetto del diritto amministrativo ovvero della scienza della politica. Sull'insufficienza degli studi di diritto costituzionale in materia di autonomia locale e sull'importante contributo apportato invece dalla scienza dell'amministrazione, vedi anche G. Rolla, *Manuale di diritto degli enti locali*, Rimini, Maggioli, 1997, IV ed., pp. 13-14.

³Annovera il decentramento territoriale del potere tra gli elementi che caratterizzano lo Stato costituzionale.

⁴Sull'importanza del decentramento nella forma di Stato contemporanea vedi Introduzione allo studio del diritto pubblico e delle sue fonti (Groppi & Simoncini, 2015, p.42-43)

poteri⁵. Attraverso un decentramento del potere in favore di enti territoriali, siano essi locali, regionali o federati, si contribuisce al perseguimento di quella ripartizione e limitazione del potere alla base della stessa idea di Costituzione⁶.

Il decentramento, inoltre, è in grado di dare sostanza ad alcuni principi tipici dello Stato costituzionale, come quello democratico e quello pluralista. L'autonomia locale, in questo senso, dovrebbe permettere una più stretta corrispondenza tra governanti e governati e un miglior soddisfacimento di bisogni specifici nell'ambito dell'interesse nazionale⁷.

Pur essendo ormai diffuso su scala globale⁸, è in Europa che il principio autonomistico ha avuto particolare "fortuna": da una parte, l'autonomia locale ha trovato spazio nella maggior parte delle costituzioni adottate nei Paesi del vecchio continente⁹; dall'altra parte, il principio è anche oggetto di un trattato internazionale, la Carta europea dell'autonomia locale (CAEL), aperta alla firma degli Stati membri del Consiglio d'Europa nel 1985 e ad oggi ratificata da tutti i 47 Stati che ne fanno parte¹⁰.

Nonostante il riconoscimento costituzionale dell'autonomia locale, tale principio appare talvolta poco effettivo o comunque non pienamente realizzato, spesso recessivo nel bilanciamento con principi costituzionali ri-

5 Sul rapporto tra decentramento territoriale e separazione dei poteri vedi *The contribution of local self-government* (Panara, 2013, p. 406-408).

6 Si fa ovviamente riferimento all'art. 16 della *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* del 1789, ai sensi del quale «Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution».

7 Sul rapporto tra decentramento e democrazia vedi *The contribution of local self-government* (Panara, 2013, p. 375-376), *Manuale di diritto degli enti locali* (Rolla, 1997, p.18), sottolinea la relazione tra decentramento e carattere pluralistico dello Stato contemporaneo.

8 Panara (2013, p. 375-376) afferma che pur non potendosi dimostrare che l'autonomia locale sia una condizione necessaria per la democrazia, praticamente tutte le democrazie liberali contemporanee prevedono forme di autonomia locale. Himsforth (2011, p.16), pur sottolineando il fatto che l'autonomia locale si sia diffusa soprattutto in Europa dopo la seconda guerra mondiale, si interroga sull'universalità del principio autonomistico.

9 In ben 16 testi costituzionali in vigore nei Paesi del Consiglio d'Europa le autonomie locali trovano spazio tra i principi fondamentali. Cfr: Costituzione dell'Albania (art. 13), Costituzione dell'Armenia (art. 11), Costituzione della Bulgaria (art. 2), Costituzione della Croazia (art. 4), Costituzione della Georgia (art. 2), Costituzione dell'Italia (art. 5), Costituzione della Macedonia (art. 8), Costituzione della Polonia (art. 16), Costituzione del Portogallo (art. 6), Costituzione della Repubblica Ceca (art. 8), Costituzione della Russia (art. 12), Costituzione della Serbia (art. 12), Costituzione della Slovenia (art. 9), Costituzione della Svezia (art. 7), Costituzione dell'Ucraina (art. 7), Costituzione dell'Ungheria (art. D).

10 Sulla Carta europea dell'autonomia locale vedi diffusamente infra, par. 2.

tenuti maggiormente meritevoli di tutela¹¹. In questo senso è opportuno chiedersi se, e in che modo, la Carta europea dell'autonomia locale può rafforzare la tutela del principio autonomistico.

A livello internazionale, la Carta ha senza dubbio un ruolo importante nella tutela dell'autonomia da un punto di vista culturale e politico¹². Sotto il profilo giuridico, invece, il peso della Carta sembra ancora piuttosto limitato, stanti le difficoltà insite nell'applicazione diretta delle sue disposizioni (Merloni, 2012, págs. 16-17). Cionondimeno, un possibile rimedio a questa posizione di debolezza potrebbe essere rappresentato dall'utilizzo della Carta europea dell'autonomia locale come parametro per verificare la legittimità costituzionale delle leggi (Merloni, 2012, pág. 821) (Antonelli, 2012, pág. 5). Il presente lavoro è dedicato proprio all'utilizzo della Carta nell'ambito del giudizio di costituzionalità.

Il punto di partenza per l'analisi è rappresentato dall'esame della Carta europea dell'autonomia locale: in tal senso, si ripercorreranno le origini e le motivazioni alla base della sua adozione, la struttura e la natura giuridica del trattato, gli strumenti previsti per la sua protezione (par. 2).

In seguito, si analizzerà l'apporto della Corte costituzionale italiana all'utilizzo della Carta quale parametro di costituzionalità: il giudice delle leggi italiano ha avuto, infatti, più di un'occasione per esprimersi sulla posizione del trattato tra le fonti del nostro ordinamento, elaborando posizioni non sempre coerenti e senza dubbio discutibili (par. 3).

Successivamente, saranno richiamate alcune esperienze europee, nel tentativo di delineare la presenza di diversi approcci relativi all'utilizzo della Carta nel giudizio di costituzionalità e i fattori che ne stanno alla base (par. 4).

A conclusione dell'articolo si tenterà, infine, di riflettere sulla capacità della Carta europea dell'autonomia locale di integrare la tutela costituzionale riconosciuta al principio dell'autonomia locale e sul ruolo che le giurisdizioni costituzionali sono chiamate a svolgere in questa prospettiva (par. 5).

11 Vedi, almeno per il caso italiano, Padula (2015), relazione al Convegno annuale del Gruppo di Pisa, Il valore delle autonomie: territorio, potere, democrazia, Bergamo, 6-7 giugno 2014; V. Onida (2007).

12 Vedi, a tal proposito, F. Merloni: «non va trascurato come la posizione e le rivendicazioni della autonomie territoriali (dei singoli enti e delle loro organizzazioni) possano trovare giovamento dal fatto che a livello internazionale si consolidi una cultura dell'autonomia locale o che si possano trovare delle istituzioni che abbiano peso e autorevolezza per richiamare gli Stati a rispettare principi di autonomia locale da essi liberamente sottoscritti in convenzioni internazionali» (2012, pág. 792). Vedi anche Himsworth (2011, pág. 14), che sottolinea la capacità della Carta di influenzare e indirizzare le attività di constitution-making e di treaty-making anche al di fuori del continente europeo, suo naturale ambito di applicazione.

2. LA CARTA EUROPEA DELL'AUTONOMIA LOCALE

2.1 Le origini della Carta

L'istituzione della Conferenza permanente dei poteri regionali e locali dell'Europa (CPPRLE), nel 1957, testimonia l'attenzione dedicata dal Consiglio d'Europa, già in tempi risalenti, al tema dell'autonomia locale. Il Consiglio, fondato otto anni prima per sostenere lo sviluppo della democrazia e della cultura dei diritti umani nel continente dilaniato dalle guerre mondiali, riconosceva in quest'ottica l'importanza dell'autonomia locale. È nell'ambito della Conferenza, successivamente rinominata Congresso dei poteri regionali e locali d'Europa (CPRLE), che la Carta europea dell'autonomia locale ha visto la luce, come il frutto più maturo di una serie di iniziative e documenti approvati nel corso degli anni a tutela del principio autonomistico.

Il primo tentativo di adottare un testo che enunciasse i principi generali in materia risale al 1968, quando la CPPRLE, con la risoluzione n. 64, propose una Dichiarazione di principi sull'autonomia locale, chiedendone l'adozione da parte del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa. Due anni più tardi, il testo trovava anche il sostegno dell'Assemblea parlamentare, che con la raccomandazione n. 615 presentava al Comitato dei ministri un testo largamente ispirato a quello proposto nel 1968 e redatto in maniera congiunta con la Conferenza permanente dei poteri regionali e locali. La natura troppo generica della dichiarazione, dal carattere meramente esortativo e comunque non vincolante, fu tra le cause che impedirono l'approvazione del documento da parte del Comitato dei ministri.

Il progetto fu ripreso circa dieci anni dopo. L'approccio seguito dal CPPRLE era chiaramente orientato da due esigenze che trovarono sintesi nella risoluzione n. 126 adottata nel 1981: da una parte, creare un documento vincolante per gli Stati membri del Consiglio d'Europa, in modo da consentire un effettivo riconoscimento dell'autonomia locale come importante strumento per la promozione della democrazia; dall'altra, tenere in considerazione le diverse tradizioni dei Paesi cui il documento si sarebbe rivolto, permettendo loro di vincolarsi soltanto a parte delle disposizioni che sarebbero state approvate.

La Conferenza permanente dei poteri regionali e locali presentò quindi una bozza di Carta europea dell'autonomia locale al Comitato dei ministri, il quale la trasmise al Comitato direttivo per gli affari regionali e municipali con lo scopo di esaminarlo nel corso della V Conferenza dei ministri europei responsabili del governo locale. In quell'occasione i ministri riconobbero l'importanza del progetto nel definire i principi dell'autonomia locale e mossero delle osservazioni formali e sostanziali al testo, in seguito accolte dalla Conferenza permanente dei poteri regionali e locali e dal Comitato direttivo per gli affari regionali e municipali.

Il testo fu successivamente presentato alla VI Conferenza dei ministri europei responsabili del governo locale, che espressero il loro consenso alla nuova versione della Carta e decisero, a maggioranza, di riconoscere al documento il valore di trattato internazionale.

Da ultimo, il Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, a seguito del parere dell'Assemblea parlamentare, adottò la Carta europea dell'autonomia locale nel giugno del 1985; il trattato fu aperto alla firma degli Stati membri il 15 ottobre 1985 ed entrò in vigore il 1 settembre 1988.

2.2 La struttura della Carta

La Carta europea dell'autonomia locale si apre con un preambolo che ne definisce obiettivi e strumenti (Himsworth, 2011, pág. 4). In esso si è voluto sottolineare il legame esistente tra le finalità perseguite dal Consiglio d'Europa e il ruolo che le autonomie possono svolgere per realizzare tali finalità.

Se lo scopo di tale organizzazione internazionale è quello di «realizzare un'unione più stretta tra i suoi membri, per salvaguardare e promuovere gli ideali ed i principi che sono il loro patrimonio comune, [...] la difesa ed il rafforzamento dell'autonomia locale nei vari Paesi europei rappresent[a] un importante contributo alla edificazione di un'Europa fondata sui principi della democrazia e del decentramento del potere»¹³.

Lo stesso preambolo ribadisce «che gli enti locali costituiscono uno dei principali fondamenti di ogni regime democratico»: essi, infatti, permettono tra l'altro la partecipazione dei cittadini alla gestione degli affari pubblici e la creazione di un'amministrazione efficace e vicina al cittadino. Affinché l'autonomia locale sia uno strumento effettivo per la realizzazione della democrazia, è necessaria «l'esistenza di enti locali dotati di organi decisionali democraticamente costituiti, che beneficino di una vasta autonomia per quanto riguarda le loro competenze, le modalità di esercizio delle stesse, ed i mezzi necessari all'espletamento dei loro compiti istituzionali».

Tale ultima considerazione, posta a chiusura del preambolo, anticipa quello che è il cuore della Carta (Merloni, 2012, pág. 794), ovvero il contenuto dell'autonomia locale, che trova spazio in maniera più dettagliata nella parte prima (artt. 2-11) del trattato.

Gli articoli posti in apertura della prima parte definiscono in maniera preliminare quale debba essere il fondamento giuridico dell'autonomia, il suo significato e la sua portata. La Carta afferma, all'art. 2, che «il principio dell'autonomia locale deve essere riconosciuto dalla legislazione interna e, per quanto possibile, dalla Costituzione».

13 Vedi T.F. Giupponi: "Coerentemente con l'impostazione alla base dell'istituzione del Consiglio d'Europa, gli enti locali sono intesi quali primi garanti dei principi di democrazia e di tutela dei diritti fondamentali della persona che ispirano la stessa CEDU" (2005, pág. 2).

Quanto al significato da attribuire al concetto, l'art. 3 pone tra i requisiti per un'autonomia effettiva il diritto e la capacità, per gli enti locali, di gestire una quota importante di affari pubblici, attraverso organi rappresentativi eletti a suffragio libero, universale, diretto e segreto e organi esecutivi a loro disposizione e responsabili nei loro confronti.

La portata dell'autonomia locale è definita, all'art. 4, con riguardo alle competenze assegnate agli enti locali, che sono stabilite dalla legge o dalla Costituzione e devono essere di norma complete e integrali. Lo stesso articolo richiama più volte il principio di legalità, in base al quale, per esempio, nell'ambito della legge, possono essere assegnate competenze specifiche agli enti locali ovvero possono essere limitate le competenze già riconosciute. Nondimeno, trova spazio il principio di sussidiarietà, giacché in base alle disposizioni della Carta «l'esercizio delle responsabilità pubbliche deve, in linea di massima, incombere di preferenza sulle autorità più vicine ai cittadini. L'assegnazione di una responsabilità ad un'altra autorità deve tener conto dell'ampiezza e della natura del compito e delle esigenze di efficacia e di economicità».

L'art. 5 è dedicato alla tutela dei limiti territoriali degli enti locali; l'art. 6 detta disposizioni sulle strutture e i mezzi amministrativi e sullo statuto del personale degli enti locali, mentre l'art. 7 si concentra sullo *status* dei rappresentanti eletti; l'art. 8 contiene principi relativi al controllo sugli atti degli enti locali, che può essere effettuato solo nei casi e nei modi previsti dalla legge o dalla Costituzione ed essere comunque limitato alla verifica della legittimità degli atti approvati.

Di grande rilevanza è l'art. 9 della Carta, relativo all'autonomia finanziaria degli enti locali. Nel descrivere le caratteristiche delle risorse assegnate agli enti locali, la Carta dispone che esse debbano essere proprie, sufficienti, proporzionate alle funzioni assegnate, diversificate ed evolutive, perequate, senza vincoli di destinazione.

Chiudono la parte prima le disposizioni contenute all'art. 10, con riguardo al diritto di associazione riconosciuto agli enti locali, e all'art. 11, che stabilisce il diritto al ricorso giurisdizionale in capo agli enti locali a tutela della propria autonomia.

Esaurite le disposizioni di merito, mediante le quali il Consiglio d'Europa ha tentato di fornire una definizione a livello internazionale degli standard in tema di autonomia locale, la parte seconda e la parte terza della Carta, rubricate rispettivamente «Disposizioni varie» e «Firma, ratifica, entrata in vigore», contengono norme relative all'applicazione della Carta e rilevano soprattutto in riferimento alle regole sull'adesione differenziata che in esse sono previste.

Un primo livello di differenziazione riguarda le disposizioni contenute nella Carta alle quali gli Stati possono dichiarare di considerarsi vincolati.

L'art. 12 afferma infatti che ciascuno Stato si impegna a rispettare almeno 20 dei paragrafi contenuti nella prima parte della Carta, di cui almeno 10 scelti tra alcuni paragrafi considerati, con tutta evidenza, particolarmente significativi con riguardo allo sviluppo dell'autonomia locale¹⁴.

Gli Stati firmatari possono inoltre dichiarare a quale livello locale (art. 13) e a quale porzione del territorio nazionale (art. 16) applicare la Carta. In entrambi i casi è previsto che gli Stati manifestino le proprie scelte in merito al momento della firma o della ratifica del trattato, ferma restando la possibilità, in seguito, di estendere l'applicazione della Carta ad ulteriori livelli o parti del territorio¹⁵.

2.3 La natura giuridica e la protezione della Carta

A prescindere dalle possibilità di adesione differenziata ai contenuti della Carta, previste dallo stesso documento agli artt. 12, 13 e 16, e dal carattere talvolta ambiguo e generico con cui tali contenuti vengono enunciati, alla CAEL è riconosciuto il valore di un trattato internazionale vincolante e precettivo.

La volontà degli Stati membri del Consiglio d'Europa di adottare un documento provvisto di simili effetti¹⁶ ha preso forma nell'art. 1 della Carta che, precedendo la parte prima dedicata alle disposizioni sostanziali in materia di autonomia locale, afferma che «le Parti s'impegnano a considerarsi vincolate» dal contenuto del trattato.

La dottrina ha rilevato come dalla natura vincolante e precettiva riconosciuta alla Carta europea dell'autonomia locale discendano effetti obbligatori per gli Stati membri firmatari: tali effetti si sostanziano, in particolare, nella necessità di adeguare le norme interne, tanto di livello costituzionale che sub-costituzionale, ai principi espressi dal trattato. Più dibattuta e controversa risulta, invece, la possibilità che gli stessi principi abbiano anche effetti diretti negli ordinamenti nazionali¹⁷.

L'analisi della natura giuridica della Carta europea dell'autonomia locale è tanto più rilevante se si pone mente agli strumenti previsti per garantire in

14 Queste sono le disposizioni indicate all'art. 12: articolo 2; articolo 3, paragrafi 1 e 2; articolo 4, paragrafi 1, 2 e 4; articolo 5; articolo 7, paragrafo 1; articolo 8, paragrafo 2; articolo 9, paragrafi 1, 2 e 3; articolo 10, paragrafo 1; articolo 11. T.F. Giupponi, *Verso un diritto europeo degli enti locali?*, cit., p. 6 definisce tali norme come «"super principi" ad efficacia rinforzata».

15 Non sembra invece ammissibile, dalla lettura della Carta, escludere in un secondo momento livelli o porzioni di territorio inizialmente inclusi nell'ambito di applicazione della Carta.

16 Al momento dell'adozione della Carta, si decise a maggioranza di riconoscere al documento il valore di trattato internazionale. Vedi Council of Europe, *Explanatory Report*, cit.; F. Merloni, *La tutela internazionale dell'autonomia degli enti territoriali*, cit., p. 794.

17 Sul punto, ad esempio, sembrano divergere le opinioni di F. Merloni, *La tutela internazionale dell'autonomia degli enti territoriali*, cit., pp. 806 ss. e C. Padula, *L'autonomia: un principio di scarso valore?*, cit., pp. 16-17.

maniera effettiva i principi in essa riconosciuti. Mancano del tutto, infatti, garanzie internazionali di tipo giurisdizionale a tutela delle disposizioni della Carta. È assente, in altre parole, una Corte europea dell'autonomia locale che, in maniera analoga alla Corte europea dei diritti dell'uomo, vigili sull'osservanza delle norme del trattato internazionale.

Sul piano internazionale, dunque, il controllo sul rispetto della Carta è di fatto rimesso al Consiglio d'Europa che tuttavia, lungi dal poter disporre di strumenti giurisdizionali di garanzia, è soltanto in grado di promuovere azioni per rafforzare la posizione della Carta da un punto di vista politico e culturale.

A tal fine, nell'ambito del Consiglio d'Europa, il Congresso dei poteri regionali e locali d'Europa ha elaborato, in particolare, tre strumenti (Merloni, 2012, págs. 801-805). Il mezzo sicuramente più incisivo è rappresentato dall'attività di monitoraggio svolta dal Congresso nei singoli Stati membri (Himsworth, 2011, págs. 7-8). Si tratta di una serie di visite che vedono impegnate delegazioni composte da rappresentanti locali e da membri del Gruppo di esperti indipendenti sulla Carta europea dell'autonomia locale¹⁸. Al fine di accertare lo stato della democrazia locale oggetto del monitoraggio, le visite prevedono incontri con le istituzioni nazionali e locali e si concludono con la redazione di un rapporto cui può seguire l'adozione di risoluzioni e raccomandazioni¹⁹.

Un secondo strumento di controllo sullo stato della democrazia locale è rappresentato dai rapporti generali. In questo caso, il Congresso propone, attraverso una serie di questionari periodicamente predisposti dal Gruppo di esperti indipendenti, analisi e riflessioni su tematiche trasversali e generali. Anche i rapporti generali, approvati dal Congresso, possono dare luogo all'adozione di risoluzioni e raccomandazioni (Merloni, 2012, pág. 804).

Un terzo e ultimo mezzo di controllo consiste nella possibilità, riconosciuta agli enti locali e alle loro associazioni, di denunciare di fronte al Congresso situazioni di criticità che possano configurarsi come violazioni dei principi contenuti nella Carta. Tale ultimo strumento, che al pari degli altri due può condurre all'adozione di risoluzioni e raccomandazioni, si caratterizza per il carattere maggiormente tecnico e giuridico del controllo, fermi restando gli effetti strettamente politici dell'attività svolta dal Congresso (Merloni, 2012, pág. 805).

18 Il gruppo è composto da un rappresentante per ogni Paese, esperto in tematiche legate all'autonomia locale e indipendente dalle istituzioni e le associazioni nazionali; si tratta, prevalentemente, di professori universitari; ai membri titolari si aggiungono, per ogni Paese, uno o più membri supplenti.

19 Le risoluzioni sono consigli rivolti agli enti locali e alle loro associazioni, mentre le raccomandazioni sono proposizioni rivolte ai governi nazionali. In entrambi i casi, per acquisire ufficialità, devono essere adottate dal Comitato dei Ministri. Vedi F. Merloni, *La tutela internazionale dell'autonomia degli enti territoriali*, cit., p. 803.

Ciò che emerge chiaramente è la limitata capacità di fornire, a livello internazionale, un'effettiva tutela dei principi dell'autonomia locale, stante la pressoché totale assenza di strumenti giurisdizionali predisposti a garanzia delle norme contenute nella Carta; in quest'ottica, conviene dunque volgere lo sguardo al piano nazionale, verificando se, e in che modo, le giurisdizioni interne, in particolare costituzionali, sono in grado di ergersi a garanti della Carta e di censurare eventuali violazioni dei principi espressi nel trattato internazionale.

3. LA CARTA E LA CORTE COSTITUZIONALE ITALIANA

A quasi 30 anni dalla sua entrata in vigore in Italia²⁰, la Carta europea dell'autonomia locale ha trovato spazio soltanto raramente nelle decisioni della Corte costituzionale italiana: sono dodici, infatti, le pronunce della Corte nelle quali la Carta è stata invocata dalle parti o dallo stesso giudice costituzionale.

Peraltro, occorre segnalare che poco meno della metà di queste decisioni risale a prima della riforma costituzionale del 2001 e della sua attuazione, vero e proprio spartiacque dell'evoluzione relativa alla posizione del diritto internazionale nell'ordinamento italiano. Nondimeno, anche nelle restanti pronunce, tutte adottate a seguito delle c.d. "sentenze gemelle" che, nel 2007, hanno ridefinito il ruolo dei trattati internazionali nel giudizio di legittimità costituzionale, i riferimenti alla Carta europea dell'autonomia locale si sono dimostrati generalmente irrilevanti al fine di dare soluzione alle questioni sollevate; tuttavia, in due casi, nel 2010 e nel 2015, la Corte si è soffermata sul ruolo della Carta europea dell'autonomia locale e sulla sua rilevanza nell'ordinamento giuridico interno, giungendo a conclusioni, come vedremo, ampiamente criticate dalla dottrina.

3.1 I primi (timidi) cenni alla Carta europea dell'autonomia locale

Le prime tracce della Carta europea dell'autonomia locale nella giurisprudenza costituzionale italiana si rinvencono già prima che il trattato venga ratificato dall'Italia. Tuttavia, in tutte le pronunce precedenti alla riforma costituzionale del 2001, i riferimenti alla Carta sono generici e irrilevanti per la definizione delle questioni; soltanto in due occasioni, peraltro, essa è invocata come parametro di costituzionalità delle leggi.

La prima di queste decisioni risale al periodo subito successivo all'adozione della Carta: nella sentenza n. 179/1987, il documento non è richiamato dalle parti, ma citato dallo stesso giudice costituzionale come prova del ruolo crescente delle regioni nell'ambito delle organizzazioni internazionali, segnatamente quelle che insistono sul continente europeo.

²⁰ A seguito dell'autorizzazione del Parlamento, accordata con legge n. 439 del 30 dicembre 1989, la Carta europea dell'autonomia locale è stata ratificata dall'Italia l'11 maggio del 1990 ed è entrata in vigore il 1 settembre dello stesso anno.

Un simile richiamo si rinviene, dieci anni dopo, nella sentenza n. 428/1997: ancora una volta la Corte utilizza la Carta per sottolineare l'importanza del principio autonomistico, riconosciuto, grazie al trattato evocato, anche a livello sovranazionale.

Nello stesso anno, con la sentenza n. 345/1997, la Carta viene utilizzata in maniera indiretta e impropria dalla Corte costituzionale: il giudice cita la legge n. 97 del 1994, che a sua volta richiama la Carta europea, ma equivoca il significato attribuito all'espressione originale *collectivités locales*, traducendola con *collettività locali* e non, come sembrerebbe più opportuno, con *enti locali*.

Di maggior rilievo sembrano essere, invece, i riferimenti alla Carta in due pronunce della Corte dei primi anni Duemila. In entrambi i casi, per la prima volta, la Carta è invocata dalle parti del processo come parametro per verificare la compatibilità delle leggi censurate rispetto alla Costituzione italiana. Tuttavia, sia nella sentenza n. 378/2000 che nell'ordinanza n. 235/2002, l'argomento proposto, secondo il quale il diritto internazionale sarebbe prevalente sulle norme interne di rango primario in virtù dell'art. 11 della Costituzione, non è stato considerato dalla Corte costituzionale, che quindi, anche in queste occasioni, ha evitato di affrontare il tema riguardante la posizione della Carta europea dell'autonomia locale nell'ordinamento italiano e, in particolare, il suo utilizzo come parametro di legittimità costituzionale (Merloni, 2012, pág. 818).

3.2 La giurisprudenza più recente e le considerazioni della Corte sull'utilizzo della Carta come parametro

Il cambio di passo nella giurisprudenza costituzionale sul punto si ha soltanto nel 2010, a seguito di un'evoluzione che, come noto, ha modificato in maniera incisiva l'ordinamento costituzionale italiano e lo stesso giudizio di costituzionalità delle leggi.

La revisione costituzionale approvata nel 2001, infatti, ha modificato l'art. 117, stabilendo che «la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali».

Nel 2003, il legislatore è intervenuto per dare attuazione alla revisione costituzionale: la legge c.d. "La Loggia", all'art. 1, concretizza la disposizione costituzionale stabilendo che per obblighi internazionali debbano intendersi i trattati internazionali, che quindi vincolano il legislatore nazionale e regionale al pari delle «norme di diritto internazionale generalmente riconosciute, di cui all'articolo 10 della Costituzione, [degli] accordi di reciproca limitazione della sovranità, di cui all'articolo 11 della Costituzione [e dell']ordinamento comunitario» (Legge n. 131 del 5 giugno 2003).

La revisione inizia a produrre i suoi effetti sulla giurisprudenza costituzionale nel 2007: con le c.d. “sentenze gemelle” la Corte costituzionale riconosce per la prima volta ai trattati internazionali – in quel caso, la CEDU – il valore di norme interposte, che integrano il contenuto della Costituzione e possono quindi essere invocati come parametro per giudicare la legittimità costituzionale di una legge o di un atto avente forza di legge.

La possibilità di utilizzare i trattati internazionali come parametro di costituzionalità ha avuto un certo peso anche sulla frequenza con la quale la Carta europea dell'autonomia locale è entrata nelle decisioni della Corte costituzionale²¹: dal 2010 al 2016, sono sette i casi in cui la CAEL è stata invocata come parametro nel giudizio di costituzionalità. Certamente va rilevato come in cinque di queste pronunce, ovvero nelle sentenze nn.

21 La dottrina, in maniera quasi unanime, ha fin da subito interpretato l'apertura della Corte all'utilizzo della CEDU in quanto parametro interposto come estendibile a qualsiasi trattato internazionale. Vedi, ad esempio, T.F. Giupponi, Corte costituzionale, obblighi internazionali e “controlimiti allargati”: che tutto cambi perché tutto rimanga uguale?, disponibile su http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti_forum/giurisprudenza/2007/0003_giupponi_nota_348_349_2007.pdf, p. 4: «la ricostruzione teorica relativa al rilievo degli obblighi internazionali dopo la riforma del 2001, pur affermata in relazione a quel particolarissimo diritto internazionale costituito dal sistema CEDU, sembra valere in generale per tutti gli obblighi internazionali, che quindi si inserirebbero ad un livello sub-costituzionale in virtù del nuovo testo dell'art. 117, primo comma, Cost., giustificando il giudizio della Corte così come delineato dalle sentenze in commento»; E. Lamarque, Il vincolo alle leggi statali e regionali derivante dagli obblighi internazionali nella giurisprudenza comune, disponibile su http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/lamarque_definitivo_6112009.pdf, p. 7: «la scelta precisa della Corte costituzionale [è] stata quella di trattare la Convenzione europea alla stregua di un qualsiasi trattato internazionale dal punto di vista del sistema delle fonti»; C. Zanghi, La Corte costituzionale risolve un primo contrasto con la Corte europea dei diritti dell'uomo ed interpreta l'art. 117 della Costituzione: le sentenze n. 348 e 349 del 2007, disponibile su <http://www.giurcost.org/studi/zanghi.htm>: «L'affermazione, riferita naturalmente alla Convenzione CEDU, si applica, a mio avviso, a qualunque obbligo internazionale e quindi a qualunque norma di diritto internazionale pattizio che pone obblighi nei confronti degli Stati contraenti». In senso contrario, S. Penasa, Tanto rumore per nulla o meglio tardi che mai? Ancora sulle sentenze 348-349/2007 della Corte costituzionale, tra dubbi ermeneutici e possibili applicazioni future, disponibile http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti_forum/giurisprudenza/2007/0028_nota_348_349_2007_penasa.pdf, p. 9: «Da una lettura trasversale delle due sentenze, sembra infatti delinearsi un quadro generale dal quale emerge – prima facie – la volontà di definire in termini di “sub-costituzionalità” esclusivamente le norme del sistema CEDU»; in maniera problematica rispetto al tema si pongono anche G. Zagrebelsky, V. Marcenò, Giustizia costituzionale, Bologna, Il Mulino, 2012, p. 240: «[le conclusioni della Corte] valgono per tutto lo sterminato mondo delle convenzioni internazionali, indipendentemente dalla materia di cui trattano? O solo per quelle in materia di diritti umani? O forse solo per la Cedu? O forse solo per quelle rientranti nell'art. 11 della Costituzione, dove si parla di “pace e giustizia” tra le nazioni?». La giurisprudenza successiva ha confermato la possibilità che altri trattati internazionali siano utilizzati come parametri interposti: vedi Corte costituzionale, sent. 7/2013. Su questa, si vedano F. Polacchini, The Impact of ECHR on the Italian Legal System: Recent Developments in the Constitutional Jurisprudence, in Percorsi costituzionali, 2013, pp. 314-315; L. Mezzetti, F. Polacchini, Primacy of Supranational Law and Supremacy of the Constitution in the Italian Legal System, in L. Mezzetti (a cura di), International Constitutional Law, Torino, Giappichelli, 2014, p. 155.

220/2013, 229/2013, 44/2014, 154/2016 e nell'ordinanza n. 170/2016, l'invocazione di tale parametro non abbia avuto seguito, in quanto l'argomento non è stato ripreso, né tanto meno accolto, dal giudice costituzionale²². Nondimeno, come si è già avuto modo di anticipare, tanto nel 2010 quanto nel 2015 la Corte si è espressa sul ruolo della Carta europea dell'autonomia locale, con conclusioni che sono state ampiamente criticate dalla dottrina in quanto contraddittorie e incoerenti con l'orientamento giurisprudenziale adottato a partire dal 2007.

La prima sentenza, la n. 325/2010, ha trovato origine in vari ricorsi presentati da numerose Regioni contro la disciplina statale in materia di servizi pubblici locali. L'oggetto dei ricorsi era costituito, in particolare, dall'art. 23-bis del decreto-legge n. 112 del 2008 e dall'art. 15, comma 1 ter, del decreto-legge n. 135 del 2009.

La Corte ha rigettato quasi integralmente le censure mosse dalle Regioni²³, che avevano lamentato la violazione di diversi articoli della Costituzione che disciplinano il rapporto tra Stato e Regioni, tra cui gli artt. 117, 118, 119 e 120.

I punti censurati riguardavano, tra l'altro: il presunto contrasto col diritto europeo in materia, relativamente alla possibilità, in alcuni casi, di gestire i servizi pubblici locali con modelli non concorrenziali; la violazione del riparto di competenze tra Stato e Regioni, in quanto la disciplina non sarebbe stata riconducibile alla potestà legislativa statale in materia di concorrenza, quanto a quella regionale sui servizi pubblici locali; la competenza dello Stato di determinare la rilevanza economica dei servizi pubblici locali, e quindi la loro apertura al mercato (Corte costituzionale, sent. 325/2010, p. 2)

Tra i parametri evocati rientra, come anticipato, l'art. 117 della Costituzione, non soltanto perché, secondo le ricorrenti, la disciplina censurata avrebbe violato il riparto delle competenze tra Stato e Regioni, ma anche in ragione del fatto che la legge statale sarebbe stata in contrasto con la Carta europea dell'autonomia locale. La Carta viene quindi evocata come parametro interposto, la cui violazione comporta il conseguente contrasto con l'art. 117 della Costituzione.

²² In quattro di questi casi, la Carta è stata invocata come parametro interposto in relazione all'art. 117.1 Cost. Cfr. Corte costituzionale, sent. 220/2013, p. 9 ritenuto in fatto; sent. 229/2013, p. 2 ritenuto in fatto; sent. 44/2014, p. 4 ritenuto in fatto; ord. 170/2016. Al contrario, nella sent. 154/2016 viene richiamata la legge di ratifica ed esecuzione della CAEL.

²³ Il giudice costituzionale ha accolto soltanto la questione posta dalle Regioni riguardo al potere del Governo di adottare regolamenti per l'assoggettamento degli affidatari diretti di servizi pubblici locali al patto di stabilità; secondo la Corte, la materia in cui ricade tale disciplina è il coordinamento della finanza pubblica, una materia di competenza legislativa concorrente nell'ambito della quale il potere regolamentare appartiene alle Regioni. Vedi L. Cuocolo, La Corte costituzionale "salva" la disciplina statale sui servizi pubblici locali, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2011, pp. 484 e ss.; F. Costantino, Servizi locali e concorrenza, a proposito della sent. n. 325 del 2010, in *Rivista AIC*, 2011, pp. 1 e ss.

Secondo la Regione Liguria, che ha proposto tale argomento, i commi 2, 3 e 4 dell'art. 23-bis del decreto-legge n. 112 del 2008 avrebbero violato, in particolare, l'art. 3, comma 1, della Carta, secondo cui «per autonomia locale, s'intende il diritto e la capacità effettiva, per le collettività locali, di regolamentare ed amministrare nell'ambito della legge, sotto la loro responsabilità, e a favore delle popolazioni, una parte importante di affari pubblici»; l'art. 4, comma 2, secondo cui «le collettività locali hanno, nell'ambito della legge, ogni più ampia facoltà di prendere iniziative proprie per qualsiasi questione che non esuli dalla loro competenza o sia assegnata ad un'altra autorità»; l'art. 4, comma 4, secondo cui «le competenze affidate alle collettività locali devono di regola essere complete ed integrali» (Corte costituzionale, sent. 325/2010, p. 7.1.1.3).

La violazione della Carta deriverebbe, secondo la prospettazione delle ricorrenti, dalla lesione dell'autonomia dovuta all'introduzione di vincoli e specifici aggravii procedurali in ordine alla scelta, da parte degli enti locali, di assumere essi stessi la gestione diretta del servizio idrico integrato, cioè di una delle funzioni fondamentali dei Comuni.

Al contrario, secondo la Corte, il denunciato contrasto con la Carta non sussiste. La Corte osserva innanzitutto che «le ricorrenti prospettano la censura muovendo dal dichiarato presupposto che il servizio idrico costituisca una delle funzioni fondamentali dell'ente pubblico ed assumono che tali funzioni siano specificamente tutelate dalla Carta. Tuttavia, proprio tale presupposto è privo di fondamento, perché, come questa Corte ha più volte affermato, detto servizio non costituisce funzione fondamentale dell'ente locale (sentenze n. 307 del 2009 e n. 272 del 2004). Inoltre, la stessa Carta, al comma 1 dell'art. 4, con previsione di carattere generale, afferma che “le competenze di base delle collettività locali sono stabilite dalla Costituzione o dalla legge”, con ciò rinviando alla normativa nazionale la definizione del quadro generale delle competenze» (Corte costituzionale, sent. 325/2010, p. 6.2).

Inoltre, per ciò che qui più interessa, la Corte si pronuncia anche sulla natura delle disposizioni della Carta evocate come parametro, affermando che «gli evocati articoli della Carta europea dell'autonomia locale non hanno uno specifico contenuto precettivo, ma sono prevalentemente definitivi (art. 3, comma 1), programmatici (art. 4, comma 2) e, comunque, generici (art. 4, comma 4)».

A cinque anni di distanza, la Corte costituzionale torna a pronunciarsi sulla posizione della Carta europea dell'autonomia locale nell'ordinamento italiano con la sentenza n. 50/2015.

La Corte è stata chiamata a giudicare la conformità alla Costituzione della legge n. 56 del 2014 che disciplina, tra l'altro, l'istituzione e il funzionamento delle città metropolitane. Le questioni di costituzionalità affrontate nel giudizio sono state sollevate da quattro Regioni. La Corte ha esaminato, in primo luogo, se il Parlamento nazionale aveva la potestà di

istituire il nuovo livello di governo decentrato e ha concluso che, in base agli articoli 114 e 117 della Costituzione, la creazione di queste entità è di competenza dello Stato (Corte costituzionale, sent. 50/2015, p. 3.4.1).

I giudici costituzionali si sono pronunciati, inoltre, sulla competenza dello Stato di modificare i confini provinciali al fine di creare le città metropolitane; la Corte ha ritenuto infondato il ricorso presentato sotto questo profilo, in quanto l'art. 133 della Costituzione, che stabilisce che «il mutamento delle circoscrizioni provinciali e la istituzione di nuove Province nell'ambito di una Regione sono stabiliti con leggi della Repubblica, su iniziativa dei Comuni, sentita la stessa Regione», si riferisce a singoli interventi puntuali, mentre la legge oggetto del giudizio rappresentava evidentemente il punto di partenza per un intervento complesso sull'assetto territoriale della Repubblica.

Un'ulteriore questione sottoposta dalle Regioni riguardava la forma di governo della città metropolitana, composta solo di organi non elettivi, che, secondo le ricorrenti, si poneva in contrasto con i principi della sovranità popolare e della rappresentanza politica ex artt. 1 e 48 della Costituzione. È proprio con riferimento a quest'ultimo profilo che le Regioni invocano, tra le norme violate, anche la Carta europea dell'autonomia locale, ancora una volta richiamata dalle ricorrenti come parametro interposto tra la legge oggetto del giudizio e l'art. 117 della Costituzione che impone al legislatore il rispetto degli obblighi internazionali.

Anche in quest'ultimo caso, secondo il giudice costituzionale, le questioni sollevate non sono fondate. A giudizio della Corte, infatti, il modello di governo di secondo grado adottato dalla legge n. 56 del 2014 per le neoistituite città metropolitane supera il vaglio di costituzionalità in relazione a tutti i parametri indicati dalle quattro ricorrenti (Corte costituzionale, sent. 50/2015, p. 3.4.3)

Per quanto riguarda, in particolare, la presunta violazione della Carta europea dell'autonomia locale, nella parte in cui prevedrebbe che almeno uno degli organi collegiali sia ad elezione popolare diretta, la Corte afferma che non sussiste alcuna incompatibilità con la norma oggetto. Secondo la Corte l'espressione usata dall'art. 3, comma 2 della Carta, nel richiedere che i membri delle assemblee siano «eletti liberamente», va intesa nel senso sostanziale dell'esigenza di un'effettiva rappresentatività dell'organo rispetto alle comunità interessate e non nella necessità che l'organo sia eletto direttamente. La Corte omette però di citare, in questo punto, la restante parte del comma menzionato dalle ricorrenti, secondo il quale l'elezione deve avvenire «sulla base di un voto diretto, uguale e

universale»²⁴, giungendo quindi ad affermare che, in questa prospettiva, non è esclusa la possibilità di un'elezione indiretta, purché siano previsti meccanismi alternativi che comunque permettano di assicurare una reale partecipazione dei soggetti portatori degli interessi coinvolti.

Oltre a motivare nel merito il rigetto del ricorso presentato, la Corte si sofferma ancora una volta sulla posizione della Carta nell'ordinamento italiano. Secondo il giudice, la Carta è un «documento di mero indirizzo [...], che lascia ferme “le competenze di base delle collettività locali [...] stabilite dalla Costituzione o dalla legge”, come riconosciuto nella sentenza di questa Corte n. 325 del 2010, al fine, appunto, di escludere l'idoneità delle disposizioni della Carta stessa ad attivare la violazione dell'art. 117, primo comma, Cost.» (Corte costituzionale, sent. 50/2015, p. 3.4.3)

Anche in questo caso, dunque, la Corte costituzionale esclude che la Carta possa costituire un parametro interposto nel giudizio di costituzionalità, con conclusioni che però, nonostante il richiamo esplicito alla sua precedente giurisprudenza, non sembrano porsi in sintonia con quanto pronunciato nella sentenza n. 325 del 2010.

Si è visto, infatti, che nel 2010 la Corte costituzionale aveva affermato che le disposizioni della Carta evocate come parametro non hanno uno «specifico contenuto precettivo, ma sono prevalentemente definitorie (art. 3, comma 1), programmatiche (art. 4, comma 2) e, comunque, generiche (art. 4, comma 4)». Non sembra dunque emergere, da questa motivazione, una posizione della Corte volta a ritenere la Carta, nel suo complesso, come un atto di mero indirizzo, inidonea a fungere da parametro interposto, in quanto la valutazione del giudice sembra limitarsi, dalla lettura della sentenza, alle sole disposizioni menzionate.

Al contrario, è evidente come la sentenza 50/2015 abbia una portata decisamente più ampia e generale della prima, dal momento che il rifiuto di utilizzare la Carta come parametro interposto riguarda l'intero documento e non soltanto alcune sue disposizioni. La valutazione della Corte si estende qui all'intero trattato, che il giudice definisce come «documento di mero indirizzo». Tale impostazione sconta però, perlomeno, due problemi.

24 È questo uno dei punti più criticati della sentenza. Su tutti, significativo il commento di L. Vandelli, *La legge “Delrio” all'esame della Corte: ma non meritava una decisione più accurata?*, in *Quaderni costituzionali*, 2015, pp. 393-396, che definisce “imbarazzanti” le motivazioni della Corte costituzionale; vedi anche A. Spadaro, *La sentenza cost. n. 50/2015. Una novità rilevante: talvolta la democrazia è un optional*, in *Rivista AIC*, 2015, p. 23; A. Sterpa, F. Grandi, F. Fabbrizzi, M. De Donno, *Corte costituzionale, sentenza n. 50 del 2015: scheda di lettura*, in *Federalismi*, 2015, pp. 4-5; G. Mobilio, *Le città metropolitane non si toccano: la Corte costituzionale si pronuncia sulla legge “Delrio”*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2015, p. 13; D. Mone, *La sentenza della Corte costituzionale n. 50 del 2015 e la Carta europea dell'autonomia locale: l'obbligo di elezione diretta tra principi e disposizioni costituzionali*, disponibili su http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2014/12/nota_50_2015_mone.pdf, p. 3.

In primo luogo, l'articolo della Carta evocato come parametro interposto (art. 3, comma 2), a differenza di quelli proposti nel precedente (definiti definitivi, programmatici e generici) ha un preciso contenuto normativo, stabilendo che «il diritto [*local self-government*] deve essere esercitato da consigli o assemblee composte da membri eletti liberamente e con suffragio segreto sulla base di un voto diretto, uguale e universale» (Padula, 2013, p. 374) In secondo luogo, l'oggetto della pronuncia non riguarda, a differenza del precedente, le competenze di base delle collettività locali, che secondo la stessa Carta europea sono stabilite dalla Costituzione o della legge, ma il sistema di governo degli enti locali, sul quale la Carta europea, appunto, detta disposizioni precettive al fine di garantire che l'autonomia locale sia effettiva.

Questa impostazione della Corte, oltre a risultare incoerente rispetto al suo precedente, appare criticabile sotto ulteriori profili, di carattere più generale.

Innanzitutto, la Corte sembra rivedere la sua posizione con riguardo ai trattati internazionali e alla loro capacità di fungere da parametri di costituzionalità, così come affermato nelle c.d. "sentenze gemelle" del 2007. Alcuni hanno parlato, a tal proposito, dell'esistenza, secondo l'impostazione della Corte, di trattati internazionali di serie A e trattati internazionali di serie (SPADARO, 2015, p. 24).

Inoltre, giova ricordare che l'Italia, al momento della ratifica della Carta, ha dichiarato di ritenersi vincolata a tutte le disposizioni contenute nel trattato. La sentenza n. 50 del 2015, al contrario, sembra contraddire questo obbligo internazionale assunto dall'Italia.

Infine, la stessa Corte, in occasione di un incontro con la delegazione del Congresso dei poteri regionali e locali del Consiglio d'Europa del 3 novembre 2011, alla domanda «Do you think the Charter could acquire the status of a source of domestic law, at least as a parameter for determining the constitutionality of an ordinary law at variance with its provisions?» aveva risposto che, «sebbene nella sentenza n. 325 del 2010 la Corte abbia affermato il valore solo definitorio e programmatico delle disposizioni della Carta europea dell'autonomia locale (citati art. 3, comma 1 e art. 4, commi 2 e 4), si può ritenere che la stessa, costituendo atto di diritto internazionale recepito con legge ordinaria nell'ordinamento interno, ricada nell'alveo della previsione del primo comma dell'art. 117 Cost. che impone al legislatore statale e regionale il rispetto dei vincoli derivanti dagli obblighi internazionali. Ne deriva che, nonostante la mancanza di precettività delle sue disposizioni, la Carta si pone come parametro idoneo ad orientare l'attività sia del legislatore, al quale non dovrebbe essere consentito dettare discipline con essa contrastanti, sia dell'interprete, tenuto ad applicare la normativa vigente in conformità con i disposti della Carta medesima» (BELLOCCI, 2011)

Al momento, nonostante queste ultime dichiarazioni, la conclusione cui si deve necessariamente giungere è che la Carta europea dell'autonomia locale, nella giurisprudenza della Corte costituzionale, costituisca un documento di mero indirizzo, non vincolante per il legislatore, incapace di fungere da parametro per valutare la costituzionalità di una legge.

4. LA CARTA E LE CORTI COSTITUZIONALI EUROPEE

La strada intrapresa dalla Corte costituzionale italiana non appare del tutto isolata se si volge lo sguardo al panorama comparato. I 46 Stati che, insieme all'Italia, hanno ratificato la Carta europea dell'autonomia locale, presentano una pluralità di approcci con riguardo all'utilizzo di questo trattato da parte delle proprie giurisdizioni costituzionali.

4.1 L'irrilevanza della Carta come argomento o parametro di costituzionalità

La strada intrapresa dalla Corte italiana non risulta isolata nel panorama europeo; ciò che appare interessante osservare è tuttavia la presenza di diverse ragioni che, in alcuni Paesi, hanno condotto a risultati simili a quelli raggiunti dalla Corte costituzionale italiana.

Gli argomenti più frequentemente utilizzati dalle Corti per sostenere l'irrilevanza della Carta europea dell'autonomia locale come parametro di costituzionalità si basano su considerazioni legate alla struttura del sistema delle fonti e alle competenze dell'organo di giustizia costituzionale, elementi che, combinandosi, non permettono di svolgere un controllo di conformità delle leggi ordinarie ai trattati internazionali.

Chiara, in questo senso, la posizione del Consiglio costituzionale francese, che nel 2015 ha potuto affermare come non rientri tra le sue prerogative quella di esaminare la conformità della legge agli obblighi assunti dalla Francia con la ratifica di trattati o accordi internazionali. È vero, continua il Consiglio, che l'art. 55 della Costituzione attribuisce a tali atti una «*autorité supérieure*» rispetto alla legge, ma ciò non significa né implica che il rispetto di questo principio deve essere assicurato nel quadro del controllo di costituzionalità delle leggi.

A differenza del Conseil francese, che cita la Carta europea una sola volta, la Corte costituzionale austriaca conta oltre trenta sentenze con citazioni del trattato. Ciononostante, il risultato cui perviene il *Verfassungsgerichtshof* è simile, dal momento che viene affermata anche da questa Corte l'impossibilità di utilizzare la Carta europea come parametro di costituzionalità: essa ha, infatti, la stessa forza dell'atto con il quale è stata introdotta nell'ordinamento austriaco, ovvero una legge federale ordinaria. A partire da una sentenza emessa nel 1992, dunque, la Corte austriaca ha definito come costituzionalmente irrilevante l'argomento secondo il quale una legge contraria alla Carta europea dell'autonomia locale sia da annu-

llare. In una serie di pronunce del 2014 e del 2015, il Verfassungsgerichtshof ha confermato la sua posizione, sempre superando in maniera concisa l'argomento proposto e affermando l'impossibilità che la Carta sia utilizzata come parametro per pronunciarsi sulla costituzionalità di una legge.

Argomenti simili sono espressi anche dalle Corti supreme della Norvegia e della Svezia, dove peraltro la riluttanza nell'utilizzare i trattati internazionali come norme di riferimento è certamente favorita dalla tradizione dualista che caratterizza i due Paesi con riguardo alla posizione del diritto internazionale nell'ordinamento interno e dal *self-restraint* che connota il potere giudiziario di entrambi gli ordinamenti nell'esercitare il controllo sulla costituzionalità delle leggi.

4.2 L'utilizzo della carta come strumento per rafforzare o interpretare il parametro costituzionale

Le Corti costituzionali di altri Paesi, pur condividendo con le esperienze appena descritte un approccio restrittivo con riguardo all'utilizzo dei trattati internazionali nel processo costituzionale, hanno fatto riferimento alla Carta per argomentare le proprie decisioni. Le Corti che seguono questo modello non utilizzano la Carta come parametro, né si soffermano sulla possibilità di procedere in tal senso; scegliendo di non pronunciarsi sulla forza giuridica del trattato, in qualche modo ne preservano l'autorevolezza politica e culturale e ne evidenziano l'utilità come canone integrativo e interpretativo della norma costituzionale.

Un esempio di questa impostazione è data dal Tribunale costituzionale spagnolo. In base all'art. 10, comma 2 della Costituzione spagnola, e alla giurisprudenza dello stesso *Tribunal*, i trattati internazionali possono essere utilizzati come parametro di costituzionalità per giudicare su presunte violazioni dei diritti fondamentali riconosciuti dalla stessa Costituzione. Il Tribunale costituzionale ha più volte affermato che non si tratta di un'apertura generica al diritto internazionale convenzionale, in quanto gli unici trattati che possono essere invocati e utilizzati sono quelli che disciplinano diritti e libertà già presenti nel testo costituzionale (Sentencia 199/1996, de 3 de diciembre de 1996). Ciò non ha tuttavia impedito al giudice spagnolo di richiamare la Carta europea nelle proprie decisioni in materia di autonomia locale. Peraltro, l'utilizzo della Carta è stato anche incoraggiato dalla stessa disciplina costituzionale che, come affermato dal *Tribunal Constitucional*, «non ha predeterminato il contenuto concreto del principio dell'autonomia locale» (Sentencia 103/2013, de 25 de abril de 2013): così il giudice ha potuto più volte riempire di significato questo principio, facendo riferimento, ad esempio, all'art. 8 della CAEL sulla verifica amministrativa degli atti degli enti locali o all'art. 3 sul concetto di autonomia locale.

Un approccio simile è quello che caratterizza il Tribunale costituzionale portoghese. Anche in questo caso, l'apertura verso il diritto internazio-

nale, riconosciuta in base all'art. 16 della Costituzione, è limitata principalmente ai trattati che tutelano i diritti fondamentali, *in primis* la Convenzione europea sui diritti dell'uomo e la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, ed è stata peraltro interpretata in maniera restrittiva dal *Tribunal Constitucional*, almeno nei suoi primi anni di attività. Anche in questo caso, tuttavia, il giudice portoghese ha più volte citato la Carta europea dell'autonomia locale, affermando di considerare il trattato come strumento utile a «completare» il dettato costituzionale.

4.3 L'UTILIZZO DELLA CARTA COME PARAMETRO DI COSTITUZIONALITÀ

Esiste, infine, un nutrito gruppo di Corti costituzionali europee utilizza la Carta come parametro di costituzionalità, valutando la conformità della legislazione nazionale rispetto al trattato internazionale, talvolta giungendo fino a inserire la Carta stessa nel dispositivo delle proprie sentenze. Si tratta, generalmente, di Paesi caratterizzati da un'elevata penetrazione del diritto internazionale nei rispettivi ordinamenti, ciò che si è tradotto, sul piano del giudizio costituzionale, nell'allargamento del parametro del giudizio fino ad includere i trattati internazionali.

La posizione forse più chiara, con riguardo alla possibilità di utilizzare la Carta europea dell'autonomia locale, è quella della Corte costituzionale della Repubblica Ceca. In una decisione che risale al 2003, il giudice ceco ha innanzitutto affermato che «la disciplina costituzionale dell'autonomia locale è completata ed arricchita da un atto che deriva dagli obblighi internazionali della Repubblica ceca, ovvero la Carta europea dell'autonomia locale. [...] Non si tratta di un classico trattato sui diritti umani, non riguarda gli individui, ma gruppi di cittadini, e stabilisce diritti collettivi». La Corte ha poi aggiunto che il fatto che molte delle disposizioni contenute nella Carta non siano *self-executing* e che dal punto di vista internazionale manchino strumenti per garantire l'implementazione e la garanzia dei diritti ivi contenuti «non ha alcuna influenza sulla sua natura vincolante. La Carta non è una mera dichiarazione; è un vero e proprio trattato internazionale, che vincola le parti che lo hanno ratificato. Sulla base di una concezione dell'ordinamento costituzionale aperto al diritto internazionale (*ex art. 112 della Costituzione*), la Corte è autorizzata a valutare la conformità della legge ceca con il diritto internazionale (come disposto dall'art. 87 della Costituzione)» (Sentenza n. Pl. ÚS 34/02)

Pur senza giungere ad annullare la normativa interna per violazione della Carta europea dell'autonomia locale, la Corte costituzionale belga, più volte adita per presunti contrasti con i principi contenuti nel trattato, si sofferma sull'analisi della conformità delle leggi alla Carta, che trova spazio anche nel dispositivo delle sue sentenze.

Nella stessa direzione sembra muoversi il Tribunale federale elvetico, il quale, in base all'art. 189 della Costituzione confederale, ha competenza nel giudicare le violazioni delle norme di diritto internazionale; su questi presupposti, il giudice elvetico si è pronunciato su diversi casi di presunti contrasti tra la normativa interna e la Carta europea dell'autonomia locale, analizzando sempre in maniera approfondita l'argomento proposto dalle parti, senza però giungere in nessuna occasione a una dichiarazione di incostituzionalità sulla base di quel parametro.

5. CONCLUSIONI

Analizzando le giurisprudenze nazionali, un primo dato che emerge con nitidezza è che la Carta europea fatica ancora, ad oltre trent'anni dalla sua adozione da parte del Consiglio d'Europa, a trovare spazio nelle decisioni degli organi di giustizia costituzionale: sono 26 le Corti costituzionali che, in maniera più o meno incisiva e più o meno frequente, hanno citato la CAEL nelle proprie sentenze; soltanto in pochi casi le pronunce in cui la Carta trova spazio sono più di dieci²⁵, mentre diverse Corti hanno citato il trattato in un'unica occasione²⁶.

Diversi fattori possono incidere sulla presenza della Carta europea dell'autonomia locale nelle giurisprudenze costituzionali. Innanzitutto, motivazioni di ordine politico e culturale possono riverberarsi sulla litigiosità in materia di autonomia locale e, di conseguenza, avere riflessi sulla frequenza e sulla incidenza con cui la Carta europea entra nelle decisioni delle Corti.

Nondimeno, esistono anche elementi di carattere giuridico in grado di spiegare la pluralità di approcci con riguardo all'utilizzo della CAEL da parte delle Corti costituzionali: tra questi, il contenuto costituzionale in materia di autonomia locale, la posizione dei trattati internazionali nel sistema delle fonti, il ruolo dei trattati nel processo costituzionale, le competenze dell'organo di giustizia costituzionale e le vie d'accesso al giudizio di costituzionalità.

L'insieme di questi fattori contribuisce al manifestarsi di diversi orientamenti con riguardo all'utilizzo della Carta europea dell'autonomia locale da parte delle Corti costituzionali: l'irrilevanza della Carta come argomento o parametro di costituzionalità; l'utilizzo della carta come strumento per rafforzare o interpretare il parametro costituzionale; l'utilizzo della carta come parametro di costituzionalità.

Il quadro che si può tracciare a conclusione di questa analisi è caratterizzato dalla presenza di poche luci e di molte ombre. Se è vero, come si è premesso, che la garanzia internazionale dell'autonomia locale, pur

25 Una simile incidenza si è rilevata in Austria, Estonia, Moldavia, Slovacchia e Spagna.

26 Così, ad esempio, in Francia, Georgia, Norvegia, Svezia e Cipro.

corroborata dall'adozione di un trattato in materia, è frenata dalla mancanza di strumenti di tutela effettiva delle disposizioni contenute in tale trattato, il contributo apportato dalle giurisdizioni costituzionali in tal senso appare, nel complesso, poco significativo.

Si è visto come, sul piano internazionale, la spinta al riconoscimento e alla protezione del principio autonomistico si giochi prevalentemente sul piano politico e culturale; dal punto di vista giuridico, la garanzia dell'autonomia locale sembra dunque essere rimessa ai singoli Paesi, ai legislatori e alle giurisdizioni nazionali. In questo quadro, le Corti costituzionali, che pur potrebbero giocare un ruolo significativo, risultano essere scarsamente impegnate nell'applicazione degli standard internazionali in materia e riluttanti nel calare l'*acquis* internazionale ai contesti nazionali.

In un momento storico come quello attuale, ove anche in Europa il modello di Stato costituzionale è messo in discussione dalla diffusione delle c.d. *illiberal democracies*, la tutela dell'autonomia locale appare ancora più centrale, in quanto capace di rafforzare e rivitalizzare quei principi, come quello democratico e quello pluralista, alla base della stessa forma di Stato costituzionale.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

Chessa, (2013). La forma di governo provinciale nel DDL n. 1542: profili d'incostituzionalità e possibili rimedi, in *Federalismi*

Corte costituzionale, Sentencia 92/2015, de 14 de mayo de 2015.

Corte costituzionale, sent. 179 de 1987

Corte costituzionale, sent. 325 de 2010

Corte costituzionale, sent. 345 de 1997

Corte costituzionale, sent. 348 de 2007

Corte costituzionale, sent. 349 de 2007.

Corte costituzionale, sent. 378 de 2000,

Corte costituzionale, sent. 428 de 1997

Corte costituzionale, sent. 50 de 2015.

Corte costituzionale, Sentencia 103 de 2013

Corte costituzionale, Sentencia 199 de 1996

Corte costituzionale, Sentencia 240 de 2006

Corte costituzionale, Sentenza n. Pl. ÚS 34 de 2002.

- Dokhan, (2001). *Les limites du contrôle de la constitutionnalité des actes législatifs*, Paris, LGDJ,
- Gregorio, (2008) *Repubblica Ceca*, Bologna, Il Mulino.
- Groppi, (2005). *La Costituzione tunisina del 2014 nel quadro del “costituzionalismo globale”*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo, Una simile incidenza si è rilevata in Austria, Estonia, Moldavia, Slovacchia e Spagna*.
- Groppi, T., & Simoncini, A. (2015). *Introduzione allo studio del diritto pubblico e delle sue fonti*. Torino: Giappichelli.
- Hamon, M. Troper, (2007) *Droit constitutionnel*. 30e édition, Paris, LGDJ,
- Himsworth, C. (2011). *Treaty Making for Standards of Local Government: The European Charter of Local Self-Government and its Possible Application beyond Europe*. En *Edinburgh School of Law Working Paper Series*.
- Klima, (200). *La justice constitutionnelle en République Tchèque*, in G. DE VERGOTTINI (a cura di), *Giustizia costituzionale e sviluppo democratico nei Paesi dell’Europa centro-orientale*, Torino, Giappichelli
- Merloni, F. *La tutela internazionale dell’autonomia degli enti territoriali*,
- Onida, V. (2007). *Il giudice costituzionale e i conflitti tra legislatori locali e centrali*. *Le Regioni*, 11-26.
- Padula, C. (2015). *L’autonomia: un principio di scarso valore? La Carta europea dell’autonomia locale e le recenti riforme degli enti locali (legge “Delrio” e d.l. 95/2012)*. En B. Pezzini, & S. Troilo (Edits.), *Il valore delle autonomie: territorio, potere, democrazia* (págs. 99-118). Napoli: ditoriale Scientifica s.r.l.
- Panara, C. (2013). *The contribution of local self-government to constitutionalism in the member states and in the EU multilayered system of governance*. En C. Panara, & M. Varney (Edits.), *Local Government in Europe. The ‘fourth level’ in the EU multilayered system of governance* (págs. 369-413). London: Routledge.
- Rolla, G. (1997). *Manuale di diritto degli enti locali*. Rimini: Maggioli.
- Sadurski, W (2002), *Constitutional Justice, East and West: Democratic Legitimacy and Constitutional Courts in Post-Communist Europe in a Comparative Perspective*, The Hague, Kluwer Law International
- Tamburrini, I (2003). *Paesi con controllo diffuso di costituzionalità delle leggi*, in T. GROPPI, M. OLIVETTI (a cura di), *La giustizia costituzionale in Europa*, Milano, Giuffrè

LA DELINCUENCIA JUVENIL COMO HERRAMIENTA DE SATISFACCIÓN DEL DESEO DE RECONOCIMIENTO COLECTIVO

Sérgio Rodrigues de Souza^{1*}

Recibido: Octubre 20 de 2018

Aprobado: Diciembre 1 de 2018

RESUMEN

Este artículo-ensayo aborda la temática de investigación que involucra la problemática de la delincuencia juvenil como herramienta de satisfacción del deseo de reconocimiento colectivo. Es parte de una tesis posdoctoral en Psicología Social y busca presentar cómo la delincuencia juvenil ha sido utilizada como herramienta de satisfacción del deseo de reconocimiento colectivo por los adolescentes. Se trata de una investigación bibliográfica fundamentada en estudios clásicos sobre el tema, que realiza una búsqueda empírica de respuestas junto a adolescentes, a través de entrevistas informales y observación participante. Se caracteriza como un ensayo factual, exploratorio y analítico, que tiene como método de interpretación el analítico-sintético/sintético-analítico. Su objetivo general es presentar un análisis del problema que conduce a los adolescentes a cometer actos delictivos, como forma de alcanzar reconocimiento de sus coetáneos. Tiene como objetivo específico analizar las consecuencias de la delincuencia. Las conclusiones a las que se llega es que no se pueden confundir los sentimientos naturales de un adolescente con los deseos narcisistas y neuróticos motivados por una necesidad de corrección de una falla educativa. Querer ser mirado y admirado por sus cualidades, sus méritos personales y científicos es un derecho subjetivo natural de cualquier ser humano en cualquier tiempo y espacio. Aquello que no puede ser admitido es que tal condición sea utilizada como explicación de la agresividad cada vez mayor que aqueja a la sociedad, al tornarse esta como víctima de las manos de adolescentes infractores.

¹ Profesor Licenciado en Filosofía y Sociología. Psicoanalista. Pos-doctorando en Psicología Social de la Universidad Kennedy. (Buenos Aires - AR). Este ensayo es parte de mi tesis posdoctoral, con defensa programada para noviembre de 2018.

Palabras clave: Delincuencia juvenil, Herramienta de satisfacción, Deseo de reconocimiento colectivo.

JUVENILE DELINQUENCY AS A TOOL TO SATISFY THE DESIRE FOR COLLECTIVE RECOGNITION

ABSTRACT

This article-essay deals with the subject of research that involves the problem of juvenile delinquency as a tool to satisfy the desire for collective recognition. It is part of a postdoctoral thesis in Social Psychology and seeks to present how juvenile delinquency has been used as a tool to satisfy the desire for collective recognition by adolescents. It is a bibliographical research based on classic studies on the subject and an empirical search of answers with adolescents, through informal interviews and participant observation. It is characterized as a factual, exploratory, analytical essay, having as analytical-synthetic-synthetic-analytical method. Its general objective is to present an analysis of the problem that leads adolescents to commit criminal acts, as a way to achieve recognition of their peers. Its specific objective is to analyze the consequences of crime. The conclusions reached is that you can not confuse the natural feelings of a teenager with narcissistic and neurotic desires motivated by a need to correct an educational failure. Wanting to be watched and admired for its qualities, its personal, scientific merits is a natural subjective right of any human being in any time and space. What can not be admitted is that such a condition is used as an explanation for the increasing aggressiveness that society is becoming a victim through the hands of adolescent offenders.

Keywords: Juvenile delinquency, Satisfaction tool, Desire for recognition collective.

A DELINQUÊNCIA JUVENIL COMO FERRAMENTA DE SATISFAÇÃO DO DESEJO DE RECONHECIMENTO COLETIVO

RESUMO

Este artigo-ensaio aborda o tema de pesquisa que envolve o problema da delinquência juvenil como ferramenta de satisfação do desejo de reconhecimento coletivo. Faz parte de uma tese de pós-doutorado em Psicologia Social e busca apresentar como a delinquência juvenil tem sido utilizada pelos adolescentes como ferramenta para satisfazer o desejo de reconhecimento coletivo. Trata-se de uma pesquisa bibliográfica baseada em estudos

clássicos sobre o tema, que realiza uma busca empírica de respostas de adolescentes, por meio de entrevistas informais e de observação do participante. Caracteriza-se como um ensaio exploratório e analítico, que usa o método de interpretação analítico-sintético/sintético-analítico. O objetivo geral deste trabalho é apresentar uma análise do problema que leva adolescentes a cometer atos criminosos, como forma de obter reconhecimento de seus pares. Seu objetivo específico é analisar as consequências da delinquência. A conclusão alcançada é que não devemos confundir os sentimentos naturais de um adolescente com os desejos narcisistas e neuróticos motivados por uma necessidade de correção de falhas educativas. Querer ser visto e admirado por suas qualidades, seus méritos pessoais e científicos é um direito subjetivo natural de qualquer ser humano em qualquer tempo e espaço. O que não pode ser admitido é que essa condição seja usada como uma justificativa da agressividade que aflige a sociedade, uma vez que se torna vítima das mãos de adolescentes infratores.

Palavras-chave: Delinquência juvenil; Ferramenta de satisfação; Desejo de reconhecimento coletivo.

1. INTRODUCCIÓN

En la naturaleza existen algunas criaturas que son de hábitos solitarios, viven en la más completa soledad, pero se reúnen por ocasión del periodo reproductivo. Estas especies son pocas porque, en su mayoría, subsisten siempre en medio de bandos mayores; esta situación de vivencia les garantiza protección contra enemigos mayores, más crueles y poderosos. Luego, la condición de sociabilidad funciona como un mecanismo de protección de la vida individual y social. Una cosa que no debe ser olvidada es que los animales siguen instintos primitivos, desarrollados hace muchos millares de años, por tanto, su acción es una repetición totalmente inconsciente del proceso que los mueve hasta aquella acción en particular; en conclusión, no ejecutan el pensamiento más simple.

De manera distinta a los animales irracionales, el hombre es una criatura solitaria y se une a otros por conveniencia o necesidad. A lo largo de su proceso evolutivo y en especial después del surgimiento y desarrollo de su corteza, comenzó a analizar con mucha profundidad sus acciones con relación a los demás que están cerca de él. Por causa de las extremadas limitaciones físicas a que fue sometido el ser humano por la naturaleza, se vio obligado a unirse a sus compañeros con el fin de garantizar victorias en las batallas más complejas como la caza, las guerras y la construcción de un medio para imponer respeto: algo que fungiera como un elemento inhibitorio de ataques por parte de sus enemigos y/o rivales.

La convivencia grupal fue suscitando el nacimiento de otros tipos de comportamientos; estos, a su vez, dieron origen a costumbres que se transformaron en cultura y más adelante en tradición. Cuando se llegó a este

punto de convergencia, todo aquello se transformó en necesidad biológica y antropológica; una condición sin la cual ya no le era posible al individuo sentirse feliz, porque fue infundido en su espíritu el miedo de que la condición de soledad y aislamiento pudiese dejarlo vulnerable a fuerzas externas, situadas fuera de su dimensión de conocimiento cognitivo e intelectual. Por tanto, para hacer parte del grupo era necesario que fuese reconocido por los integrantes de este como alguien de valor para el grupo; tenía que probar su coraje y relevancia ante pruebas desafiantes. Aquí ya se tiene la primera convicción de que el colectivo se tornó más poderoso que el individuo. Esto ya confiere elementos para defender con seguridad que el reconocimiento colectivo no se efectúa por aquello que el individuo es, sino por aquello que es capaz de proporcionar al grupo. Ayuda, de igual forma, a comprender porqué las personas que son aisladas de los colectivos tienden a ser depresivas y, algunas, toman la decisión de suicidarse. El impedimento de hacer parte del colectivo les sugiere que son incapaces de contribuir a la manutención o crecimiento del mismo; es decir, son seres que carecen de valor. Cabe traer a colación que los miembros del colectivo de infractores procuran ejecutar más y más acciones delictivas que propician el aumento del capital del grupo. Este comportamiento se debe a que estos aglomerados son gestionados como empresas que componen la bolsa de valores y los participantes tienen la obligación de contribuir para la elevación de su capital de trabajo, utilizando la máxima de que cada miembro vale en la medida de lo que produce; entonces, si no produce nada no vale nada y esto es un golpe porque la mayoría de estos adolescentes provienen de hogares donde son tratados como peso muerto, hecho que colabora en la interpretación de la violencia neurótica utilizada por los delincuentes en sus acciones y que, aún, a la menor resistencia de la víctima es motivo para la deliberación despótica de actos violentos hasta con la muerte inminente de quien presente resistencia.

El tamaño de la carga de odio, dirigida contra todo y contra todos, no es originaria de su condición de vida, es producto de su carga catexial de negación originaria de sus padres y otras criaturas enojadas e inconformes con sus situaciones sociales que acaban descargando sobre ellos toda esta fuerza desmedida, como si los niños y niñas fuesen culpadas por su existencia y por sus condiciones de vida. En consecuencia, la sociedad es quien termina cargando toda la culpa, cuando sobre ella recae toda la violencia que ella misma produce, al no cumplir su parte en el contrato social. En adición, esta situación de conflictos entre los delincuentes y la sociedad termina por proporcionar subsidios intelectuales, explicaciones para los males que asolan la sociedad, estos entendidos como medios que ayudan en la comprensión de las fuerzas subjetivas y objetivas de los colectivos que imperan sobre los adolescentes, transformándolos en criaturas insanas y sin una opción que no sea la de la utilización de la fuerza bruta desmedida para alcanzar sus objetivos. No ser nada y tener una expectativa de superación en la vida es una cosa; no ser nada y permanecer

todos los días de la vida de esta forma, es ultrajante y este conglomerado de delincuentes crea una idea de que su grupo hará un cambio en todo el sistema de valores; crea un mecanismo de lavado cerebral tan sofisticado que todos allí pasan a creer que no hay solución fuera de aquel espacio y que no son ni podrán llegar a ser alguien de valor una vez que estén sin la protección del mismo.

2. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

Esta tesis se dedicó a descubrir las causas objetivas y subjetivas que conducen a los adolescentes a cometer actos delictivos, como forma de ser reconocidos por sus pares. Esta situación singular ha provocado grandes discusiones en todos los medios vinculados, directa o indirectamente, a la seguridad pública, y por más que se dedique a encontrar una solución que disminuya el problema, esto parece no estar siendo alcanzado. Así que se toma como pregunta orientadora de este ensayo: ¿Qué factores ejercen influencia para que los adolescentes busquen la delincuencia como una herramienta de satisfacción de sus deseos de reconocimiento colectivo?

3. HIPÓTESIS DE TRABAJO

Este documento parte de la siguiente hipótesis: el hombre es un ser que se agrega a otros por conveniencia o por necesidad; no obstante, los adolescentes, dado su condición de inmadurez psicológica y personalológica, necesitan ser reconocidos para sentirse seguros y así poder desarrollar su personalidad de la manera más sensible. Al no encontrar tal apoyo en sus padres lo buscan en sus coetáneos que crean rituales de pasaje, obligándolos a ejecutar acciones que desafían el orden y las costumbres tradicionales. En su inicio, tales hechos nacen como bromas; sin embargo, en la medida que se van repitiendo, se transforman en transgresiones legales, llegando a actitudes delincuenciales de elevado riesgo.

El colectivo crea elementos de valorización para estas actitudes, los cuales son interpretados por los chicos como actitudes de reconocimiento y sin percibirlo terminan presos en una red de conflictos con la ley. Esta red es marcada por su estadio de salud psicológica y por el abuso de sus compañeros.

4. ESTRATEGIA METODOLÓGICA

Con la intención de alcanzar los resultados y partiendo de los objetivos planeados, se llevó a cabo una búsqueda por medio de métodos teóricos; se eligió el método histórico-lógico, que se empleó para profundizar en las principales concepciones de las regularidades y contradicciones esenciales como una de las fuentes del proyecto. Se utilizó el método analítico-sintético que se aplica en todo el proceso de estudio histórico y diagnóstico sociológico, usando el método de representación social, en el que se avanzó por el análisis a la integración sistemática entre causa y efecto, utilizando las síntesis en la estructuración del proyecto aplicándolas so-

bre el objeto de estudio; se empleó el inductivo-deductivo para adecuar los hechos observados, los resultados del análisis de los instrumentos aplicados, para establecer juicios, revelar regularidades y acercarse a conclusiones; también el sistémico-estructural para el estudio de aspectos relacionados con el carácter sistémico de los valores; y por último, nos servimos de la orientación general.

En esta investigación se asume el enfoque dialéctico-materialista como método general de la ciencia que integra lo cuantitativo y lo cualitativo; este revela la relación entre los aspectos internos y externos del objeto, causas y consecuencias, y tiene la práctica como principio y fin de conocimiento. Se apoya en métodos específicos de la investigación científica de los niveles teórico y empírico.

5. DISCUSIÓN Y RESULTADOS

El hombre es una criatura que vive en medio de otros iguales a él y, también, en medio de personas diferentes que piensan de forma distinta a él; aparentemente se siente feliz así, demostrando una apariencia que siempre fue el modo en el que ha sido visto por todos. Aristóteles de Estagira (384-322a.C.) llegó al extremo de afirmar que los seres humanos sienten *ansia* de vivir en sociedad. La lectura del filósofo es equivocada porque el ansia que el hombre demuestra por vivir en sociedad, es la oportunidad demostrada por vivir en la ciudad, en la pólis, porque esto les confería la condición de ciudadanos y todos los derechos de reconocimiento que tal título les proporcionaba. Tenemos en cuenta que no fue hecho por el filósofo un análisis acerca de las privaciones que la vida dentro de los muros de la ciudad provocaba a los ciudadanos, porque las más terribles privaciones aún eran mejores que vivir en la más completa oscuridad, aislado de todo y de cualquier derecho, sin ningún tipo de reconocimiento, como era la vida de aquellos que estaban fuera de los muros de la ciudad. La vida dentro de los muros de la ciudad antigua, aunque fuese pesada y marcada por un elevado costo, garantizaba al individuo cierta seguridad.

Friedrich Nietzsche (2004) se refiere a la vida en sociedad como un retroceso en la condición instintiva. Para él, la convivencia social priva a los individuos de su fuerza natural, de su espíritu de independencia y crea, con esto, un doliente psíquico, un retrógrado, un miembro de las masas; esto iría en contra de su naturaleza libre y salvaje que, al no satisfacerla, provoca una lucha continua, arañando las paredes de su espíritu; tal condición conduciría a actos agresivos contra sus compañeros. Freud (2006) y Konrad Lorenz (1973) van a concordar, *ipsis litteris*, con esta afirmación; sin embargo, nos hemos encontrado con una cuestión de amplia complejidad para explicar por qué los actos más violentos son cometidos por individuos que conforman pandillas. ¿Ocurre en estas ocasiones una supresión de los valores humanísticos adquiridos o se trata de una libre manifestación de su naturaleza tal cual es?

En oposición a un espíritu deseoso de libertad existe un espíritu deseoso de poder que solamente puede ser alcanzado por la unión con los pares; siempre va a haber personas sádicas que están dispuestas a unirse a otros aun más sádicos y formar los colectivos compuestos por delincuentes en potencia que, una vez reunidos bajo un mismo ideal, crean códigos de valores conflictivos con la justicia y el bienestar de todos, como el derecho de vivir en seguridad, garantizado esto en la carta constitucional de cada nación.

No se puede confundir los sentimientos naturales de un adolescente con los deseos narcisistas y neuróticos motivados por una necesidad de corrección de una falla educativa. Querer ser mirado y admirado por sus cualidades, sus méritos personales y científicos es un derecho natural de cualquier ser humano. Aquello que no puede ser admitido es que tal condición sea utilizada como explicación de la agresividad cada vez mayor que la sociedad padece como víctima de parte de adolescentes infractores.

Los discursos libertarios que ponen como formas confrontación la autonomía con la heteronomía fueron una de las causas más agresivas que acabó por conducir a la adolescencia y a la juventud al mundo de la violencia. Es solamente en la cabeza de un anarquista sociópata que tal condición puede tener sentido. Sin embargo, encontró voces muy poderosas que no perdieron tiempo en defender tal idea como verdadera. Cuando Emile Durkheim (1858-1917), en su obra *El Suicidio* (1897), elabora los términos *autonomía* y *heteronomía* posee en sus fundamentos epistemológicos mucho de la doctrina kantiana, en donde la primera estaba vinculada a un respeto a las doctrinas sociales, conceptos ya fundamentados en las doctrinas orientales; la heteronomía estaba vinculada a una dependencia psicopatológica que debería ser convertida en un principio de bienestar social porque de otra forma podría conducir a la anomia, un estadio psicológico semejante a un estadio vegetal, que no es aceptado por nuestra condición de vinculación a la vida gregaria. Así las cosas, no existe en el concepto durkheimiano relación de antagonismos entre las tres instancias, demostrando que son muy independientes, cada cual con su campo de inferencias y necesidades de intervención directa o indirecta.

La vida en sociedad creó necesidades que antes no se hacían presentes en la psiquis del individuo; por lo tanto, no se perjudicaba su economía mental, vivía feliz sin ellas hasta el momento en que aparecen y se tornan parte de su cultura, siendo transmitidas a las generaciones futuras como parte de algo que siempre estuvo allí a la espera de una aceptación como hecho dado. Uno de estos elementos, que fueron incorporados al sistema psíquico humano a partir del proceso de civilización, fue el deseo de reconocimiento por sus pares más próximos, aquellos que forman un círculo en torno a él y que pueden ser llamados "colectivo". Se toma este concepto de Anton Makarenko (1957), que lo clasificaba como un grupo pequeño, circunscripto. En este entendimiento del pedagogo ucraniano,

este grupo podría dar al individuo adolescente algún empoderamiento espiritual por medio del cual él podría volverse mejor, reconociéndose en su totalidad como ser humano. Existe un elemento que representa el eje centralizador que caracteriza la manutención de tales grupos; este es el vínculo afectivo que se crea entre sus miembros, consecuentemente el *leitmotiv* sería el deseo de superación y aceptación como un hombre de valor para sus coetáneos. Esta conceptualización de colectivo y toda la creencia en la bondad espontánea del género humano sigue una idea pedagógico-sociológica fundamentada sobre bases románticas rousseauianas que pueden tener un funcionamiento efectivo cuando se está trabajando procesos educativos con niños y chicos que ya vienen de hogares donde sus padres siguen los principios éticos democráticos y estos fueron disciplinados a seguir los mismos pasos que ellos.

De forma contraria, niños pertenecientes a hogares ya destrozados por la violencia de todos los tipos, como los abusos físicos, el alcohol, las drogas y el divorcio, no tienden a buscar apoyo en buenas compañías, sino que buscan construir formas violentas de fortalecimiento; lo peor de estas uniones es que los iguales suelen atraerse y, un grupo de sádicos violentos reunido tenderá a producir los peores baños de sangre y nada de esto hará la menor diferencia en sus sentimientos para con el dolor de los parientes de las víctimas o con estas mismas. El colectivo tiene el poder de destruir todo, y cualquier sentido de medida de las consecuencias, será tomado como si las mismas simplemente no existiesen.

Esto prueba que el colectivo ejerce un poder absurdo sobre la mente de las personas, destrozando su capacidad de razonar y reflexionar; además, deja la impresión de que la única cosa que comanda la voluntad es el más poderoso instinto sádico y de búsqueda de felicidad, sin importar más nada. Siempre que cualquier episodio de este tipo venga a su mente será recordado como una aventura en favor de la liberación y de combate a la tiranía. Es un mensaje impregnado en la memoria del adolescente: le dice que combate un mal que de no ser extirpado, provocará insatisfacción a muchas otras personas.

Esta es una lectura *a posteriori*, porque en el momento de la acción no hay ningún sentimiento más allá de satisfacción, ansia de provocar dolor y una sensación de placer que se aproxima a un éxtasis, la manifestación de una fuerza arcaica reprimida que encuentra libertad cuando está en medio de otros. Es como si el colectivo tuviese el poder de aflojar las cadenas morales del individuo, imposibilitadas así de mantenerlo dentro de límites. Como estamos hablando de criaturas que ya no poseen sensor moral ni ningún parámetro de valor positivo en el que se vea reflejado y se identifique; este se ve reflejado en bandidos clásicos de la historia, del mismo modo como son retratados los personajes infanto-juveniles de la obra *Capitanes de Arena* (1980), del escritor brasileño Jorge Amado (1912-2001).

Existe todo un conjunto de tesis para decir que tales comportamientos de estos niños, chicos y adolescentes son la forma que encuentran para mostrar su indignación por sus condiciones de abandono y de miseria social, representando un grito contra la inercia del poder público. Tales discursos solamente favorecen el surgimiento de creencias que ayudan a alimentar la idea romántica de que el colectivo está siempre trabajando por la promoción de la libertad de expresión y del combate al conservadurismo opresor y contra la preservación del *statu quo*.

Así que, ¿dónde se encuentra el sentido de amor y belleza en tales actos, promovidos por estos colectivos?, ¿dónde se encuentra la libertad de la que tanto alardean? Tomando la concepción de Juan Jacobo Rousseau (1712-1778), expresado en su obra *Confesiones* (1948), estos individuos son más esclavos que aquellos que están bajo hierros, porque son obligados a practicar la violencia para sentirse señores, para reconocerse unos a otros como individuos de derecho.

Esta es la lógica que impera entre los componentes de colectivos marginales. Existe en el conjunto de bases psicológicas e ideológicas todo este aparato motivacional que conduce a los integrantes a seguir los principios que son dictados por la organización que acaba por transformarse en un valor absoluto, siendo cuestionado solamente cuando no confiere el debido reconocimiento al que el individuo aspira ser merecedor a través de determinadas acciones delictivas. En muy poco tiempo, se pasa a creer que aquello es una verdad, un acto normal sin mayores consecuencias, o sea, el espíritu del miembro se va acostumbrando a toda la conformación, normas y exigencias. De esta manera, se tiene que el chico salió de la condición de anomía: sin embargo, no llegó a la condición de autonomía, siendo esclavizado por métodos de manipulación obsesivos que los confinan en una condición de heteronomía; en consecuencia, debe ser de esta manera para toda la vida porque no consigue vivir como individuo autónomo, no fue educado para actuar así en la vida y el grupo refuerza tal situación por medio de lavado cerebral y condicionamiento del comportamiento.

A partir de lo anterior, es claro que el colectivo ejerce un poder extremadamente coercitivo sobre sus miembros y nada se puede hacer para cambiar esto y, lo peor de todo, es que adentro de un agrupamiento de delincuentes las exigencias son impuestas por fuerza para garantizar el espíritu y el principio ideológico del mismo que conducen a los adolescentes a cometer infracciones cada vez de mayor impacto, creando más dificultades para que puedan desvincularse. Cada colectivo, en particular, irá a exigir de sus coetáneos que sea productivo con el mismo porque llega cierto momento en que este gana existencia (*casi*) propia y a la medida que esto ocurre, en sentido opuesto, aparece un debilitamiento o de la voluntad y del control de la personalidad individual; de manera que este individuo, inscrito en un colectivo, poco a poco pierde su identidad y su yoidad —que ya no eran muy

sólidas— para ceder a este conjunto de ideas subversivas que están aglomeradas en torno a un propósito, muchas veces, completamente oscuro a los miembros de menor escalón. Cuando se descubren como mano de obra al servicio de los intereses de unos pocos no hay forma de rebelarse porque fue el grupo quien le proporcionó una identidad social, cosa que no pasa sin cobranza por parte del colectivo una vez que este se supone señor de todo aquello que fue adquirido por el adolescente; como no hay posibilidad de devolver la identidad, el coraje, el nombre, el conocimiento de las cosas y de los mecanismos de acción, el precio se eleva y, como resultado, muchos son exterminados al no conseguir huir. A pesar de toda esta violencia fortuita, estos contingentes de infractores no paran de atraer nuevos adolescentes en búsqueda del sueño dorado de ser poderosos y ricos: llegan a ser reconocido por todos a su vuelta como un hombre de respeto, temido por sus enemigos. En sus fantasías psicopatológicas todo sigue un camino rectilíneo y nada se desvía de sus planes originales. El ansia de poder que quema en el espíritu de estos niños-adolescentes puede ser mirado en sus ojos cargados de odio contra todos a los que dirija una mirada.

Este sentimiento expresado por los chicos, interpretado como odio, es una expresión del miedo que sienten de ser privados de todo su poder, porque a pesar de ser neuróticos y psicópatas, no son desprovistos del mínimo de inteligencia y saben muy bien que están en conflicto con los valores sociales constituidos. No obstante, no hay la menor relación de empatía con la justicia, pues esta es considerada por ellos como mala, ya que cuando actúa les priva de sus condiciones de empoderamiento y les impide alcanzar su *merecido statu* de reconocimiento por sus acciones. Esta es otra explicación para comprender el porqué los chicos delincuentes odian la policía. Ella tiene como principio mantener el orden, sin embargo, para los infractores lo que hace es impedir sus situaciones de goce; un goce cínico, siniestro, acompañado de una necesidad imperiosa de sentirse reconocido, mirado, respetado, símbolo de amor y odio.

En medio de toda esta coyuntura se va cristalizando el sentimiento de conformidad de la población con las situaciones que se repiten indefinidamente hasta el momento en que es tratada como algo normal, meras manifestaciones de los tiempos modernos. A medida que las personas de bien se van acostumbrando a la violencia simbólica de tales grupos, estos mismos van ganando fuerza y dominando el espacio donde el Estado se muestra poco eficiente, actuando como protectores, conquistando la confianza y la credibilidad de las comunidades locales, en un proceso criminal de virtualización de los derechos constitucionales que deberían ser garantizados y ejecutados por el Estado por medio de acciones policiales ostensivas y otros agentes de la justicia encargados de aplicar las leyes y sanciones, de acuerdo con la infracción cometida.

Fue creada, a lo largo de mucho tiempo, la creencia de que los colectivos marginales surgen como forma de ocupar un espacio abierto dejado por la inacción del Estado de Derecho. Si así fuese, ¿por qué están siempre reclutando chicos y chicas y adolescentes para hacer parte de tales movimientos? O sea, individuos con baja capacidad de análisis y entendimiento de las circunstancias políticas que mueven los más profundos y oscuros intereses. Generalmente, una condición para ser aceptado en estas pandillas es estar fuera de la escuela. Tal situación de vulnerabilidad no debería ser considerada en el proceso de reclutamiento, lo que ya deja transparente que el discurso es, más allá de mentiroso, doctrinador y engañador. Se desea mano de obra que atraerá pocas interrogaciones cuando sean descartados. Con el pasar del tiempo todos pasan a creer que todo este aparato comienza a ganar rumbos de verdad, porque la omisión del Estado tiende a crecer y a ser manipulada por individuos sin escrúpulos; las obras de caridad ejecutadas por los colectivos tienden, en contramano, a ganar expresión, conduciendo a toda la población a un silencio forzado, en primer grado, después de conveniencia, en un segundo momento. Así, el héroe para el niño pasa a ser aquello que es marginal, que es buena plaza, que ayuda a todos a combatir el hambre, el frío y promueve la seguridad. Hacer parte de su colectivo es sentirse realizado.

En el ámbito jurídico la expresión colectivo tiene un concepto formal, siendo construido y fundamentado en el puro interés de ser una organización poderosa que no admite interpretaciones de valor fuera de aquellas que son dirigidas por el comando de la pandilla. En este contexto, la fuerza del grupo se caracteriza y se fundamenta por medio de la negación de la afectividad entre los miembros y el leitmotiv en estos agrupamientos es la violencia explícita aplicada de manera ejemplar sobre aquellos que violan alguna regla, la menor que sea.

Esta condición de ferocidad con que son administrados los colectivos de delincuentes se debe a que sus deseos son volátiles y si así no se garantiza el control, todo se transforma en un tremendo desequilibrio, un caos que ninguna persona puede descifrar cómo va a terminar o qué rumbo tomará. No se puede ceder ante la idea cándida de que los grupos colaboran con el orden de niños salvajes que sueltos irían provocando más desorden, miedo y pavor en la población que bajo una disciplina que los mantiene centrados. Delincuente es delincuente en cualquier situación, su código de conducta y de honor no cambiará por medio de su sensor ético, porque esto es una cosa que no poseen. Ellos solamente conocen la fuerza bruta y el miedo. Son monstruos; y la única cosa que un monstruo respeta es otro monstruo más feroz que él. En poco tiempo subliman este miedo, convirtiéndolo en admiración y respeto, pero, en las bases hay algo más perverso que es la voluntad de substituir al comandante por la figura de represión que representaba el padre; esta fue transmutada para este objeto simbólico. Otra cosa más atemorizante es que demostrar

miedo por los jefes es un peligro desmedido, porque estos saben muy bien que un individuo poseído por miedo es capaz de agredir y matar, por precaución y forma de preservar su propia vida.

El entendimiento de los elementos que consiguen servir de eje de articulación dentro de un colectivo, se hace sumamente relevante porque permite aproximarse a una comprensión sobre cómo se consigue sobrevivir en medio de un ambiente donde no hay un vínculo afectivo ajustado a los moldes conocidos por la sociedad de bien. La relación de vivencia y de convivencia interna de estos grupos son muy desequilibradas, pues es un conjunto de personas en búsqueda de algo que no conocen realmente, sino que sienten; esto se debe a que no recibieron una preparación que les permitiera vivir y convivir de modo auténtico y autónomo, no tuvieron ningún tipo de orientación disciplinar.

Este tipo de deformación es un componente esencial para el reclutamiento de nuevos miembros para los colectivos de delinquentes. Sin una dirección preliminar, aquella que les es enseñada será aprehendida como la verdadera, hecho que colabora en el proceso de adoctrinamiento, ya que que no hay nada con que puedan contestar a los valores insertados por los marginales de carrera. Exigen un cuidado muy amplio por parte de la pandilla porque como son chicos sin una cuna que les garantice un soporte afectivo no son capaces de construir lazos con ninguna persona, estando siempre en la zona oscura de un sentimiento desconocido, es decir, no son confiables, bajo ninguna hipótesis. Esta sensación de desconfianza, de un lado, y de inseguridad, del otro, son causas constantes de conflictos sangrientos dentro de los colectivos; estos terminan con muertes prematuras inconsecuentes de muchos chicos. Muchas ocurren por motivos fútiles como envidia, celos, miedo de ser preferido en la ascensión a las cadenas mayores de comando en favor de otro que ha demostrado mayor eficiencia en los trabajos de campo, deudas, hurtos, vicios y substitución sumaria.

Así que, la búsqueda por el reconocimiento colectivo por adolescentes infractores es una condición muy desequilibrada porque, al mismo tiempo en que es un deseo latente que tiene ansia por expresarse, el adolescente vive bajo el miedo de que este deseo sea mal interpretado por sus compañeros que están en posición de comando o por encima de ellos en la jerarquía. Esto genera sentimientos de aprensión y como no conoce la diferencia entre una inseguridad repentina y un miedo caracterizado, tal situación lo conduce a pensar en tomar actitudes drásticas. Esto produce climas austeros que imposibilitan, de manera definitiva, la convivencia entre los coetáneos.

El colectivo no es un espacio pedagógico; no se puede crear la idea romántica de que allí el adolescente que no experimentó ningún principio de formación moral de parte de sus familiares, que jamás fue acogido por sentimientos de amor, afecto, relevancia para sus padres y hermanos, po-

drá encontrar tales elementos intangibles junto a otros que, igual o peor que él, aprendieron solamente a sobrevivir por medio del uso de la fuerza bruta desmedida sobre sus adversarios, reales o imaginarios.

Esto prueba que se unieron atraídos por las desgracias comunes; en sus condiciones más mediocres de intelectualidad, saben con transparencia que no hay nada de bueno o reconfortante que puedan venir a aprender en medio de tales personas. Sin embargo, el discurso libertador (*sic*) elaborado por la izquierda puso a todos bajo la condición de oprimidos y alardeó que todas las oportunidades viables, garantizadas por ley para todos, fueron cercenadas a estos individuos, de manera que ellos deberían conseguirlas por medio del uso de la fuerza bruta y desmedida. De esta manera, tales grupos se continúan a proliferando y las familias no los apoyan; no obstante, hacen vistas gordas de sus existencias y actitudes.

El Estado se ha tornado cada vez más impotente ante estos colectivos porque, para empeorar, la escuela y todo su séquito de agentes esclarecidos (*sic*) (profesores, maestros, directivos) han adoptado la ley del silencio cuando en su presencia se dan las charlas entre los estudiantes y no intervienen; o cuando ejercen influencia sobre la formación de tales conjuntos de trombillas, exaltando la postura de liderazgo de algún alumno mismo y percibiendo que las intenciones no son la práctica de actitudes morales que puedan conducir a la legitimación de la democracia. En este aspecto son culpables por omisión.

El simple acto de desear obtener reconocimiento del grupo en el que convivió, por medio de un imperativo inconsciente neurótico ya puede ser caracterizado como una enfermedad mental grave; este tipo de individuo no se encuentra entre los más fuertes, por tanto, su condición de necesidad de la mirada ajena es una respuesta a su miedo intrínseco de no alcanzar espacio entre la naturaleza y crecer. viene a ser nada más que un objeto condenado a vivir al margen de la existencia social.

Este miedo inconsciente se transforma en miedo inconsecuente, haciendo que el chico se vuelva un objeto altamente manipulable para sus comandantes, toda vez que él está dispuesto a hacer cualquier cosa para ser miembro reconocido dentro del colectivo. Tal actitud lo condiciona a ser un mero objeto que se usa y después de desgastado, sin utilidad, dejar fuera y como forma de manipular la fidelidad y el compromiso de trabajo con el grupo una y otra vez alguien es eliminado, bajo la mirada de todos, bajo acusación de algún tipo o porque no estaba produciendo lo suficiente, como por ejemplo, haber fallado en alguna misión considerada importante. Otras veces, esto es hecho como forma de demostración de la personalidad inflexible e inexorable del comandante de la pandilla; un aviso para aquellos que estaban pensando o que, en algún momento, podrían venir a pensar en atentar contra la autoridad suprema del colectivo.

Por esto afirmamos que el colectivo no es un espacio característico de promoción de libertad, más bien de extrema opresión y presión psicológica en donde todos son manipulados bajo una distorsión de toda la capacidad de control mental del individuo. En muy poco tiempo, el *aprendiz de trombilla* es una figura peligrosa no desde el punto de vista de la potencialidad de agredir físicamente a las personas; sin embargo, sí de ejercer dominio sobre sus mentes, utilizando sus propias condiciones de miedo y pánico. Fue transformado en un sociópata, y para llegar a ser un psicópata el paso siguiente es la acción continua de aplicación de sus estrategias de intimidación, ampliando con el pasar del tiempo el círculo vicioso de leyendas que cada vez que son recontadas se enriquecen con nuevos componentes de crueldad y de poder, porque la sociedad floja y cobarde se alimenta espiritualmente con toda esta manifestación empírica de violencia gratuita. El colectivo de marginales y sus ataques en bandos permite que la melancolía que el hombre civilizado guarda de sus días como criatura salvaje sea satisfecha. El psicópata alimenta el deseo reprimido de todo ser fuerte, independiente, macho y superior.

Entre los grupos de delinquentes, aquellos que son novatos en el medio deben demostrar que tienen talento para las cosas nefastas, exigiéndoles que hagan cosas que desafíen la audacia y el coraje, pero, en tales acciones están siempre acompañados por un observador, alguien mayor que él, que hará una relatoría al jefe inmediato acerca del desempeño del candidato. Este primer contacto con las organizaciones no dicen que esté en condiciones de ser reconocido como un miembro, solamente que está en situación de ser aceptado o no en el grupo que más tarde podrá llamar el colectivo.

Esta es una condición muy estresante para el neófito porque no sabe en qué medida debe actuar con más o menos agresividad; entre los grupos de marginales existe todo un equilibrio de fuerzas a ser impuesta, siendo, de una manera esdrújula y un tanto misteriosa, necesario el control del estadio de sadismo que toma cuenta de estos adolescentes cuando en sus bandos actúan contra sus víctimas indefensas. Este respeto (*sic*) hacia las presas no es porque sean buenos o porque tengan alguna consciencia, misericordia, clemencia; la situación es que mucha violencia genera la atracción de las fuerzas policiales, acto que coloca los negocios en riesgo; la otra parte más siniestra es que la víctima debe ser abordada, siendo molestada en sus derechos de ir y venir bajo un entorno seguro, aun así, ser agradecida por no sufrir mayores daños.

Se trata de un entrenamiento militar con fines de implantar el terror absoluto, todo planeado para que pueda conquistar y violentar a la víctima; el adolescente que acaba de ser aceptado en el bando muestre lo que es poder, lo que es control y, como él es nada más que un analfabeto sin la menor capacidad de cualquier potencialidad de análisis sobre situaciones simples y complejas, toma aquello como una lección de amplio valor ca-

racterístico acerca de la personalidad humana, sus motivaciones, acciones y reacciones en situaciones de peligro extremo. Todo parece muy simple: es una demostración del poder del líder del colectivo sobre los neófitos; una vez que representa un grupo de enfermos mentales, el jefe descubre que debe mantener su autoridad mediante el respeto, la admiración y el reconocimiento de sus subordinados, además, él también necesita mantener su vanidad saludable, considerando que, como los otros, es un débil mental que encontró en la delincuencia una forma de sentirse bien.

En el momento en que sea admitido entre los compañeros, el individuo debemantener los anhelos de ascensión muy bien guardados, ya que esto puede ser comprendido por los superiores como una posible traición en algún momento futuro cuando ocurran las luchas por poder dentro de los colectivos. Así, el neófito, que se siente entusiasmado por hacer parte de un grupo que, de alguna forma, le confiere *statu* y seguridad debe ser entrenado por algún maestro para que se mantenga dentro de ciertos límites muy estrechos y peligrosos de ser rotos; en caso de que ocurra, la sentencia es la pena capital. Miedo y desconfianza son los únicos sentimientos reales dentro de los colectivos; detrás de toda aquella pose de *sujetos duros* hay un cobarde al extremo, que manda matar sus desafectos y sospechosos como forma de garantizar una vida sin fantasmas. Por tanto, sostener este deseo de ser reconocido por un colectivo de marginales delinquentes es una tarea dispendiosa desde el punto de vista económico psíquico para el adolescente, pues está siempre bajo el juicio de personas que viven con miedo de todo y de todos. Por este motivo, crean ritos de pasaje que desafían cada vez más la capacidad de control psicológico; es un absurdo difícil de imaginar porque ¿cómo que un individuo sin ninguna preparación psíquica consigue mantener una postura ante situaciones desafiantes que posibilitan el despertar del monstruo insano y hambriento que vive libre en su espíritu?

Es un desafío muy amplio para quien no conoce el elemento de que es víctima, porque desea ser reconocido por un grupo, por sus coetáneos, por un colectivo; sin embargo, no sabe qué es esto porque jamás lo presenció en su propia dimensión individual; tiene una idea a partir de lo que pudo presenciar en situaciones de convivencia con sus padres, amigos y otros en extrañas condiciones y ocasiones. El único sentimiento que conoce, con propiedad, es el menosprecio, luego, traduce, en su mente perturbada y caótica, que el reconocimiento sea lo contrario de todo lo que sufre; es obligado a sentir algo que está fuera de su esfera de comprensión psicológica y a interpretarlo como algo positivo, sin importar de dónde venga ni de quién proceda, mucho menos los intereses ocultos en toda esta panacea, porque el dolor de sentirse nadie, aprisionado en un vacío existencial, lleva al adolescente a buscar cualquier cosa que, de alguna manera, pueda rehenchir ese espacio ocioso que lo incomoda tanto. Siendo así, cualquier sentimiento ofrecido por este agrupamiento es aceptado como objeto de

valor, una especie de satisfacción cínica, una medida de afrontar la vida reglada, limitada al extremo, incapaz de proporcionar gloria, lujos y libertad.

Todos los que ingresan en el mundo de la criminalidad alimentan un gran sueño, que es el de ser *el jefe del grupo*; sin embargo, debe mantener este deseo oculto de sus compañeros, porque esto es de mal presagio y se debe a que dentro de los grupos criminales organizados o no, solo hay dos modos de ascensión al tope de comando de la cadena: por muerte al jefe en confrontación contra rivales o la policía o incluso por muerte natural. Esto dista del mundo real y todas estas posibilidades ocurren con poca frecuencia, debido a la gran cantidad de capos que son reclutados en todos los tiempos y enviados para hacer el trabajo sucio. Así, el individuo que anhela obtener reconocimiento del colectivo donde esté asociado debe poseer un nivel de educación y control sobre sus impulsos que extrapola sus condiciones de formación personal, porque, a pesar de que fue disciplinado, por su familia, la disciplina recibida no fue suficiente para que formase lazos afectivos con algún otro ser humano que lo haga mantenerse dentro de este espacio de respeto. De forma que la actuación dentro del grupo pasa a obedecer a criterios empíricos, concretos y no abstractos, a pesar de haber toda una propaganda ingeniosa y engañosa que busca crear una impresión de que existe un equilibrio natural entre los miembros, de respeto mutuo, como si las cadenas jerárquicas fuesen construcciones elaboradas por una fuerza sobrenatural para la cual todos deben obediencia incontestada.

Con todo esto se acrecienta la convivencia de toda la sociedad con el crimen organizado y en especial la simpatía que se deja nacer con relación a los menores infractores como si estos fuesen víctimas eternas de un sistema opresor. Podría hasta ser el momento en que fue reclutada por una pandilla y entrenada para fingir que es un producto de la desigualdad generada por la doctrina liberal económica. De ahí para adelante será siempre una figura maleante, inocua, incapaz de sentir cualquier tipo de sentimiento afectivo sincero por alguien, estando en alerta máxima, dispuesta a atacar toda vez que tenga oportunidad o que sea contrariada en sus ansias.

La condición más peligrosa dentro de todo esto es que como el adolescente no conoce lo que son sentimientos de afecto, de pertenecer a un grupo que lo dirija para el camino de otros sentimientos altruistas, él se acaba tornando, dentro del colectivo como una figura de manipulación obsesiva de los líderes, objeto de explotación, viviendo en condiciones de esclavitud, todo esto en nombre de ser mirado por algunos otros que son tan o más decrepitos que él mismo, y en este conjunto de cosas, termina insertado en un círculo vicioso en el cual no hay salida, una vez que se esté adentro porque a cada infracción cometida más parte del grupo se siente y más su sensor de enjuiciamiento acerca de las situaciones que lo involucra va siendo amortecido.

La coyuntura grupal permite que se despierte un sentimiento de fuerza irracional en que el fin justifica los medios, pero, ni el mismo chico involucrado es capaz de hacer tal lectura de sí y de sus actitudes. Es algo como si la bestia que reposaba en su espíritu tuviese licencia para cazar; las cadenas fueron abiertas lo que ayuda a explicar el porqué de muchos asesinatos adolescentes cuando rendidos no demuestran la menor señal de pesadumbre por sus crímenes, y aún se dicen inocentes o que no sabía lo que estaba haciendo. De una manera un tanto extraña, puede ser que él esté diciendo la verdad sobre su inocencia, sin embargo, cuestionarle si sintió placer durante su acto en el momento que su víctima agonizaba entre la vida y la muerte la respuesta tendrá asustar y causar ojeriza.

De la misma forma que el cazador salvaje se sentía en éxtasi [*casi tántrico*] al abatir su presa después de muchos días de persecución, sintiendo deseos de morderla en cuanto moría sintiéndose un súper hombre, poseído por deseos sexuales intensos, así es el chico que se acostumbra con la caza en la selva de piedra; los sentimientos expresados son de la misma intensidad y de la misma manera que el cazador monstruoso anda en bandos, porque la fiera es más robusta que él, los adolescentes también, porque solos y desarmados son unos maricones, no saben ni hablar derecho, son criaturas abandonadas a su propia suerte; no son nada. Los encuentros siguientes son para rememorar los gritos de socorro dados por la víctima, sus pedidos de misericordia; estas memorias son como los trofeos otrora exhibido en las paredes del hogar de un cazador de safari.

Motivado, impulsivamente, por tales historias su ansia de pertenecer a un colectivo llega a cegar al adolescente que pasa a sentirse como alguien y además alguien importante, que tiene poder y que puede cambiar su vida, ahora que está como miembro de un colectivo que le confiere soporte psicológico. Esta es la creencia más absurda que domina la mente del individuo, ofuscando un entendimiento real sobre quién es, de facto, y cuál es su destino de ahí para adelante. Para él nada de esto tiene sentido porque no fue dotado con la capacidad de pensar abstractamente, no reflexiona sobre sus actitudes porque no hace planes para el futuro; el pasado es una zona oscura que prefiere negar y el porvenir es tan incierto cuando su existencia entera siempre fue; de manera que solo existe el hoy, el momento presente que debe ser disfrutado y vivido en su máxima plenitud.

Esta posibilidad de todo poder, de no haber límites para satisfacción de los deseos funciona como una condición muy seductora que posee un doble sentido: atraer nuevos aspirantes para el grupo y, al mismo tiempo, esconder las verdaderas intenciones de los miembros que son nada más que explotar la fuerza de trabajo y la inimputabilidad criminológica que les es garantizada por la ley. Esto se caracteriza como la peor forma de abuso contra la infancia ya practicada en toda la historia de la humanidad; transformar niños y niñas en piezas de maquinaciones crueles con fines

de proporcionar garantías de lujo y lujuria, en nombre de reconocimiento. Por esto es que cuando estos infelices descubren que por toda su vida no fueron nada más que objeto de explotación, que sus admiradores y líderes no son mejores ni peores que el sistema carnicero que juzgaban combatir se transformaran en criaturas terriblemente desmedidas en sus acciones, verdaderos suicidas insanos. Esto ocurre porque en su último reducto de salvación solamente encontró miseria y desolación espiritual, dejándolo inerte en medio del vacío, al nada, sin una dirección, sin una referencia.

En esta rama, que se tornó en un negocio, los individuos son descartados después de determinado tiempo de uso, como se hace con una pieza usada que no sirve para más nada. Hacer parte del colectivo no es garantía de ser parte del mismo. Sin preparación psicológica para vivir aislado terminan sus carreras como viciados incorregibles, abandonados a su propia suerte o al azar de la vida, porque ni los mismos familiares los aceptan de vuelta al hogar ni tampoco los socorren. Porque el deseo más profundo de sus parentelas era que hubiese muerto o que no hubiera nacido.

Cuando los adolescentes demuestran el deseos de hacer parte de un determinado grupo de delincuentes, esto parece ser una decisión muy personal y autónoma, facto que engaña a los menos preparados para comprender cómo funciona la mentalidad administrativa moderna del mundo del crimen. Estos que desean hacer algo para ser reconocidos como criaturas importantes ya están siendo observados por aliciadores de menores, conduciéndolos para un extracto del mundo que solo conoce un camino, que es aquello de ida, porque no hay vuelta y tal cosa ocurre no porque hay los juramentos, las decisiones y otras cosas más; es porque la condición de adrenalina y endorfina producidas son algo que conduce al joven al éxtasis, a un estadio de espíritu para más allá del supra normal, una sensación de poder alucinógeno en que él mismo se mira reconocido por todos como un individuo muy poderoso. Y junto con esto hay todo un complejo arrodillamiento en torno del neófito para que sus fronteras mentales sean derribadas y él ya comience, desde muy temprano, a creer que es quien cree que es, porque este era su destino.

Esta es una parte de la psicología del adolescente que el submundo aprendió a explotar con mucha pericia y audacia. Las familias motivadas por una nostalgia de un tiempo político diferente en que los jóvenes comenzaban a trabajar desde edad muy temprana y confrontados por un momento en que las leyes protegen la infancia y la adolescencia de la explotación del trabajo esclavo, y junto con esta medida protectora impide, también, que el niño y el muchacho realicen labores que podrían ayudarles a crear gusto y un vínculo por una profesión decente permitiendo nacer y producir doctrina corporal junto con responsabilidad social, se pierden en el momento de motivar a los hijos a buscar recursos con fines de ayudar en la manutención de la casa y del sustento de los hermanos menores;

haciendo analogía entre estos dos momentos históricos, la conclusión a la que llegan es que los adolescentes y los jóvenes modernos son perezosos, sin una visión de futuro, acomodados, por tanto, no merecen respeto por parte de los adultos, no los reconocen como sujetos de derecho. No miden las consecuencias de tales acciones y palabras sobre el espíritu de sus hijos que no tienen ninguna culpa, por menor que sea, si los políticos de su tiempo modificaron las leyes, ampliando sus derechos, con esto, confiriéndoles oportunidades que no tuvieron a sus padres en sus respectivos momentos de infancia, adolescencia y juventud. El problema surge porque es, exactamente, en este espacio abierto en la estructura social ideológica que los reclutadores de nuevos soldados para las fuerzas de la delincuencia van a actuar con más persistencia. No llegan ni hacer fuerza excesiva para atraer tales víctimas inocentes para los mundos del tráfico, de la prostitución y de la violencia porque como en estos nichos la vigilancia de protección a los derechos conferidos a la infancia y adolescencia no actúa, no hay ningún impedimento legal, ni sanción para quien los recluta porque una vez capturados por las fuerzas de control policial quien irá a responder por los delitos y/o crímenes es quien esté practicándolos, no su incitador o jefe inmediato de la cadena.

Esta violencia planeada contra los chicos en condiciones de abandono familiar y vulnerabilidad social va creando un círculo vicioso de criminalidad en que los adolescentes llegan a las prisiones como batidores de carteras, acusados de pequeños hurtos y retornan después de cumplir su pena socioeducativa como ladrones profesionales que, a cada regreso al mundo del crimen y al mundo de la prisión, respectivamente, se tornan más y más peligrosos para la sociedad, ya que la formación que reciben, de facto, dentro de los centros es la de sociopatía, de bandidaje superior. Las niñas son desfloradas, precozmente, por los jefes de los colectivos y no demoran mucho para quedar embarazadas, dando origen a más de un delincuente, que dadas las condiciones y situaciones socio familiares de abandono que lo aguarda, será meramente, uno más para el mundo de la criminalidad.

Todo el esquema funciona como una gran red, una mafia, en donde las personas se lucran con ganancias exorbitantes gracias a la delincuencia juvenil y todo su ciclo vergonzoso de manutención por medio de producción de nuevos miserables sociales que serán en el futuro reclutados por las cuadrillas cada vez más organizadas y perversas en sus actuaciones sobre los niños, niñas y adolescentes. No existen el menor grado de escrúpulos entre aquellos que están a comandar estos colectivos, todos los muchachos y muchachas son objetos, cosas con plazos de validez que, una vez alcanzado su tiempo de utilización, serán descartados, no teniendo como responder en contrario; el descarte es automático, siendo substituido por alguien en mejores condiciones de atender a las necesidades económicas del grupo. Esto genera un estadio de ansiedad absurdo en los chicos porque jamás saben cuándo están produciendo el mínimo nece-

sario exigido para su manutención en el colectivo. Es una *ruleta rusa*, los ponen bajo una presión excéntrica que es transferida para la población que se torna, indirectamente, víctima de tales sistemas opresores.

La adolescencia, por sí sola, ya presenta conflictos de orden psicológico con relación al cuerpo, al poder de acción y a las limitaciones impuestas por los mayores; todo adolescente cree, ciegamente, que su proyecto de vida es capaz de revolucionar todo el contexto en que esté involucrado. Este sentimiento complejo de superioridad es para enmascarar un sentimiento complejo y vergonzoso de inferioridad, de inutilidad. Generalmente, se siente como una pieza fina no utilizada, hecho que hace surgir la revuelta y la indignación por parte de estos individuos. Es en estos momentos de conflicto con el mundo exterior, estos que jamás resuelve que acaban por interiorizar la idea de que es imprestable, así que, inician actitudes de agresión contra sí mismo, una vez que no tiene utilidad para nadie.

Estas criaturas depresivas terminan siendo presas fáciles para hacer parte de colectivos de delincuentes, porque están en búsqueda de un sentido para sus vidas, no son chicos desolados, pertenecen a otro grupo de individuos que poseen familias estructuradas, bien formadas, estudian en buenas escuelas, viven en buenos barrios, con buena vecindad. Su principal problema se encuentra en su autoestima que es baja, llegando a proximidades muy peligrosas de depresión y sus padres no lo perciben, porque creen que la vida buena y confortable que condiciona a sus hijos es suficiente para que sean personas felices y realizadas emocionalmente.

El colectivo familiar debería ser mucho más poderoso que cualquier otro grupo fuera de este círculo, siendo capaz de proporcionar toda la expectativa y fuerza necesarias para el desarrollo normal de los chicos. Infelizmente, no es esto que se ha tenido la oportunidad de asistir; cada vez más hijos y padres se tornan personas extrañas, distantes bajo el perfil afectivo y cuanto más se adelgaza el colectivo familiar más se fortalece el colectivo de pandillas con sus propuestas osadas, milagrosas, llenas de ideales libertarios, todo un aparato que encanta por todas las posibilidades que son presentadas.

Cuando un muchacho es aceptado como miembro de un determinado colectivo tiene en su mente la idea fija de probar a un ser imaginario que es capaz de hacer revoluciones y desea, en mayor grado, probar a aquellos que lo detraeraron que es un hombre de mucho poder y potencialidades. Surge, en este momento, el prototipo del futuro monstruo para la sociedad, porque en su mente psicótica no hay nada que pueda hacer que supere o elimine de su memoria las palabras de aquellos que no le confirieron el debido reconocimiento. Esta ansia será siempre un objetivo utópico, imposible de ser alcanzado y además superado por la mente doliente del adolescente, hecho que conduce a un estadio cada vez más avanzado de acciones delictuosas y/o criminosas.

A medida que comete pequeños delitos y consigue salir sin ser capturado comienza a creer que es muy bueno en sus acciones; con el tiempo pasa a cometer crímenes cada vez más graves y de mayor impacto en la sociedad. Todo esto se va transformando en aventuras, algo que se realiza por no tener un quehacer, una manera de rehenchir el tiempo ocioso; en un periodo, relativamente corto, las actitudes se van metamorfoseando en estilo de vida que se caracteriza, *a posteriori*, en necesidad para sentirse bien y realizado.

6. CONCLUSIONES

La existencia de tales colectivos de delincuentes condenó todo el trabajo educativo, político y cultural a una oscuridad sin precedentes en donde los valores promulgados por ellos son más atractivos, desde el punto de vista de vivir el momento presente. La postura moral es lanzada por tierra, simplemente, con el intento de atraer niños y niñas que no son más que presas fáciles capturadas en telarañas, después de que son insertados, toda una realidad cruda y perversa es presentada, y la más ínfima actitud de confrontación con la ley establecida es interpretada como una falta de respeto punible con punición ejemplar, para que otros no sigan el ejemplo y en poco tiempo sea costumbre. No hay libertad, y el reconocimiento que tanto fantaseaba es un producto proporcional al desempeño entre sus coetáneos. Ahora bien, ¿qué factores cognitivos e intelectuales llevan a conducir a los adolescentes a este tipo de infierno existencial?. La omisión de la sociedad tiene representado uno de los peores elixires para que los colectivos de delincuentes ganen fuerza y se amplíen. La vida es cada vez reducida a ambientes virtuales en que las personas enmascaran sus existencias llenándolas con flores y caprichos psicóticos que contribuyen para que todo este estadio de degeneración humana se torne el más real posible. Con esto, la sociedad y las personas, individualmente, tienen perdido sus identidades, facto que los impulsa a buscar una imagen de equilibrio en cualquier pedazo de espejo roto. Luego, si la sociedad y los adultos que son el espejo en el cual la juventud busca mirarse, se encuentra roto o sin una textura poderosa, su destino es perder potencia para otros grupos subterráneos que demuestren tener tales calidades tan necesarias para la formación de la personalidad adolescente.

El deseo de ser reconocido por un grupo hace que el individuo abdique de sus valores personales más fuertes, como por ejemplo, su identidad individual, al menos en apariencia, solamente para ser parte de un todo que, en muchos casos, no hace nada más que explotarlo hasta el límite de sus fuerzas. Sin embargo, permanece vinculado a tales usurpadores motivado por una creencia vacía de que es admirado por el jefe, un tipo oscuro de transferencia del padre sanguíneo para este individuo que es colocado como un sucedáneo de Dios-Padre.

Una vez que la personalidad del adolescente haya sido contaminada por los valores antípodos del colectivo, de allí en adelante solamente sufrirá

deformaciones en su carácter, en donde sus códigos son la depreciación y la depravación de los sistemas de protección a los ciudadanos de derecho. Cuanto más se mira en la figura del jefe del colectivo más perverso se va tornando, guiado por una ética que no es capaz de conducirlo a los caminos de justicia y de la verdad. Si no era nadie antes de ingresar al grupo, ahora mismo es quien perdió su chance de tornarse alguien, porque nada que sea propuesto por sus coetáneos tiene la menor posibilidad de proporcionarle estructura cognitiva e intelectual para subsidiarle en la construcción de su personalidad individual. Un colectivo de delincuentes será siempre un colectivo de marginales, ningún proceso de abultamiento de la inteligencia ocurre a partir de la convivencia entre estos seres, solamente el rebajamiento del sensor moral y la calificación como personas.

Una vez admitido dentro del grupo, el neófito tiene que batallar para alcanzar reconocimiento de sus compañeros criminales, tarea nada fácil, porque son actividades direccionadas que exigen sangre fría y audacia, cosa poco común a un ser humano, y que en tales acciones es cuando ocurren las tragedias de facto, porque la víctima sintiendo la hesitación y la impericia del agresor cree que puede actuar en contra y es en este momento que la traba moral se rompe teniendo como consecuencia la agresión fatal contra un inocente. En el grupo esto es mirado como un acto osado para alguien en su primera actuación en nivel de campo, lo que genera un surgimiento de respeto por él como alguien promisor dentro de la cuadrilla.

Este momento de ascensión es uno de los más peligrosos para aquellos que están llegando, ya que, al tiempo que genera admiración y respeto entre los más acostumbrados con la vivencia, origina celos en este mismo grupo, que pasa a mirarlo como una amenaza potencial directa; el mismo jefe supremo toma el cuidado de buscar respuestas entre sus subordinados más cercanos sobre el neófito, cuidando para que su ansiedad no conduzca a futuras creaciones de problemas directos como prisiones por descuido en las actuaciones delictuosas y mismo el sueño de venir a ser el jefe de la organización. Ocurre que dentro de las cuadrillas existen solamente dos sentimientos comunes entre los integrantes, el miedo y la desconfianza. Es un ambiente nefasto donde todos temen a todos y desconfían de todos, porque las formas de ascensión suceden por medio de violencia fortuita y traición. Además, ser reconocido por el jefe y por los demás miembros es carta asignada de que podrá substituirlo en el comando en cualquier momento, y hay personas allí que ya hacen parte del grupo desde hace mucho tiempo, esperando una oportunidad para asumir el comando.

Como las luchas internas no son motivadas y así mismo combatidas con extremada violencia y control riguroso, tal energía acaba siendo direccionada para el público común en que los ataques salvajes de los delincuentes acaban por tornarse leyendas, y entre estas asciende determinados niños que se van tornando conocidos por su brutalidad y terror utilizados

en sus actuaciones. Tales actitudes esconden envidia y disputa interna de grupos criminales compuestos por adolescentes en conflicto con sus mundos interiores, en búsqueda de reconocimiento de sus pares, también, delincuentes, pero, con carrera criminal, los cuales son tomados por estos individuos sin ningún mérito de formación personal como ejemplos de fuerza y carácter, o sea, ejemplos a ser seguidos. Un monstruo que se refleje en otro monstruo solamente puede venir a tornarse en algo tremendamente perturbado, incontrolable, lo que provoca innúmeros muertes dentro de los colectivos. El miedo que algunos adolescentes pasan a despertar en sus compañeros los lleva a asesinarlo, sin la menor piedad.

Cuanto más el adolescente se va distanciando de su familia más se va embreñado en el mundo de la criminalidad y de la delincuencia, siendo motivado cada vez más por sus compañeros de cuadrilla, tornándose más violento, más sádico, siempre buscando desafíos que lo hagan parecer superior a los ojos de todos. En muchos casos las familias hacen uso de la hipocresía, no importándoles de dónde sus y de qué forma sus hijos consiguen los bienes que traen para sus hogares, diciendo solamente que sus hijos son muy buenos y caritativos, ayudando con los gastos familiares con grandes cuantías de dinero y otros productos oriundos de su trabajo, pero, no revela qué trabajo milagroso es este.

La cosa se agrava aún más cuando el adolescente siente que pasa a ser reconocido por sus familiares en la medida en que los abastece materialmente, sin importar de donde venga. Esto crea una sensación de angustia en el individuo cuando aún llegue a poseer un mínimo de carácter, pero, al paso que el tiempo va adelantando su consciencia, va siendo adormecida y sus actividades inmorales se van tornando parte de una rutina de vida. Hubo una cristalización de su carácter que pasó a ser movido por su ego que, cuanto más estuvo satisfecho en su necesidad neurótica de reconocimiento más se adormeció su consciencia ética, tornando las dimensiones entre aquello que es cierto y aquello que es errado como una línea ficticia, no existente en su ámbito de valor.

El colectivo marginal priva a sus miembros de una de las mayores conquistas éticas de la humanidad que es la posibilidad/necesidad de análisis de la propia vida, este examen que permite tener orgullo de las actitudes o vergüenza por los hechos, y de esta forma mejorarse o perfeccionarse como persona de derecho. Este impeditivo categórico es una herramienta de control absoluto sobre las mentes de los chicos que los prepara para la obediencia irrestricta. Para que algo tan poderoso sea alcanzado sin mucho esfuerzo bélico hay que destruir el pensamiento, la condición de cuestionamiento, el sentido crítico, transformándolos en masa de manobra. Esto queda evidente cuando estos chicos delincuentes son capturados por la fuerza policial y son interrogados sobre las motivaciones que los conducen a tales actitudes y responden con un sencillito *encogimiento de*

sus espaldas. En estos momentos no están mintiendo o escondiendo sus objetivos; están expresando sus mundos interiores tal y cual son, de facto.

Este deseo de ser reconocido por sus pares es un sentimiento que se pierde en las arenas del tiempo, habiendo surgido aún en un periodo en que las comunidades eran bien pequeñas y la batalla por la supervivencia un poco más compleja porque esta ocurría contra animales feroces y de gran porte, careciendo de estrategias de búsqueda y ataques muy bien planeados y coordinados. Luego, el hombre cazador no podría ir muy lejos; así que se une a otros como condición de garantizar su manutención en la lucha contra la naturaleza, de forma que tal sentimiento se fue tornando inconsciente, siendo agregado al estilo de vida las comunidades que se fueron tornando mayores y más populosas.

Cuando mencionamos este deseo inconsciente de reconocimiento característico como una enfermedad en los adolescentes y jóvenes de este siglo no es una cosa fortuita. La sociedad civilizada, teniendo como fundamento la igualdad de todos, destruyó barreras que, históricamente, eran útiles y necesarias para la conformación de procedimientos de aceptación de los menores en los círculos de los mayores, eran llamados ritos de pasaje. Muchos de estos rituales sobrevivieron hasta unos pocos años de nuestra era; sin embargo, fueron retirados de la vida pública porque algunos individuos, se diciendo bien intencionados, consideraron que tales actitudes-constituían selección de unos pocos en detrimento de la mayoría. Antropológicamente, tal condición democrática de igualar a todas las personas en derechos sin la práctica de ningún esfuerzo terminó por hacer con que la sociedad dejase de dirigir a las conquistas de los jóvenes un valor místico, supersticioso, tradicional, representando una pérdida considerable en la formación de la estructura psíquica personalógica de los jóvenes.

En nuestra sociedad occidental civilizada auto proclamada *pos moderna*, los adolescentes llegan a una edad avanzada sin una dirección sobre sus destinos y sin saber qué hacer con sus vidas futuras; ni siquiera se conocen a sí mismos, llegando al extremo de no sí miraren reconocidos en ningún otro ser de un árbol genealógica, que sea sus genitores o progenitores. Mucho se perdió a lo largo de la evolución y de la democratización de todos los procesos de vida en sociedad. Así mismo con todos los avances acerca del cerebro y de los procesos de formación y madurez psíquica del ser humano, todos los resultados fueron siendo aplicados con fines de promoción de grupos de anarquistas que la única cosa que hicieron fue distorsionar la naturaleza primitiva y cruda del hombre transformándolo en un doliente que no se conforma con su enfermedad porque se cree muy sabio, muy evolucionado y superior a todos los problemas que la naturaleza condena a sufrir a los seres vivos.

Con los avances de las ciencias médicas y psicológicas, fue posible alcanzar un entendimiento bastante amplio acerca del funcionamiento y desarrollo del cerebro humano y, esto solamente quiere decir que se conoce como funciona, no como funciona, de facto, dentro de la cabeza de cada ser independiente. La Sociología, utilizando procedimientos de análisis comportamentales de los grupos urbanos, cruzando sus conclusiones con los resultados de estudios realizados en medio de grupos alejados de la civilización puede llegar a relevantes deducciones sobre los principios que reglen a los individuos. Con esto, desafortunadamente, cometieron el error de considerar que la sociedad civilizada, creó costumbres que necesitaron de conceptos y restricciones a los modos de vida que representaban la buena salud psíquica de los chicos. El fracaso fue catastrófico porque quienes analizaron los resultados y los interpretaron fueron burócratas y otros especímenes, lo que condujo a un entendimiento de que el adolescente civilizado es infeliz y rebelde porque no tiene libertad, está bajo represión de un sistema patriarcal, retrogrado y opresor.

Bajo esta ideología crítico-libertadora, los grilletes fueron destruidos y la tan soñada libertad de pensamiento y de acción fue concedida a los adolescentes y jóvenes, que ahora pueden seguir sus destinos conforme siempre desearon. El problema surgió y se transformó en un grave contratiempo al conceder libertad y librarlos de la opresión, ya que, junto con la destitución de la condición de opresión a la cual estaban sometidos perdió, a su vez, la condición de protección a la cual tenían por derecho natural. Pasaron a ser portadores de una condición para la cual no estaban preparados porque, antropológicamente, no recibieron de la naturaleza tal preparación y en sentido contrario perdieron una condición que es esencial para una buena formación estructural. El resultado de toda esta panacea es una juventud enfermiza, caquética, sin una dirección personal, en búsqueda de algo que no sabe bien lo que es, porque no tuvieron educación, no fueron disciplinados, y ni sus cerebro son entrenados para ser independientes. Esto fue otro error de quien acreditó que, para ser felices, los jóvenes deberían ser independientes; no estaba hablando de conquistar independencia y sí de adquirir autonomía, estas que son cosas muy distintas, tanto semánticamente como desde el punto de vista integrativo práctico.

De todo este discurso libertario quienes más celebraron tal evolución del pensamiento fueron las familias que, con esto, entendieron que podrían tirar una carga pesada de sus espaldas, una vez que ahora sus hijos irían a seguir caminos escogidos por ellos mismos, no dependiendo más de sus padres a estar interfiriendo en las decisiones, porque serían suficientemente maduros para saber aquello que quieren o que no quieren, para discernir entre aquello que es bueno o malo. Tal posicionamiento de los padres condenó a sus hijos a un estadio de soledad sin precedentes, dejándolos sin un soporte que pudiese orientarlos en cómo actuar de manera autónoma y/o independiente, considerando que esta última condición es un acto insano de violencia contra los chicos adolescentes.

Desprovistos de esta autoridad parental quedaron sin un referente que pudiese garantizarles substancia personológica, haciendo nacer una generación completamente perdida y sin saber qué hacer de sus vidas; no saben de dónde vinieron, sus raíces ideológicas, en especial, son oscuras siendo alimentadas con historias surrealistas, fantasiosas [*para no decir esquizofrénicas*] de victorias sobre autoridades competentes; no saben quiénes son, sin un perfil de identidad; no saben dónde están, no poseen sentimientos de pertenencia con su tiempo y espacio; ni saben para dónde caminar, careciendo de una visión de futuro; o sea, una vez se entreguen a sí mismos, son como ciegos con lamparillas; no les sirven de nada. Esta es una aproximación a la problemática que ha contribuido a la conducción de los adolescentes hacia el mundo de la delincuencia, esto como forma de obtener el reconocimiento de la sociedad. Esta creencia es un engodo contado por un agente manipulador que los hace creer que son poderosos; no obstante, son aislados de las oportunidades por una élite que debería reconocerlos y, una vez que esto no ocurra por el camino del bien debe hacerse por el camino del mal; lo que importa, de facto es que haga, porque tal condición es un derecho suyo, que está siendo negado, por tanto, debe ser rescatado.

Lamentablemente, como no tuvieron ninguna orientación de cómo proceder ante la vida, las dificultades que son inherentes a la vida de todos, agregado al factor de que ningún reconocimiento viene sin una buena dosis de trabajo arduo y un largo espacio de tiempo, estos adolescentes actúan en favor de la satisfacción inmediata de sus deseos, sin importar con las consecuencias inmediatas y directas que puedan tener sobre sí. Este es el estadio deplorable al que la sociedad moderna está conduciendo a sus jóvenes en nombre del empoderamiento, la libertad de pensamiento, la libertad de expresión y de una existencia vivida en su plenitud, y además, es una existencia ausente de cualquier tipo de sanción, fundamentada en el clásico dominio absoluto de la anarquía.

Así que, se tiene una gran paradoja al tratar tal asunto que involucra el deseo de reconocimiento colectivo porque, al comenzar esto que llamo aquí *deseo*, como si fuese una condición autónoma del individuo adolescente es, de facto, una necesidad del género humano, un sentimiento tan primitivo y tan poderoso que es capaz de llevar buenos chicos a buscar apoyo en grupos extraños. Y, en secuencia, se tiene la otra parte del valor que es la de que el colectivo de delincuentes tiene duras reglas para quien ingresa en su medio, debiendo ser respetadas bajo pena de severas sanciones, en casos de transgresión, o simplemente de no obediencia estricta a las mismas. Esto, por sí solo, ya coloca abajo la idea preconcebida de que el chico adolescente no quiere respetar el orden, porque si así fuese no seguiría el regimiento del colectivo de marginales. Con esto surge una cuestión difícil de responder, pero que abre precedentes para análisis y futuras interpretaciones: ¿Qué tiene de especial el colectivo que hace que los chicos y chicas sigan los principios del mismo sin cuestionar? Es exactamente aquí que presento la paradoja, porque, si seguimos la *sabi-*

duría convencional, estaremos aptos para defender con extrema autoridad que está a huir de la autoridad parental que es opresora y represora; sin embargo, los códigos de conducta del colectivo son mucho más severos que aquellos adoptados por la familia y la sociedad; entonces, tenemos que pensar que, a medida que la autoridad parental se fue tornando floja, el instinto primitivo del adolescente tuvo que buscar en otro local y en otra figura alternativa esta autoridad austera, fuerte e imponente sobre sí, como si para formar y consolidar su personalidad tuviese que pasar por tal condición. Hay un punto en que, aunque la severidad del grupo sea más brutal que aquella aplicada por la familiar, el colectivo permite que el individuo haga cosas que sus padres jamás, en sana consciencia, jamás los permitirían. Siendo así, la confrontación entre los dos grupos no estaría en el campo de la autoridad, pero, sobre el valor de cada colectivo, en particular. Por más desequilibrada que sea una familia, los padres jamás permitirán que sus hijos insulten a los otros, en especial a los más débiles, no quedarán muy satisfechos si ellos manifiestan posturas sádicas, mucho menos que los chicos se tornen asesinos o prostitutas, pasando a vivir, en la más completa marginalidad social.

Siguiendo esta línea de pensamiento, parto de aquí para hacer una deducción: el deseo de reconocimiento siendo una necesidad biológica y antropológica inherente a la naturaleza humana, tiene que haber algo más poderoso formado a nivel de sistema límbico, una cosa que, una vez alcanzada va provocar un éxtasis místico, trascendental en el chico adolescente y tal elemento solamente puede ser el *deseo de potencia*. Esta voluntad de ser poderoso, no es solamente esto, pero, ser *El Todo Poderoso*, incuestionable en sus actitudes, tener a todos se enrodiando a sus mandos en franca obediencia incontestada es la cosa que parece incendiar el espíritu de los muchachos y muchachas con sensibles alteraciones de acuerdo con el género respectivo.

Es como el medio inconsecuente de alcanzar sus deseos más intrínsecos que se juega en tales aventuras, con una certeza psicótica de que nada puede estorbar su caminar en sentido de la realización de su satisfacción esquizopática. Generalmente, no alcanza tal cosa porque la concurrencia es muy grande, los medios para llegar allí son complejos y peligrosos, facto que hace que muchos desistan, otros sean eliminados y hay aquellos obstinados que desafían desde la suerte hasta la muerte para atingir sus objetivos, que en su cabeza es tratada como una jornada mesiánica; luego, tiene que ser atingida, cueste lo que cueste.

Tan luego alcance este poder que sueña tener para sí, el sacrificio y sumisión a una autoridad austera, opresora y represora estará representada en su memoria como un mero sacrificio que tuvo que enfrentar o hacer para llegar a un determinado fin. Esta comprensión de la mente del chico delincuente permite entender el porqué de su admiración por el jefe de la cuadrilla porque no está a vislumbrar y admirar únicamente el individuo

que allí se encuentra, antes está mirando el lugar donde desea estar. Este puede ser un motivo que ayude a explicar el porqué de que una vez se ingresa al mundo de la criminalidad no hay más salida; la ecuación no es tan simple, es el propio individuo que no lo deja porque su deseo no siempre es satisfecho y aun así fuese, habrá un problema un poco mayor que se trata de la manutención de tal *statu*, que igual que él, hay otros que están caminando en la misma línea de deseo oculto.

Entre el deseo y el poder hay una diferencia monstruosa cuando son analizados en cuanto a entidades que pueden proporcionar satisfacción. Con relación al deseo vale la máxima 'deseo satisfecho es igual a deseo instinto'. Podrá surgir otro en su lugar, pero, no más un deseo de ampliación de aquello mismo que acabó de ser sanado. Ya con relación al poder la cuestión es más grave porque el problema con el poder es que esto jamás es suficiente. El deseo de más poder tiende a crecer exponencialmente en la medida que va siendo conquistado.

Cuando el chico o la chica deciden hacer parte de un colectivo de delincentes su primer deseo es el de alcanzar reconocimiento de un grupo, un sentimiento relativamente simple que, con una buena dosis de acción y emprendimiento en un tiempo bastante corto ya estará satisfecho. Y, es en este intersticio de tiempo que, otro deseo más violento y que no puede ser sanado, comienza a demostrar sus fuerzas. Este otro, más agresivo y voraz tiende a dominar todas las satisfacciones, y el adolescente entra en un estadio de aceptación de que solamente será alguien realizado cuando alcance determinado puesto de comando dentro de la organización, de modo que, todo su estado de espíritu acaba siendo consumido por esta idea insana, llevándolo a cometer atrocidades hasta contra sus propios compañeros. Es en este punto exacto que nace en su espíritu un nuevo deseo de ser reconocido, ahora como jefe o como alguien que esté preparado para asumir el puesto deseado. Por tanto, tiene que realizar tareas que lo coloque en una posición de comando, actividades cada vez más osadas, que involucren grandes proporciones de peligro directo, pero, que obtenga beneficios para el colectivo, o sea, por más que se acredite libre de la presión grupal, no es más que una marioneta de la voluntad colectiva.

Esto ocurre por el facto de que todo colectivo es formado en torno a una ideología, por tanto, es detentor de una psicología poderosa que gobierna a los miembros y, en mayor o menor grado, todos están sometidos a ella, condición que funciona como un dominio absoluto sobre sus mentes, impidiendo que, en algún momento, abandonen el mismo porque el grupo no sobrevive sin elementos que le permitan tener fuerza, o sea, la fuerza del colectivo es un retorno de la potencia individual unida a otros individuos sobre un único destinatario, por esto, la característica representativa de poder asombroso con que se muestran estos conjuntos de delincentes juveniles.

La formación de grupos en adolescentes en la actualidad no es una construcción de los siglos modernos, esto es una característica de tiempos muy primitivos de acción humana que necesitaban unirse delante de la defensa de sus territorios particulares, el honor y la misma caza. Los miembros reclutados para estos contratos tenían edades entre los 15 (quince) y los 25 (veinticinco) años. Ocurrió que, con el proceso de civilización y más tarde con la implantación de los acuerdos de paz, mucha de la agresividad primitiva, tan necesaria y, por veces, definitiva para la sustentación de las comunidades tuvo que ser suprimida, dando lugar al estadio democrático y los enjuiciamientos dentro de tribunales. El proceso evolutivo de la mente humana en dirección a la civilidad y a la convivencia pacífica con sus pares no destruyó el instinto cazador sádico que dominaba el espíritu del hombre primitivo.

Así mismo, entre los adolescentes y jóvenes este sentimiento tuvo que sufrir modificaciones, porque un salvaje ya no disfrutaba de un lugar de prestigio en el nuevo orden social; como ocurre naturalmente una parcela insana perduró, más sencilla, pero, no sin su representación de potencia y deseo de manifestación. Freud (2006) respondió que la personalidad humana fue formada de la misma manera que la superficie terrestre, en donde los sedimentos fueron sobrepuestos a todo lo que existía, es decir, hubo una modificación en la presentación de la forma y apariencia, no en el espíritu primitivo, las emociones, los deseos, las intenciones y la libertad, esto ya explotado en la filosofía nietzscheana.

Cuando, de facto surge este sentimiento imperioso como una necesidad de ser reconocido por sus pares iguales es algo muy difícil de ser precisado, porque el hombre, en sus principios de convivencia todo era muy restrictivo a una vida colectiva que exigía una obediencia ciega a las costumbres de la comunidad. Lo que se puede deducir es que la emoción producida por la caza y la producción de adrenalina y endorfina llevó a este ser primitivo a sentir un éxtasis en las búsquedas lo que fue interpretado por sus compañeros como algo digno de notar, creando en torno del mismo un séquito de leyendas, cuentos, historias, cosa que pasó a despertar en sus coetáneos el deseo de ser visto como aquel guerrero.

No ser reconocido por el colectivo es estar, por extensión, relegado a la exclusión social, porque toda la sociedad que involucra este grupo circunscripto sigue, de una forma, más o menos, imperiosa las ideas que proviene del mismo. Existe todo un mito en torno al agrupamiento, un conjunto de leyendas e historias que son transmitidas como verdad porque están involucradas en fantasías en donde el héroe siempre supera a los enemigos de la sociedad, aquellos personajes que son detestados por todos, en mayor o menor grado, como por ejemplo, la policía y los agentes de seguridad del Estado.

En este mismo sentido, crean símbolos de representación que provocan el horror en las personas, quienes tienen aversión al mirarlos, porque representan agresividad, fuerza primitiva y caracterizan acciones de violencia contra todo lo que está dado como hecho social. Esto acaba por atraer a una cantidad bastante considerable de adolescentes, al comenzar esta fase de la vida hay, naturalmente, un vacío afectivo que carece de ser rellenido de alguna forma y aquí esbaza en el punto de no comprender cuáles son las bases fundamentales que sostienen el carácter de tales niños. Cuanto mayor sea la alienación parental sufrida por tal individuo, proporcionalmente, crecen las tendencias en que ellos buscan agregarse a grupos representados por cuadrillas de infractores, o sea, individuos que confrontan el orden considerado como ideal.

Esto no quiere decir que tengan un plan de acción que pueda cambiar los valores sociales, poseen solamente odio por haber sido relegados a una condición de abandono, de aislamiento afectivo por sus padres, cosa que sugiere que sus acciones son de carácter vengativo contra un elemento característico subjetivo, surreal; sin embargo que alimenta toda una industria de crímenes cada vez más recurrentes. El problema se profundiza cada vez más porque las interpretaciones del mal son hechas de modo superficial y las políticas de enfrentamiento son elaboradas teniendo como fundamento aquello que conviene a los dirigentes presentar como solución práctica ideológica, jamás una solución práctica factual, porque esto iría de confrontación con toda una ideología de que el Estado puede ser un buen administrador de la voluntad social, consiguiendo dominar a todos bajo su autoridad, manteniendo el orden y los principios morales convictos.

Ocurre que ningún otro tipo de afecto direccionado a los niños y adolescentes es capaz de superar el reconocimiento familiar. La familia es un colectivo donde existe un vínculo inconsciente, sanguíneo, formado a partir de valores que garantizan la estabilidad emocional equilibrando elementos antagónicos en la vida humana, que es la disciplina y la doctrina, de un lado, y el amor y la ternura, de otro.

Ocurrió, en algún momento de la historia de la civilización humana que las cosas referentes a la vida en comunidad tuvieron que ser revisadas y en ese momento fueron producidas normas estrictas para cada situación en particular. No se puede caer en el engodo de acreditar que todas fueron producidas con la intención de mejorar la vida del pueblo; las reglas fueron generadas teniendo en mente la posibilidad del jefe del grupo persistir en el comando, evitando que posibles desafectos pudiesen asumir el control de los grupos organizados.

En ese tiempo se produjo la idea de colectivos, pequeños grupos que comandaban las acciones directas de selección de nuevos miembros con leyes y pruebas muy duras para los interesados en hacer parte, algunos

de estos grupos colocaban espacios temporales bastante largos para la admisión como miembro efectivo del mismo. Esto garantizaba la seguridad del poder central que gobernaba sobre los colectivos y hacer parte de los mismos era tener la expectativa de, un día, llegar al tope de la cadena de comando, o sea, el deseo de poder, siempre estuvo como una pieza escondida en algún lugar del espíritu del individuo que se sujetaba a las condiciones de este grupo.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXANDER, F. y HEALY, W. (1946). *Las Raíces del Crimen: Psicoanálisis de los móviles de la conducta criminal*. Buenos Aires: Asociación Psicoanalítica Argentina. [Obra publicada, originalmente, en 1935].
- ALEXANDER, F. y STAUB, H. (1961). *El Delincuente y Sus Jueces Desde el Punto de Vista Psicoanalítico*. Madrid: Biblioteca Nueva. [Obra publicada, originalmente, el 1929].
- AMADO, J. (1980). *Capitães de Areia*. São Paulo: Record. [Obra publicada, originalmente, el 1937].
- ARISTÓTELES. (2007). *A Política*. São Paulo: Editora Escala.
- BURGUESS, A. (1972). *A Laranja Mecânica*. São Paulo: Artenova. [Obra publicada, originalmente, el 1962].
- CÓRDOVA, H. M. (2008). Factores Asociados y Trayectorias del Desarrollo del Comportamiento Antisocial durante la Adolescencia: Implicancias para la Prevención de la Violencia Juvenil en América Latina. En: *Revista Interamericana de Psicología/Interamerican Journal of Psychology* - 2008, Vol. 42, Núm. 1, pp. 129-142.
- DIMOULIS, D. (2011). *Manual de Introdução ao Estudo do Direito: definição e conceitos básicos, norma jurídica*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT.
- DOSTOIEVSKI, F. M. (2000). *Crime e Castigo*. São Paulo: Nova Cultural. [Obra publicada, originalmente, el 1866].
- DURKHEIM, E. (2004). *O Suicídio*. São Paulo: Martin Claret. [Obra publicada, originalmente, el 1897].
- FAIRCLOUGH, N. (2001). *Discurso e Mudança Social*. Brasília: Editora da Universidade Federal de Brasília. [Obra publicada, originalmente, el 1992].
- FOUCAULT, M. (2004). *Vigiar e Punir – O nascimento da Prisão*. 29. Ed. Petrópolis: Vozes. [Obra publicada, originalmente, el 1975].
- FRANKL, V. E. (2015). *Em Busca de Sentido - Um Psicólogo no Campo de Concentração*. Petrópolis: Vozes. [Obra publicada, originalmente, el 1946].

- FREUD, S. (2006 [1913-1914]). Totem e Tabu. In: Edição Standard Brasileira das Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud, Vol. XIII. Rio de Janeiro: Imago.
- GARCIA, J. A. (1945). Psicopatologia Forense. Rio de Janeiro: Revista Forense.
- GOFFMAN, E. (2001). Manicômios, Prisões e Conventos. 7. Ed. São Paulo: Editora Perspectiva. [Obra publicada, originalmente, el 1961].
- GOFFMAN, E. (1988). Estigma: Notas sobre a Manipulação da Identidade Deteriorada. Rio de Janeiro: Editora LTC. [Obra publicada, originalmente, el 1963].
- GRINDER, R. E. (1976). Adolescência. México: Editorial Limusa. [Obra publicada, originalmente, el 1973].
- GUERRA, A. M. C. e FRANÇA NETO, O. (2012). Laço Social e Adolescência: O Pai e a Infração. In: Psico, v. 43, n. 4, pp. 490-499, out./dez. 2012.
- JASPERS, K. (2015). Psicopatología General. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica. [Obra publicada, originalmente, el 1913].
- KANT, I. (2009). Resposta à Pergunta: O que é Esclarecimento? São Paulo: Edusp. [Este texto es una respuesta encaminada al reverendo Sr. Zöllner, en respuesta a la pregunta por él elaborada y publicada en el periódico *Berlinischer Monatschrift*, en la fechade 05 de diciembre de 1783, seguida por el comentario que la acompaña: ¿Qué es el esclarecimiento? Esta cuestión es aproximadamente la siguiente: ¿Qué es la verdad? ¡Se hace necesario responder a esta cuestión para que el hombre se juzgue esclarecido! ¡Y aún no he visto a ningún individuo que haya respondido a esto! El Sr. Inmanuel Kant encaminó su respuesta al periódico el 30 de septiembre de 1784.
- LE BON, G. (s.d.). Psicologia das Multidões. Mira-Sintra: Publicações Europa-América, Lda. [Obra publicada, originalmente, el 1895].
- LOMBROSO, C. (1983). O Homem Criminoso. Rio de Janeiro: Editora Rio. [Obra publicada, originalmente, el 1883].
- LOMBROSO, C. (2010). O Homem Delinquente. São Paulo: Ícone Editora. (Primeira reimpressão). [Obra publicada, originalmente, el 1874].
- LORENZ, K. (1973). Civilização e pecado: Os oito erros capitais do homem. São Paulo: Brasiliense.
- MAKARENKO, A. (1957). Poema pedagógico. México: Fondo de Cultura Popular. [Obra publicada, originalmente, el 1935].
- MALINOWSKI, B. (2008). Crime e Costume na Sociedade Selvagem. 2. Ed. Brasília: Editora UNB. [Obra publicada, originalmente, el

1926].

- MARCELLI, D. y BRACONNIER, A. (1986). Manual de Psicopatología Del adolescente. México: Masson. [Obra publicada, originalmente, el 1984].
- MASENS, L. E. M. (2009). Cultura, Identidad y Comunicación: Proyecto Curricular Para el Desarrollo de la Competencia Cognitivo-comunicativa y Sociocultural de los Jóvenes Sancionados en Centros Penitenciarios. Tesis en opción al grado científico de Doctor en Ciencias Pedagógicas. Universidad de Ciencias Pedagógicas “Enrique José Varona”. La Habana (CU).
- MOSCOVICI, S. (2004). Representações Sociais: investigações em psicologia social. 2. Ed. Petrópolis: Vozes.
- NIETZSCHE, F. W. (2004). Para Além do Bem e do Mal. São Paulo: Martin Claret. [Obra publicada, originalmente, el 1886].
- PEIXOTO, A. (1938). Psico-Patologia Forense. Rio de Janeiro: Francisco Alves. Obra publicada, originalmente, el 1916].
- PENTEADO FILHO, N. S. (2012). Manual Esquemático de Criminologia. 2. Ed. São Paulo: Saraiva.
- REIK, T. (1965). Psicoanálisis del crimen – El Asesino Desconocido. Buenos Aires: Ediciones Hormé. [Obra publicada, originalmente, el 1932].
- ROUSSEAU, J-J. (1948). Confissões. Rio de Janeiro: José Olympio. [Obra escrita, originalmente, entre el 1764-1770].
- SILVA, G. P. e SILVA, J. P. (1933). Crime e Psíco-Análise. Rio de Janeiro: Livraria Editora Marisa.
- SMANIO, G. P. (2005). Processo Penal. 3. Ed. São Paulo: Atlas. [Obra publicada, originalmente, el 1999].
- WAISELFISZ, J. J. (2015). MAPA DA VIOLÊNCIA 2015. Adolescentes de 16 e 17 anos do Brasil. Rio de Janeiro: Faculdade Latino-Americana de Ciências Sociais – FLACSO.
- WILDE, O. (2012). A Alma do Homem sob o Socialismo. São Paulo: LM Pocket. [Obra publicada, originalmente, el 1891].
- WINNICOTT, D. W. (2014). Privação e Delinquência. (5. Ed. - 2ª tiragem). São Paulo: Martins Fontes. [Obra publicada, originalmente, el 1984].
- ZIMBARDO, P. (1971). O Experimento do Cárcere de Stanford. Stanford University.
- ZIMBARDO, P. (2012). O Efeito Lúcifer: Como pessoas se tornam más. Rio de Janeiro/são Paulo: Record.

LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA SOBRE EL MALTRATO ENTRE EX PAREJAS SENTIMENTALES: ANÁLISIS DESDE LOS ESTUDIOS DE GÉNERO^{1*}

Jeniffer Forero Laguado^{2**}

Recibido: Noviembre 3 de 2018

Aprobado: Diciembre 1 de 2018

RESUMEN

Este artículo analiza el tema de la violencia provocada entre ex parejas y la forma como se aborda por la jurisprudencia colombiana, desde un enfoque de género, con el fin de examinar si se presenta una discriminación de género en los argumentos de la jurisprudencia vigente de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en materia de violencia intrafamiliar, cuando el maltrato denunciado se presenta entre ex parejas. Para realizar este estudio, en primer lugar se describirá algunas causas, estereotipos y manifestaciones de este tipo de violencia de género, se explicará también los ciclos de violencia de pareja, las dificultades que implica romper este ciclo, aunque la relación sentimental termine y las causas y eventos de la retractación. En segundo término, se identificarán los argumentos de la Corte ofrecidos en casos en que estudió esta problemática, y posteriormente, se examinarán desde una perspectiva de género, para determinar si existen criterios sospechosos de discriminación de género.

Palabras clave: Género, ex parejas, jurisprudencia, violencia intrafamiliar.

^{1*} Artículo de investigación como requisito de grado de la Maestría en Derecho de Familia de la UNAB

^{2**} Abogada egresada de la UIS. Especialista en Derecho de Familia de la UNAB. Especialista en Derecho Procesal de la U. Santo Tomas de Bucaramanga. Candidata a Magister en Derecho de Familia de la UNAB. jenflaguado@hotmail.com

THE JURISPRUDENCE OF THE SUPREME COURT OF JUSTICE OF COLOMBIA ON THE MALTREATMENT BETWEEN FORMER COUPLES: ANALYSIS FROM GENDER STUDIES

ABSTRACT

This article studies the issue of violence produced between former couples and the way it is addressed by Colombian jurisprudence, from a gender perspective, in order to examine whether gender discrimination exists within the arguments of the current jurisprudence of the Criminal Cassation Chamber of the Supreme Court of Justice in matters of interfamily violence, when the reported abuse is testified by ex-partners. To carry out this study, we will first describe some causes, stereotypes and manifestations of this type of gender violence, we will also explain the cycles of partner violence, the difficulties that arise while trying to break this cycle, even if the relationship ends, and the causes and events that lead the victim to take back or change their testimony in order for the abuser to avoid being prosecuted. Secondly, the arguments that the Court has offered while studying this issue will be identified, and subsequently, they will be examined from a gender perspective to determine if there are suspicious criteria of gender discrimination.

Key Words: Gender, former couples, jurisprudence, interfamily violence.

A JURISPRUDÊNCIA DA CORTE SUPREMA DE JUSTIÇA DA COLÔMBIA SOBRE AS AGRESSÕES ENTRE EX-CASAIS: ANÁLISE DESDE OS ESTUDOS DE GÊNERO

RESUMO

Este artigo analisa o tema da violência entre ex-casais e a maneira como é abordada pela jurisprudência colombiana, a partir de uma perspectiva de gênero para examinar se há discriminação de gênero nos argumentos da atual jurisprudência da Sala de Cassação Criminal da Corte Suprema de Justiça em matéria de violência intrafamiliar, quando a agressão denunciada ocorre entre ex-casais. Para realizar este estudo, primeiro descreveremos algumas causas, estereótipos e manifestações de este tipo de violência de gênero, explicaremos também os ciclos de violência entre ex-casais, as dificuldades envolvidas na quebra desse ciclo, mesmo que o relacionamento tenha terminado, e as causas e eventos da retratação. Em segundo lugar, serão identificados os argumentos da Corte oferecidos nos

casos em que estudou esse problema e, posteriormente, serão examinados desde uma perspectiva de gênero para determinar se existem critérios suspeitos de discriminação de gênero.

Palavras-Chave: Gênero, ex-casais, jurisprudência, violência intrafamiliar.

1. INTRODUCCIÓN

Todos hemos conocido al “amigo de un amigo” que ha tenido una pareja con comportamientos agresivos, posesivos o violentos, que no terminan con la ruptura de la relación. Esto ocurre porque en muchas ocasiones alguna de las personas que componían la pareja se queda en la etapa de la negación del duelo; no puede ver que la situación de su vida sentimental cambió y no puede obligar a la otra a mantenerse en una sociedad económica y emocional que no quiere. Estos sentimientos se derivan de prejuicios sobre el fracaso del proyecto de vida al terminar una relación sentimental: se cree que se deja de tener valor como persona por no tener a otro ser humano al lado o que por haber tenido una relación sentimental se adquirió un derecho de propiedad sobre este. En esta sociedad en la que la propiedad privada es casi tan importante como la dignidad humana, se considera legítimo emplear cualquier tipo de armas emocionales e incluso físicas para recuperar lo que considera propio. Se escuchan en el argot popular las siguientes frases: “si no eres mía(o) no eres de nadie”, “necesitas a tu media naranja”, “le ha ido mal en la vida, está divorciada(o)”, “pasaste al mercado de lo usado”, “eres mía(o) y yo soy tuyo(a)”, “sin mí no eres nadie”, “nadie te va a querer como yo”, “en la guerra y en el amor todo se vale”, entre otras muchas, incluyendo todas aquellas que tienen que ver con el mito del príncipe azul.

Este tipo de situaciones es muy común en nuestra sociedad. Según estadísticas de la Superintendencia de Notariado y Registro entre febrero de 2016 a febrero de 2017 se registraron en el país 64.709 matrimonios, 24.994 divorcios, 10.037 uniones maritales de hecho y 1.133 disoluciones maritales de hecho (Superintendencia de Notariado y Registro, 2017), sin contar, obviamente, con las separaciones de cuerpo y de hecho que no se registran. Pese a que son pocas las estadísticas sobre violencia contra exparejas sentimentales, no son pocos los casos: el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses (2016) registra datos estadísticos sobre los homicidios de mujeres en Colombia donde el presunto agresor es la pareja o expareja, indicando para el año 2014, 90 casos; para el año 2015, 81 casos y para el año 2016; 101 casos. Con respecto a las mujeres víctimas de violencia intrafamiliar tampoco se diferencia entre parejas y exparejas, pero se tienen para el año 2014, 31.766 casos; para el 2015, 29.027 casos y para el año 2016, 36.194 casos. En un registro más reciente, el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses (2017) reporta que de 71.980 valoraciones médico legales en el contexto de violencia de pareja para los años 2016 y 2017, el segundo agresor más

concurrente es el excompañero, con un porcentaje del 34% de los casos, igualmente informa que de las 10.169 valoraciones de riesgo de violencia mortal contra mujeres por parte de su pareja o expareja, un 39% se encuentra en riesgo extremo y el 21% en riesgo grave.

Con esta breve información estadística se puede deducir que la violencia contra exparejas sentimentales es de trascendencia nacional y las decisiones jurídico políticas que se toman sobre este tema repercuten sobre una importante cantidad de población.

Este tipo de violencia trasciende no solo la integridad física de las personas que conformaron la pareja en sí (lesiones personales), sino también la integridad psicológica en la capacidad de socializar y de establecer las relaciones emocionales y de confianza necesarias para mantener una salud mental y, por ende, una unidad familiar tanto con la expareja, que resulta víctima, como con los hijos de esa relación, que deben ser testigos de los vejámenes entre sus padres –vejámenes que resquebrajan desde lo más profundo ese círculo de seguridad que debe representar la familia.

Un juez que conoce un asunto de violencia contra una mujer debe considerar que cuando se es víctima de maltrato por un ser amado es muy difícil tomar la decisión de separarse de su agresor, y no por el prejuicio de que las mujeres que se mantienen conviviendo con su agresor y lo perdonan, lo hacen por muchos factores culturales que les impiden terminar con la agresión, como son la discriminación por parte de la misma familia, que junto con la agresión y el arrepentimiento posterior, se vuelven un círculo vicioso que las hace creer que “todo va a mejorar”, que “esta vez sí va a ser la última”, que “esta vez él no tuvo la culpa, fue por mi culpa” y que hacen que se aferren a las épocas buenas de la relación como a un salvavidas. Para llegar a esta etapa de sumisión, las víctimas han tenido que pasar por golpes, maltrato psicológico y sexual; amenazas a su vida y la de sus hijos, que las hacen pensar que un comportamiento pasivo es la única forma de convivir con la situación. Así que romper un círculo vicioso no siempre depende de la sola decisión consciente de una persona, lo que lo hace tan complicado y a la vez valeroso de lograr. Por ello, ante un caso de violencia de género como el que se expone y que continúa luego de la ruptura de la relación, estas circunstancias necesariamente deben ser consideradas por el juez para tomar cualquier decisión sobre el caso en aras de llegar a una solución en justicia material.

La preocupación que incentivó este trabajo de investigación es el desvalor que se le da judicialmente a la violencia que se genera entre exparejas sentimentales, que en su momento convivieron e incluso tuvieron hijos, pues no se consideran siquiera las razones que generan tal violencia y que no se pueden comparar al *modus operandi* de unas lesiones personales dolosas.

Este artículo se concentra en determinar, desde un enfoque de género, cuáles son los criterios jurisprudenciales que permiten proteger a las víctimas de maltrato por parte de su expareja sentimental, para lo cual se identifican los criterios de violencia de género entre exparejas sentimentales, con el propósito de concientizar sobre la gravedad del problema. Luego se examinan los argumentos para la variación de la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en la interpretación de «núcleo familiar», y se concluye que sobre el tema de violencia entre exparejas no se utiliza ni se ha utilizado una perspectiva de género para su solución.

Para la realización de este artículo de investigación se utilizó una metodología de tipo dogmático jurídico con enfoque cualitativo, un análisis documental de doctrina y teoría sobre violencia entre exparejas, además de un análisis documental de tipo normativo, de jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, teniendo como criterios de análisis el concepto de *núcleo familiar* en casos de violencia intrafamiliar y la relación entre personas separadas o divorciadas, convivientes en misma residencia o no, con hijos o no, desde una perspectiva de género siguiendo una metodología de análisis de género, de acuerdo a los pasos que expone Facio (1992), utilizando un método deductivo.

2. GÉNERO Y VIOLENCIA DE GÉNERO, SUS REPRESENTACIONES Y FACTORES ENTRE EXPAREJAS

Dado que el sistema patriarcal ha prevalecido en nuestra cultura durante siglos, se piensa que la perspectiva de género consiste en radicalizar la protección a las mujeres y desatender los derechos de los hombres, por lo que se ha llegado a ridiculizar y estigmatizar a las personas que la promueven con términos como “feminazis” y “lesbianas” y hasta apropiarles la capacidad y deseo de “homosexualizar niños”. Esto, precisamente, evidencia la violencia de género de nuestra sociedad y la resistencia al cambio de la humanidad. Pese a su mala fama, el estudio de una situación jurídica desde un enfoque de género busca visibilizar un conflicto desde las relaciones sociales que se dan en su interior, no simplemente el contrato o la lesión, sino las razones humanas que lo generan; las desigualdades de poder entre las personas; las relaciones jerárquicas desde lo político, por parentesco y la distribución de trabajo, para tratar de equiparar las cargas desde el derecho y la justicia, y garantizar un verdadero acceso a la justicia a todos los seres humanos.

El “género”, tiene muchas definiciones, Comesaña (2004):

“El género ha sido definido como una construcción cultural que rige las relaciones sociales entre los sexos y los códigos normativos y valores -filosóficos, políticos, religiosos-, a partir de los cuales se establecen los criterios que permiten hablar de lo masculino y lo femenino, y unas relaciones de poder asimétricas, subordinadas, aunque susceptibles de ser modificadas en el transcurso del tiempo”. (p. 6)

El enfoque de género busca, en primer lugar, concientizarnos de que a nivel social quien ha tenido la voz y el poder de redactar la historia y la ciencia, ha construido por siglos estereotipos y roles de género que instauran un trato determinado según el género de la persona. Debemos reconocer que nos encontramos inmersos en un sistema social simbólico que asigna valoraciones positivas o negativas a las personas dependiendo de su género, y con base en ello se desenvuelven los sistemas de poder, dominación y control de un género a otro. Una vez se reconoce la desigualdad de género y sus fuentes, se busca deconstruirlo, desaprender y cuestionar las desigualdades derivadas de las supuestas diferencias naturales entre los sexos, para poder luego edificar un nuevo constructo social de género en la que las imposiciones y cargas a nivel social, económico, político y familiar, que no se fundamenten en “la naturaleza”. Si bien debemos reconocer las diferencias, no por ello se deben imponer desigualdades.

Una de las formas en que se evidencia la violencia de género es la violencia de pareja. La intimidación de una relación sentimental es el perfecto escenario para que se infundan con mayor facilidad los prejuicios de género, las inseguridades y la repetición de estándares aprendidos en la niñez acerca de cómo se debe demostrar y recibir amor, lo que genera que se presente violencia y que la misma sea tolerada.

La violencia infligida por la pareja, para la Organización Mundial de la Salud (2013) se diferencia de la violencia doméstica o intrafamiliar y violencia contra la mujer, pues la doméstica o intrafamiliar abarca el maltrato que se le ocasiona a los niños, ancianos y cualquier otro integrante de la familia. La violencia contra la mujer no abarca la violencia que se suscita contra la pareja, ni implica que se presente la violencia por su pareja. La OMS caracteriza esta modalidad de violencia de género así:

“se presenta en todos los entornos y grupos socioeconómicos, religiosos y culturales. La abrumadora carga mundial de violencia infligida por la pareja es sobrellevada por las mujeres. Si bien las mujeres pueden ser violentas en sus relaciones con los hombres, a menudo en defensa propia, y a veces hay violencia entre parejas del mismo sexo, los agresores más comunes en la violencia contra la mujer son compañeros (o excompañeros) íntimos de sexo masculino. En cambio, es mucho más probable que los hombres sean víctimas de actos de violencia perpetrados por desconocidos o por conocidos que por alguien más cercano a ellos”. (p. 1)

Para Marchiori (2010) el ciclo de la violencia conyugal o de pareja se presenta en 3 estadios: primero, la acumulación de tensiones en la relación y comunicación de la pareja; luego, la eclosión aguda de violencia por parte del golpeador; para llegar a la luna de miel o amor arrepentido, en donde inmediatamente se reinicia el ciclo de los golpes y maltrato emocional en lapsos de tiempo cada vez mas cortos. Es así que la mujer golpeada –generalmente víctima de este tipo de conductas, pues para el 2013 el

77,58% de la violencia intrafamiliar se dio contra mujeres y un 22,42% contra hombres (Contretas, 2014)–, tiene uno de dos caminos: luchar o reprimirse. Cuando opta por el primer camino, puede que el agresor modifique la forma en que intenta dominar a la mujer o puede que responda constantemente de forma más violenta, lo que generalmente obliga a la víctima a convencerse de que se encuentra en total indefensión y piense que si se defiende, pone en peligro su vida o la de sus seres queridos. Producto de la violencia estructurada de la que es víctima desde niña, renuncia a tratar de defenderse o a buscar formas de alejarse. Puede hasta convencerse de que en verdad fue por su culpa, que hizo algo para merecer el maltrato (Rodríguez, 2015) y le resta importancia a las lesiones, lo que la lleva a optar por el camino de reprimirse, aprenden a vivir asustadas por la vida de su familia y de sí misma, y así trata de “no molestar” a su pareja sentimental, de no hacer algo que pueda reactivar su agresión como reclamar, no defenderse y aceptar las disculpas o pedir las. Esa situación de debilidad, frustración, miedo, culpa, vergüenza y negación hace que cuando llegue a la etapa de amor arrepentido quiera creer en el cambio de su pareja y ceda, recordando quizás, la época de inicio de la relación en la que seguramente no eran tan evidentes las agresiones a su autonomía y dignidad, pues ambos se encontraban bajo el manto del enamoramiento.

La OMS (2013) sostiene que las mujeres no son víctimas pasivas, sino que podrían decidir no abandonar a su pareja violenta como una estrategia para protegerse a sí mismas y a sus hijos, o también como respuesta al temor a las represalias, por falta de apoyo económico de parte de familiares y amigos, o también por la estigmatización o posible pérdida de la custodia de los hijos asociada con el divorcio, además de por amor y esperanza de que su pareja cambie.

El ciclo de violencia de pareja afecta la autoestima, la dignidad e incluso la capacidad de autoprotección de la víctima (la más instintiva en el ser humano). Por esto es que generalmente, cuando toma la decisión de pedir ayuda o salir de la casa que comparte con su victimario, se debe a “los gravísimos golpes sufridos y por el riesgo de violencia y vulnerabilidad de todos los miembros de la familia, en especial de los niños” (Marchiori, 2010, p. 210). Es decir, luego de haber padecido distintos tipos de violencia, de aceptar hacer cosas sin su voluntad, de ser torturada y violada quizá por años; luego de estar traumatizada, cuando ve inminente su muerte o la de un ser querido, es que decide irse y romper el vínculo de su matrimonio o unión marital de hecho.

Pero lamentablemente, la sola separación o rompimiento de la pareja no destruye el ciclo de violencia de pareja. Ágreda y López (2017) señalan que de no elaborar un proceso de separación, el duelo por el divorcio psicológico y sus etapas –así como de no tomar un tiempo para adecuarse al nuevo estado, siendo necesario en todo caso que tengan recursos fami-

liares, religiosos o sociales de apoyo en lo emocional y económico para que se dé una adaptación–, se puede generar nuevamente violencia, dependiendo de la interrelación de la pareja, continuando con las agresiones que se vivieron cuando existía la relación o creando nuevas.

Para Ágreda y López (2017) la denuncia o el inicio de un proceso judicial disminuyen la violencia haciendo que se limite a la verbal o psicológica, persistiendo cuando el agresor intenta socavar la voluntad de la víctima, amenazándola para el retiro de la denuncia. Resultando, en muchos casos, en una retractación, acto que según Torres (2013) es propio de una víctima que, pese a la separación del victimario, sigue siendo manipulada. El victimario retoma el ciclo de violencia “portándose bien” y simula un cambio. La víctima se retracta pensando que todo está solucionado y que tiene el control de la situación, pese a que después, por volver a caer en el ciclo de violencia, la situación realmente no ha cambiado. Otras razones de retractación vienen del miedo a la expareja, o del sentimiento de culpa de hacer pasar al padre por un proceso penal y exponerlo a una condena de orden económico y social (Rodríguez, 2015); igualmente, las obligaciones maternas y el rechazo a una sanción penal, entre otras, que también tienen un componente fuerte de violencia de género y estereotipos, obligan a la madre a no buscar justicia por los delitos que contra ella se cometen. Así, por el bienestar de sus hijos y de la composición de su familia, la cual ella debe cuidar y responsabilizarse por mantenerla unida. La retractación también es motivo para que las personas que trabajan en el sistema judicial (desde los policías y fiscales hasta jueces y magistrados) que no están capacitados para entender la gravedad cíclica y psíquica de ser víctima de violencia de pareja, se dejen llevar por los estereotipos de género y menosprecien los casos, implicando con esto una revictimización.

Igualmente, Ágreda y López (2017) precisan que suelen permanecer los lazos emocionales aunque ya no tengan una naturaleza amorosa, y de ahí es que se generan los conflictos después de la separación. Esto es evidente en una relación en la que existen hijos en común, pues se mantienen los lazos emocionales por estos, y eso hace que los procesos de divorcio –o separación de las uniones maritales de hecho, liquidaciones de la sociedad conyugal o patrimonial, custodia, alimentos, patria potestad y visitas– sean tan conflictivos y nocivos (pues no se ha generado un adecuado proceso de duelo y se tienen problemas de raíz como dificultades económicas, celos y dependencia de sustancias psicoactivas o alcohol). Esto afecta no solo a la expareja víctima de maltrato sino que también a los hijos (psicológica y socialmente), quienes aunque no reciban el golpe, insulto o violencia económica, tienen que estar continuamente expuestos a esa tensión familiar, lo cual es un indicador de repetición de pautas intergeneracionales en relación a la violencia de pareja. Gómez, Martín y Ortega (2017) concluyeron que existe un perjuicio mayor en el desarrollo psicosocial del niño que es testigo de los conflictos o violencia de pareja,

que el que pareciera generar con el divorcio de sus padres en sí mismo y el cambio de la estructura familiar, reflejando también que resultan más afectadas con síntomas de ansiedad las niñas que los niños.

Facio (2002) permite evidenciar la importancia y trascendencia de estudiar las circunstancias sociales, familiares y judiciales en los casos de violencia intrafamiliar. Con respecto a los hijos en común, tomando posición desde un enfoque de género, ha dicho:

“¿Qué pasa por la cabeza de niños y adolescentes que ven a sus padres humillar y golpear impunemente a sus madres durante toda su estancia en la familia? ¿Creen que un niño que varias veces durante su niñez ha visto a su padre enviar a su madre al hospital con la nariz quebrada y las costillas rotas, pueda tener respeto por “la familia”, “la verdad”, “la justicia”, etc.? Más cuando ve que a ese padre la gente lo respeta por su honestidad, su inteligencia o lo que sea.

Todavía hay gente que cree que la violencia intrafamiliar contra las mujeres sólo afecta a las mujeres y que nada tiene que ver con la descomposición social y la falta de fe en los valores éticos y en los derechos humanos, o con la falta de credibilidad en las instituciones políticas y sociales. Pero esto ocurre debido a que la mayoría de los análisis de la realidad se hacen sin perspectiva de género. ¿Por qué? Porque es lógico pensar que si una persona se explica el mundo desde un punto de vista androcéntrico o hasta gynecéntrico, no va a ver la realidad y por tanto no va a ver las conexiones que hay entre todas las cosas”. (p. 93)

Son pocas las investigaciones sobre el tema de la violencia o maltrato propiciado por la expareja. La mayoría se limita a la violencia contra la pareja o tratan los dos temas indistintamente. Rescato la labor de Zaldívar, Gurrola, Balcázar, Moysén y Esquivel (2015) quienes afirman que la violencia postseparación se debe entender como:

“cualquier forma de abuso (sexual, psicológico, moral o físico), ejercido por un exesposo, ex amante u otra expareja (Brownridge, 2006). Una investigación reciente indica, una fuerte relación entre el divorcio y la victimización después de la separación (Bo-Vatnar y Bjorkly, 2011). Estos hallazgos han permitido entender, desde una perspectiva interaccional, la violencia postseparación como un fenómeno complejo, heterogéneo y dinámico”. (pag. 2)

En estos casos es importante contextualizar bajo la perspectiva de género, pues el fenómeno de la violencia contra la mujer se debe al contexto cultural de patriarcado en donde el hombre desea el control y así, ante el divorcio o separación, advierte la amenaza real de perder su poder, por lo que intenta preservarlo por diversos medios. Aún si en la relación no se había presentado violencia, puede que en la etapa posterior a la relación se utilice violencia física o psicológica mediante acecho, o violencia

sexual, patrimonial, o control económico (con sus obligaciones alimentarias, la liquidación de sociedades), o también mediante la utilización de sus hijos para afectar a su pareja psicológicamente, con amenazas a ella y a sus hijos, seguimiento, o alienación parental. Para Zaldívar et al. (2015) cuando la pareja tiene hijos en común, se crea un campo fértil para continuar el maltrato derivado del continuo trato que debe tener por ocasiones de las obligaciones parentales.

Pese a estos comportamientos agresivos e insensatos de los victimarios, la violencia contra la pareja, en la mayoría de los casos no se trata de un síntoma de una enfermedad psicológica del agresor. Espinar (2003) afirma que aunque no hay acuerdo definitivo al respecto, sí “está ampliamente extendida la idea de que entre los maltratadores no hay una presencia mucho mayor de trastornos psicopatológicos en comparación con la existente en el conjunto de la población” (p. 98-99). Se suele coincidir en los siguientes rasgos de personalidad de los victimarios: “ansiedad, poca capacidad empática, hostilidad, falta de control de la ira, impulsividad, actitud posesiva, niveles bajos de autoestima, celos, déficit de habilidades sociales y comunicacionales, etc.” (p. 99).

Existen estudios en los que se identifican los patrones de toma de decisiones o el equilibrio de poderes como factores para calificar las relaciones de pareja violentas, así como también factores individuales, como transmisión generacional de la violencia, la dependencia de sustancias psicoactivas o alcohol, o circunstancias de frustración y situaciones de estrés, como las de carácter económico o laboral.

Por eso es que, sin lugar a dudas, se deben concluir los siguientes tres puntos.

1. Desde un enfoque de género, en nuestro sistema social, las mujeres son discriminadas. El hecho de tener hijos impone culturalmente la responsabilidad de luchar por otro ser humano; responsabilidad que indudablemente también le corresponde al padre, pero socioculturalmente no se le impone, pues el estereotipo machista de la madre protectora, hace que los hombres infectados por este estereotipo se desentiendan de su papel que es igual de biológico y natural que el de protección de la madre, dejando a esta la tarea que creen erróneamente que les corresponde: protección y crianza de su descendencia 24/7, carga que ni los padres machistas ni las mujeres no madres tienen. La mujer no madre frente a la mujer madre, se diferencian en este sistema social plagado de violencia de género, lo cual se deben reconocer, para luego cuestionar, deconstruir y modificar.

Si bien es cierto las mujeres no madres también son víctimas de violencia de pareja, una vez se rompe la relación, hay menos probabilidades de que se continúe, en contraste con el caso de las madres, pues la carga sociocultural que se les impone es diferente. El hecho de mantener contacto con el maltratador por sus hijos en común es un escenario propicio para continuar el

maltrato, utilizando precisamente ese lazo inquebrantable para dominar nuevamente a la mujer o intentar hacerlo; amenazarla con que no le dará la cuota alimentaria, y así no podrá “salir adelante” con sus hijos, o se lo quitarán o los dañarán de alguna manera (, 2015). Esto sin tener en cuenta que las mujeres no madres tienen mayores posibilidades de continuar con su preparación académica y profesional, de tener mejores empleos y salarios; unas posibilidades que, por el mismo machismo y violencia estructurada a la madre, aunque no imposible, sí es mucho más demandante, más aún para la madre soltera, pues el papel de única cuidadora de sus hijos le resta tiempo de dedicación que en un mundo capitalista y de constante competencia por becas, por puestos de trabajo y salarios, le hace más difícil su crecimiento laboral, profesional y empoderamiento. Esas diferencias socioculturales machistas que afrontan las madres, hacen que se les dificulte aún más romper la relación marital y separarse de su compañero maltratador, pues tienen mayores sentimientos de miedo, culpa y vergüenza, y mayor carga emocional (Rodríguez, 2015), cultural y social derivada de los estereotipos de género que les dice que se queden en la relación, pues el machismo utiliza a sus hijos como el grillete de su vida, cuando no tiene por qué ser así; pues no hay razón por la que ella sea la única que cuide y se responsabilice de un ser humano que ella no creó sola.

Por ello, cuando finalmente logran la separación, aunque hayan realizado un acto de valentía y de fuerza, se encuentran vulnerables, amenazadas y bajo una situación desesperada que al principio les parece incontrolable e insoportable. Recordemos que para el ser humano todo cambio al principio es difícil, pero este le genera a la mujer madre una incertidumbre no solo de su vida, sino de la de sus hijos, lo que la hace susceptible, sin un acompañamiento psicoterapéutico que le permita aprender de lo sucedido, superarlo y empoderarse, de volver a ser víctimas de maltrato por su ex pareja, volviendo a vivir el mismo infierno, pero sin que se limite a su hogar.

2. Pese a que Torres (2013) concluye que debería dársele más participación a la víctima para la resolución de su caso en el área penal y administrativa, debido a sus propias necesidades, refiriéndose a lo que pudiéramos denominar un tipo de justicia restaurativa en procesos de violencia intrafamiliar, no puede formularse esa opción sin requisitos o reparos. Aunque se trata de una forma de acercar a víctima y victimario, su familia o comunidad, y recomponer sus relaciones o tejido social, lo que sería ideal para verdaderamente resolver el conflicto, dado el ciclo de violencia que se presenta en estos casos, no concuerdo en que a toda víctima sin ninguna contemplación adicional, se le dé el poder de determinar qué hacer con su victimario y considerar si merece un castigo y cuál sería. Lo que sí consideraría viable, si la víctima (previo a esa decisión), tuviera una atención psicoterapéutica y capacitación en alguna técnica u oficio, que le permitiera salir del ciclo de abuso y también empoderarse como persona para poder cambiar su vida, pues solo de esta manera verdaderamente

tendrá la capacidad y autonomía suficiente de decidir, y así podrá buscar lo mejor para ella y su familia, sin que la motive el miedo a su expareja. Claro que de intentarse este tipo de justicia restaurativa del conflicto familiar, paralelamente se debería trabajar de forma psicosocial con el victimario y el entorno familiar que comparten.

3. Cuando se maltrata a la mamá de un niño, niña o adolescente, no solo se afecta a la mujer que recibe los insultos, golpes y abusos. No es una agresión individual que lesione solamente su integridad física y personal, sino que afecta toda la vida de su hijo en común, y lo que él o ella entienden por *familia*. De ahí también podemos deducir que es un estereotipo de género el concepto de que la sola separación de padre y madre puede afectar a los niños. Muchas madres soportan los maltratos de su pareja, el padre de sus hijos, porque están convencidas que si rompen la relación, sus hijos sufrirán, pues se quedarán sin un proveedor, ejemplo, figura masculina y paterna y eso afectará su desarrollo emocional y social. Todo por ser hijos de padres separados o divorciados; sin embargo, esto es un concepto impuesto por el mismo patriarcado, que inclusive ahora, aún con la liberación femenina, hace que muchas mujeres acepten el papel impuesto de madre abnegada, sufrida, maltratada y abusada, como un sinónimo de buena madre. Sin embargo, según la investigación de Gómez et al. (2017), es un mayor perjuicio psicológico el que recae en el niño que sea testigo sin voz ni voto de la violencia entre sus padres. Entonces, se trata de un concepto más que busca que la madre no se defienda, que trata de manipularla para que mantenga el *status quo* del hombre machista que necesita tener a su compañera como una posesión, dominarla para que le dé el estatus de un hombre de familia que tanto aprecia la sociedad, pero que le genera un desvalor laboral y económico a la mujer.

3. ¿LAS EXPAREJAS CONFORMAN UN NÚCLEO FAMILIAR SEGÚN LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA?

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, desde la expedición de la Ley 294 de 1996 ha generado diferentes posiciones con respecto al problema jurídico de si la conducta de maltrato a una expareja debe ser calificada jurídicamente como violencia intrafamiliar.

La providencia fundadora de este problema jurídico es el Auto del 22 de enero de 1998 (Exp. N°559, 1998), por el cual la Corte contestó a este problema con un “NO”, porque consideró que, de acuerdo a los fines de protección del artículo 2° de la Ley 294 de 1996, la definición de *núcleo familiar* no incluye a los excompañeros permanentes, ni siquiera en el evento de tener hijos en común, porque el literal b)3 del citado artículo hace relación al vínculo de filiación exclusivamente.

3 “b) El padre y la madre de familia, aunque no convivan en un mismo hogar”.

No obstante, la posición varió con el auto de Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia del 23 de marzo de 2006 (Exp. 2005-00032, 2006), con la que se respondió al problema jurídico planteado, que el maltrato a un expareja sentimental SÍ debe calificarse como violencia intrafamiliar, si la pareja tiene hijos en común, por cuanto: (i) la Ley 294 de 1996, busca proteger a la institución familiar y no un tipo determinado de familia. Así que subsiste la familia cuando, mediando hijos, el padre o la madre, abandonan la casa paterna o materna, dejando a sus hijos con el otro progenitor. Fundamenta esta posición en lo dicho por la Corte Constitucional en sentencia T-523/1992, en la que explica que la obligación de los padres es procurarles a sus hijos un ambiente familiar adecuado, aún después de la ruptura de la pareja. Con ello concluye que con la no convivencia de la pareja, no se excluye necesariamente la unidad esencial e irreductible que protege la Constitución. Y (ii) para reforzar su posición, trae como argumento de autoridad legislativa las consideraciones que se tuvieron en cuenta por el legislador para la expedición de la Ley 294 de 1996, para afirmar que el legislador buscaba reprimir conductas ilícitas al “interior de la relación familiar o como consecuencia de haber existido una relación familiar”. Con lo que deduce que la Ley 294 de 1996 al momento de definir quiénes hacen parte del núcleo familiar, dice “padre y la madre de familia”, por lo que es suficiente que los sujetos tengan esa calidad respecto de un hijo(a), sin que importe si mantienen un matrimonio o unión marital de hecho ni si conviven. Protección que se da en razón a los derechos del niño, niña o adolescente a tener una familia y no ser separada de ella.

Tesis que la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia reiteró en Auto del 28 de agosto de 2008 (Exp. 2008-0033, 2008), en el caso de una mujer en estado de embarazo se encontró con su expareja, quien la agredió físicamente cuando ella le reclamó por la cuota mensual para su alimentación, pues esperaba un hijo suyo, con lo cual le causó 5 días de incapacidad médica legal sin secuelas. En esta oportunidad, la Sala Plena refirió los argumentos emitidos en el Auto de sala plena del 23 de marzo de 2006 para afirmar que la unidad familiar, cuando existen hijos, se mantiene entre el padre y la madre, aún después de la ruptura de la relación, porque eso era lo que buscaban proteger los legisladores de la Ley 294/1996 y porque ha sido esa la postura de la Corte Constitucional desde la sentencia T-523/1992.

Posterior a esto, la Corte no había vuelto a discutir este problema jurídico, hasta el 7 de junio de 2017 (Rad. 48047, 2017), cuando se le presentó el caso de una expareja con hijos que convivían bajo el mismo techo, en el que el hombre agredió a su expareja delante de ellos de forma verbal y físicamente, generando una incapacidad médica legal definitiva de 8 días. Con este caso, se volvió a cambiar la tesis, a un “NO” rotundo porque consideró que cuando el artículo 2 de la Ley 294 de 1996 y el artículo 26 de la Ley 1257 de 2008 consagran que se integra un núcleo familiar con “*los cónyuges o compañeros permanentes*”, pretende proteger de las agresiones que

uno le cause al otro, solo si mantienen un núcleo familiar (convivencia); y cuando señala que un núcleo familiar se compone con “*el padre y la madre de familia, aunque no convivan en un mismo hogar*”, protege de las lesiones que se produzcan no entre los padres, sino teniendo al hijo como posible autor o victimario. Concluye la Corte que los padres “*son familia respecto de sus hijos y por siempre, pero si esos progenitores no conviven en el mismo hogar no conforman entre ellos un núcleo familiar*”. Es decir, cuando la convivencia termina, las parejas pierden la protección legal que el derecho les da sobre el delito de violencia intrafamiliar y acoge las lesiones como personales dolosas.

Los argumentos que sostienen las anteriores conclusiones son: (i) para la Corte, el punible de violencia intrafamiliar no busca la protección de cualquier miembro de la familia, sino que la víctima y el victimario tienen que hacer parte del mismo contexto nuclear, pues no se protege a la familia en abstracto, como institución básica de la sociedad, sino “*la coexistencia pacífica de un proyecto colectivo que supone el respeto por la autonomía ética de sus integrantes*”. (ii) Si bien la Constitución permite que nazca una familia por voluntad de las personas, es dable concluir que también puede terminarse por su voluntad, ello respecto de las parejas, pero no ocurre lo mismo con la relación paterno filial, porque siempre serán padres e hijos. (iii) No puede constituirse la noción de “núcleo familiar” desde el derecho de los niños a tener una familia y no ser separado de ella, porque se impediría el divorcio o separación, quebrantando la dignidad, autonomía personal y autodeterminación de los progenitores, desconociendo que en ocasiones disfuncionales es más garantía de los derechos de los niños la separación de uno de sus padres para lograr tranquilidad en su contexto familiar nuclear. (iv) La protección estatal de la familia no se consigue solo con el derecho penal. Afirmar que cuando termina la convivencia de pareja, o sin siquiera haber convivido, se mantiene entre ellos el núcleo familiar, cuando tienen hijos comunes menores de edad, corresponde a una ficción ajena al Derecho Penal. (v) En un caso anterior (Rad.35764), la Corte, ante una denuncia entre hermanos, consideró que no había afectación al núcleo familiar, porque cada uno de los sujetos tenían su propio núcleo familiar o unidad doméstica separada, similares argumentos se utilizó en el caso (Rad.34510) en el que se estudió la circunstancia de agravación de un homicidio, así como en el caso de violencia intrafamiliar con compañeros permanentes que no habían cumplido los 2 años de convivencia (Rad.33772) y respecto de las parejas homosexuales en la sentencia C-029/09. (vi) La modificación al artículo 229 del CP, con el artículo 33 de la Ley 1142 de 2007, “reitera la necesidad de que agresor y agredido pertenezcan a una unidad doméstica, inclusive, sin que medien vínculos de consanguinidad, pues no se trata de asegurar la tranquilidad y armonía de la familia *in extenso*, sino del *hogar* en concreto”. (vii) Desde el derecho comparado, se aporta posiciones del Tribunal Supremo Español, en el cual el punible similar al de violencia intrafamiliar se le llama “violencia doméstica” y el Código Penal Federal de México, con el que se consagra para

su configuración que tanto víctima como victimario deben convivir.

Esta tesis de considerar que el maltrato a la expareja no conviviente, no permite que se configure el tipo penal de violencia intrafamiliar, se ha mantenido hasta el momento. Reiterándose en sentencia del 6 de diciembre de 2017 (Rad.50775, 2017) en la que se estudiaron las agresiones verbales y físicas de parte de un hombre a su exesposa, de quien se había divorciado hacía 3 meses y con quien tenía 2 hijos menores de edad. En este caso, pese a que el fallo de segunda instancia se profirió antes del cambio de posición jurisprudencial, y con fundamento en una visión amplia del núcleo familiar, derivada de la sentencia de la misma Sala del 3 de diciembre de 2014 (Rad.41315), se casó la sentencia por encontrarse que los implicados pese a tener unos hijos, no convivían juntos, por lo que se cambió la calificación jurídica de la conducta a lesiones personales dolosas.

Con similares argumentos, en sentencia del 6 de diciembre de 2017 (Rad. 49956, 2017), la Corte casó la sentencia de segunda instancia, para modificar la calificación jurídica a lesiones personales dolosas en el caso de una mujer que cuando se encontró con su exesposo y padre de su menor hijo, este la amenazó de muerte por algo que supuestamente dijo de él y le propinó golpes, causándole 8 días de incapacidad médica legal definitiva sin secuelas. Esto por considerar que el núcleo familiar que protege el tipo penal de violencia intrafamiliar, debe ser actual y vigente, debe asegurarse la existencia material y real, no formal, de una familia y por ello no pueden componerla quienes no conviven.

Igualmente se reiteró la tesis negativa, que califica el maltrato a una expareja como lesiones personales dolosas, en auto del 17 de enero de 2018 (Rad. 50274, 2018), en el que una mujer, al recoger a su hijo menor de edad de la casa de sus abuelos paternos, recibió maltrato verbal y un cabezazo que le produjo una incapacidad médica legal definitiva de 10 días de su excompañero sentimental y padre de su hijo. Como en el auto del 4 de abril de 2018 (Rad. 51956, 2018), en el que se analizó el caso de una ex pareja, aún conviviente, porque el hombre agredió en el rostro y brazos a su excompañera permanente delante de su hijo común, ocasionándole una incapacidad médica legal definitiva de 5 días sin secuelas, en este asunto se calificó la conducta como violencia intrafamiliar, resaltándose que esto era así no porque tuvieran un hijo en común, sino porque el maltrato se dio entre convivientes, quienes conforman una unidad doméstica.

La sentencia más reciente –hasta el momento– en la que se plantea este problema jurídico, es la emitida el 4 de abril de 2018 (Rad. 46784, 2018), en la que se planteó el caso de una mujer que cuando decidió terminar la relación de pareja con el padre de su hija y con el que convivía para el momento de los hechos, fue retenida de manera violencia por su excompañero permanente, quien la hizo subirse a diferentes medios de trans-

porte en horas de la noche y madrugada, y la sometía para besarla y para firmar un recibo de constancia de pago de cuota alimentaria a favor de su hija común, ocasionándole una incapacidad médico legal de 6 días. El problema jurídico principal en este caso era el establecer si procedía de la modificación de la calificación jurídica de la conducta por la que el imputado se allanó a los cargos. Se dijo que de considerarse que existían vulneraciones a garantías fundamentales procedería, mediante la nulidad del acto de allanamiento. Pero, la Corte consideró que en este caso no se justificaba decretar la nulidad, porque como se originaron los hechos al momento en el que la víctima le comunicó la decisión de terminar la relación al victimario y para ese entonces convivían como pareja, por lo que se cumpliría los criterios establecidos en la sentencia del 7 de junio de 2017 (Rad. 48047) para calificar la conducta como violencia intrafamiliar y no “lesiones” como lo dijo el Tribunal de segunda instancia.

4. CONCLUSIONES

De la línea jurisprudencial podemos deducir que en el 2006 y 2008 la Sala Plena del Alto Tribunal sostuvo la tesis de que los maltratos entre exparejas sí configuraban una violencia intrafamiliar. Aunque la tesis es positiva a nuestro problema jurídico, en sus argumentos no se refleja una perspectiva de género. Por el contrario, el amparo que se les da a las víctimas de maltrato por la expareja se circunscribe al derecho de sus hijos de no ser separados de su familia y a la obligación que como padres tienen de mantener unas relaciones cordiales para el bienestar psicológico de sus descendientes. No se discute aquí que esa sea la obligación de todo padre: no perturbar las emociones de sus hijos, ni utilizarlos como premio u objeto de amenaza contra su expareja, pero los argumentos de esta tesis no atacan al panorama completo, ni su causa, pues el maltrato a la expareja no lo genera –en la mayoría de los casos–, la existencia de hijos en común sino las desigualdades de las relaciones de poder entre los padres, los estereotipos de machismo y sexismo, que persisten si se ve el problema social y familiar desde el lente androcentrista, que invisibiliza a las mujeres no madres y discriminan a las madres, por tan solo ser valoradas por su función con sus hijos y no como mujeres, como personas.

Lo curioso de este argumento de 2006 que pretende proteger a los niños, niñas y adolescentes a su derecho de tener una familia y no ser separada de ella, es que, pese a que perduró hasta el 2017, las denuncias por hechos de maltrato a la expareja que se presentaban por el ente acusador, no se hacían centradas en la afectación del maltrato a los hijos de esa expareja, pues se calificaban como víctimas a las madres que recibían el maltrato directamente y no el indirecto que pudiera haber afectado a sus hijos. Contradiciendo en la práctica el argumento de la jurisprudencia, pues si se aplicaba la violencia intrafamiliar para exparejas por la afectación de esta conducta para sus hijos, bajo esa premisa, sus hijos en común han debido ser las víctimas

del punible. Lo que confirma el criterio sospechoso de violencia de género, por omitir en la jurisprudencia la relevancia del maltrato a la mujer.

Por otra parte, desde 7 de junio de 2017 contamos con una jurisprudencia vigente, reiterada y consolidada del órgano de cierre en la justicia penal, limitadora del núcleo familiar, para la interpretación del tipo de violencia intrafamiliar. Con esta tesis se considera que solo existe antijuridicidad al bien jurídico de la unidad familiar, si hay una afectación o maltrato a las personas que viven bajo la misma unidad doméstica, entendida como “bajo el mismo techo”, porque se asume que el legislador con la implementación del tipo de violencia intrafamiliar, no buscó un amparo abstracto sobre la familia como núcleo de la sociedad, sino uno concreto, proteger a las personas que constantemente se relacionan, comparten convivencia diaria, y por eso son más vulnerables entre sí. Excluyendo del punible a los actos de maltrato que se generan a la expareja con la que no mantienen convivencia, sin importar si se tienen hijos comunes o no. Porque el literal b) del artículo 2 de la Ley 294 de 1996, que contempla una forma de composición de un núcleo familiar, deja de interpretarse en referencia a la conducta de violencia intrafamiliar, como el maltrato del padre o madre entre sí, aunque no convivan, y pasa a entenderse que el victimario no se relaciona taxativamente en el numeral, sino de forma tácita por corresponder al hijo en relación con los padres, quienes pueden no convivir con su hijo, pero sí configurar violencia intrafamiliar si este les propina un maltrato; último argumento que también fue el que formuló el Alto Tribunal con la sentencia fundante en 1998.

El punto positivo para esta posición, es que ya no diferencia a la mujer no madre de la mujer madre, y tampoco una vulneración a ella, pues la asume como una afectación a la familia, pero en todo caso, termina teniendo más puntos negativos, pues convierte una protección disminuida o parcializada en una desprotección total, y –lo peor– sin argumentos contundentes.

La idea principal de la tesis de la Corte Suprema de Justicia desde el 7 de junio de 2017, es que no todo asunto del derecho de familia puede ser tratado por el Derecho Penal. Hay un claro mensaje de despenalización de asuntos que otrora se conocían como violencia intrafamiliar, para disminuir su punibilidad, quizá amparada por las propuestas legislativas del momento que buscan despenalizar totalmente los delitos de violencia intrafamiliar e inasistencia alimentaria. Si bien es cierto en el Derecho Penal se tiene como principio que el uso de este sistema adversarial, sancionatorio y privativo de la libertad, sea de ultima ratio, y los conflictos familiares que trascienden a delitos no se solucionan con un proceso penal, con una pena, ni con un incidente de reparación integral, porque el sistema judicial contribuye incluso a ampliar las brechas entre víctima, victimario y su familia y así a que se mantenga el daño que con la conducta se ocasionó (la desintegración familiar), esto es así porque al derecho

penal solo le importa el delito, y la pena que se le debe imponer por esa trasgresión a los bienes jurídicos a los que el derecho les ha dado una preponderancia, pero no la recomposición del tejido social destruido; así que con base en esto, el considerar bajo este sentido “una ficción ajena al Derecho Penal” el que las exparejas por el hecho de tener hijos comunes mantengan el mismo núcleo familiar, pudiendo el derecho resolver estos asuntos por otros medios, disminuye o silencia la problemática y la convierte en unas lesiones personales, que no tiene ni la misma pena para el infractor, ni la misma protección del Estado para la víctima y su familia, y no da una solución real al conflicto sino, por el contrario, en ocasiones agrava las desigualdades de género. Ello se asegura porque no atiende a las implicaciones que tiene la violencia de género que nació por la relación familiar preexistente (con o sin hijos) y trascendió a la separación física, sin que se haya perdido el hilo de causalidad, y se olvida de todos los estereotipos y la estigmatización de las desigualdades de poderes en el curso de una relación de pareja y posterior a su terminación, pues al agresor poco le importa si la relación terminó en la vida real, porque a él, desde la niñez le han implantado que cuando una mujer dice “no” es “sí” y que para ser un varón, ninguna mujer lo puede dejar, y debe conservar su harén, o utilizando el término sexista popular: “su ganado”.

En definitiva, esta posición de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia desde la sentencia del 7 de junio de 2017, no fue tomada con una perspectiva de género, ya que en sus argumentos no se plantearon las causas que generan el maltrato a la expareja ni las consecuencias que representaría este cambio de interpretación de la conducta punible, que se aplicó incluso de manera retroactiva, para las mujeres madres que son víctimas de este suplicio aún después de terminar su relación. Lo cual, según Facio (1992), en un caso como el que se presenta en este artículo, en que se evidencien conflictos derivados de las desiguales relaciones de poder entre las partes, y que deliberadamente no se valoraron al momento de tomar la decisión por el juzgador, amplifican esta discriminación y la violencia de género para las víctimas, ya no solo propiciada por su expareja sino también por la justicia a la cual acudió para que la socorriera.

Si se analiza a quién beneficia y a quién perjudica esta posición jurisprudencial, se puede afirmar desde una perspectiva de género que la desidia del Alto Tribunal de valorar la situación real, para simplificarla o generalizarla, en los casos en que siendo afectadas con el flagelo de la violencia intrafamiliar, pese a que logran separarse físicamente de su relación abusiva, han tenido que seguir en contacto con el agresor aunque no compartan techo, porque, por ejemplo, tienen hijos comunes, o son vecinos, o compañeros de trabajo. Si el agresor decide no aceptar la pérdida, no hacer el duelo correspondiente y mantener o intensificar las agresiones a su ahora expareja, esa conducta y su interpretación actual benefician al victimario, ya que en el evento de generarle a la víctima 8 días de in-

capacidad médico legal⁴, en vez de representarle al agresor una posible pena mínima de 6 a 14 años⁵, pasa a una pena de 16 a 36 meses de prisión⁶, enviando un mensaje que está lejos de la función de la pena en el sistema penal de prevención general, lo que permite también evidenciar un tipo de castigo a las mujeres en el momento en que se encuentran más vulnerables, de alguna manera reprochándole que se haya revelado y haya decidido separarse físicamente de su expareja abusiva, pues la deja susceptible y vulnerable a la manipulación del victimario, beneficiándolo nuevamente en su empresa de conservación del poder sobre otra persona.

Esto se explica porque al silenciar las voces de auxilio y plantear objetivamente y a raja tabla el precepto que desde que se dé una separación física, se pierde la afectación al bien jurídico tutelado de la unidad familiar y por ende, su relevancia para el Derecho Penal, no solo se afecta la sanción punitiva de la conducta sino que también trunca las posibilidades de restauración de la dignidad y el proceso de empoderamiento de la mujer víctima, pues al entender la conducta como “lesiones personales”, se le quita el acompañamiento psicosocial y asistencial en el margen de las medidas de protección⁷ en casos de violencia intrafamiliar, y al permitir que la conducta sea querellable –por ende conciliable y desistible–, se retrocede en la evolución del ordenamiento jurídico, ya que permite que las mujeres víctimas de este tipo de situación pueden recaer en el ciclo de violencia. Así mismo, permite que se encuentren en peligro de mayores agresiones al requerir de conciliaciones prejudiciales para el inicio de la acción penal sin el tratamiento psicosocial adecuado, consintiendo el fenómeno de retractación, el cual no siempre se da por cambio real del victimario sino por amenazas, intimidaciones o manipulaciones; expresiones que se anticipan al reinicio del ciclo que tan difícil fue para ellas salir. No se trata de que las mujeres víctimas se vuelvan unas incapaces, sino que el ciclo de violencia de pareja les puede implicar un vicio en su consentimiento y voluntad, que termina, no con la ruptura de la relación sentimental, sino con un trabajo psicoterapéutico y de empoderamiento, después del cual no permitirán que se les manipule ni amenace.

Si bien es cierto que existe violencia de género cuando se asume a la mujer como sinónimo de familia, y lo que se discute en este artículo es que se haya excluido a las exparejas del núcleo familiar, no se pretende identificar a la mujer como familia, sino exponer que este cambio jurisprudencial

4 Tiempo promedio en los casos de la línea jurisprudencial descrita.

5 Por tratarse de una conducta agravada por el hecho de que la conducta recaiga en una mujer, conforme al artículo 229 inciso 2 del CP

6 Artículo 111 y 112 inciso 1 del CP

7 Título II de la ley 294 de 1996

no consultó la teoría de género para excluir a las mujeres⁸ del núcleo familiar que tienen con sus exparejas, ni las necesidades y afectaciones de estas víctimas de violencia de género, menos la política criminal, ni las causas y consecuencia de este tipo de conductas. Abriendo también una ventana para que en posteriores casos, ya no solo en relación con las exparejas, se resuelva afectaciones al núcleo familiar con similares argumentos simplistas de límite espacial de convivencia, por ejemplo, podría llegar a afirmarse que los cónyuges o compañeros permanentes que, manteniendo una relación a distancia, por diferentes circunstancias, por el hecho de no convivir constantemente bajo el mismo techo, de presentarse un maltrato entre ellos, no se configure una violencia intrafamiliar, porque la familia que se protege con este punible es la concreta que se limita a la convivencia pacífica bajo el mismo techo.

Adicional a lo anterior, resulta una prueba más de los argumentos de la Corte que generan violencia de género el hecho de que haya desaprovechado una oportunidad en el 2006 de zanjar este asunto definitivamente con el argumento de autoridad que expuso, y posteriormente haya omitido contra argumentar este postulado en el 2017. Ha debido profundizar el argumento de autoridad legislativo que la misma Sala trajo a colación en el 2006, de las justificaciones del tipo penal de violencia intrafamiliar, en las que se dijo que se buscaba reprimir conductas ilícitas al “interior de la relación familiar o como consecuencia de haber existido una relación familiar”, postulado que hubiera permitido enriquecer la discusión sin necesidad de acudir a estereotipos que limitan a la mujer a su condición de madre ni a la protección de los derechos de los hijos, cuando se quiere discutir en juicio solo el maltrato entre sus padres y menos a argumentos simplistas de la protección según características espaciales de convivencia. Con este argumento de autoridad resultaba fácil, por decirlo de alguna manera, interpretar que para el propósito del legislador que introdujo a nuestro sistema jurídico la conducta punible de violencia intrafamiliar, era intrascendente si para el momento de los hechos la pareja convivía, o tenían hijos comunes, pues el espíritu de la norma era proteger también a las personas que habiendo conformado una familia –en alguna época– fueran víctimas de maltrato originado por esa relación familiar anterior, asunto que volvería este problema ya no un debate doctrinal o hermenéutico, sino probatorio, y que protegería a la mujer que con mucho esfuerzo ha dado el primer paso para empoderarse, terminar la relación con su abusador y separarse físicamente de él.

Finalmente, si los razonamientos basados en teoría de género antes expuestos no fueran suficientes para reprocharle a la Corte, propone argumentos que se caen por su propio peso. Sostiene que como la Constitu-

⁸ A lo largo del artículo se refiere como víctimas del maltrato a las exparejas a las mujeres, por cuanto según las estadísticas recolectadas y citadas en este texto, en su gran mayoría, las mujeres son las vulneradas por este punible.

ción protege la conformación libre de familia, por la misma autonomía de la voluntad puede terminarse, pero como vemos en la ausencia de la posibilidad de divorcio unilateral, esa premisa ni siquiera es válida en el derecho civil personas, para los cónyuges, así que el argumento se cae al promover una afirmación que generaliza circunstancias familiares que resultan especiales en cada caso en particular, en las que en muchas ocasiones se mantiene la relación familiar, pese a su deseo de terminar el vínculo. Igualmente presenta como contra argumento de la jurisprudencia antes vigente, que la noción de “núcleo familiar” no puede fundarse en el derecho de los niños a tener una familia y no ser separados de ella porque según la Corte impediría el divorcio o separación, lo cual constituye una falacia del tipo “hombre de paja”, ya que la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia en sus providencias de 2006 y 2008 sobre el tema, nunca afirmó que cuando se amparaba con el tipo de violencia intrafamiliar el maltrato entre los padres exparejas, porque se mantenía el núcleo familiar, eso significaba que los padres no podían separarse o divorciarse, por el contrario, se indicó que esa inclusión se hacía precisamente en razón a la que los hijos son más vulnerables a afectaciones psicológicas –según dicha providencia– cuando sus padres se separan o divorcian. Además, fundamenta su tesis en la modificación al artículo 229 del CP, con el artículo 33 de la Ley 1142 de 2007, que permite la configuración del injusto por una persona que “no siendo miembro del núcleo familiar, sea encargado del cuidado de uno o varios miembros de una familia en su domicilio”, porque sostiene que la misma ley trata de situar el ilícito dentro de los límites de la residencia que comparte el núcleo familiar; argumento que pierde peso si tenemos en cuenta que este apartado normativo fue modificado el 19 de julio de 2017, con el artículo 3 de la ley 1850 de 2017 para derogar precisamente este límite espacial, dando el legislador el mensaje contrario al del Alto Tribunal.

Como un punto a resaltar que pudiera tenerse en cuenta para otra investigación sería el del estudio de las causas y consecuencias de la despenalización del punible de violencia intrafamiliar. Frente a lo cual considero que desde un punto de vista de justicia restaurativa, estaría de acuerdo en cierto grado, pero no como lo ha querido proponer la rama legislativa, ni como parece que lo está apoyando la Corte Suprema de Justicia: un simple cambio de interpretación del tipo con la finalidad de ignorar el problema social, pues insisto, el sistema penal acusatorio no produce una solución al conflicto familiar. Por el contrario lo tiende a agravar, pero una solución sí podría darse con el uso de justicia restaurativa, en los casos en que los afectados voluntariamente quieran probar una forma en la que de la mano de políticas sociales, de asistencia psicosocial y técnica para las víctimas, victimarios y sus familias, puedan intentar acordar formas que permitan la recomposición de sus relaciones familiares rotas. Aplicación que sería complicada, demorada y en algunas ocasiones frustrante, pero tendría mejores resultados que una revictimización y pena de prisión.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Ágreda Benavides, A., y López García, M. D. (2017). Dinámica relacional violenta en ex parejas heterosexuales, en proceso de denuncia penal por violencia intrafamiliar. (Tesis de Maestría en Familia) Obtenido de: http://vitela.javerianacali.edu.co/bitstream/handle/11522/10155/Din%C3%A1mica_relacional_violenta.pdf?sequence=1&isAllowed=y el 19 de septiembre de 2018. Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá D. C., Colombia.
- Comesaña Santalices, G. M. (2004). La ineludible metodología de género. Red Revista Venezolana de Ciencias Sociales, UNERMB, Vol.8 N°1 2004. Obtenido de: <https://ebookcentral.proquest.com/lib/unabsp/detail.action?docID=3168313> el 23 de septiembre de 2018.
- Contretas, M. I. (2014, diciembre) Estado del arte de la violencia intrafamiliar en Colombia: estudios socio jurídicos. Revista de Derecho Público N° 33 julio-diciembre de 2014. Universidad de los Andes, Bogotá, D. C., Colombia. 1-29. Obtenido de: <http://dx.doi.org/10.15425/redepub.33.2014.24> el 12 de agosto de 2018.
- Espinar Ruiz, E. (2003) Violencia de género y procesos de empobrecimiento. Estudio de la violencia contra las mujeres por parte de su pareja o ex – pareja sentimental. (Tesis de doctorado de la Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales de la Universidad de Alicante). Obtenido de: <https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/9905/1/Espinar-Ruiz-Eva.pdf> el 15 de octubre de 2018. Universidad de Alicante, España.
- Exp. N° 559. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto del 22 de enero de 1998.) No disponible en Relatoría de la Sala de Casación Penal, en su totalidad.
- Exp. N° 11-001-02-30-0007-2005-00032. (Corte Suprema de Justicia, Sala Plena. Auto del 23 de marzo de 2006.) No disponible en Relatoría de la Sala de Casación Penal, ni Relatoría de Sala de Tutelas, en su totalidad.
- Exp. N° 11-001-02-30-000-2008-00333-00. (Corte Suprema de Justicia, Sala Plena. M.P. RUTH MARINA DÍAZ RUEDA. Auto del 28 de agosto de 2008).
- Facio Montejo, A. (1992). Cuando el género suena: cambios trae. Una metodología para el análisis de género del fenómeno legal. ILANUD 1era edición. San José, Costa Rica, 1992. Obtenido de: <http://www.fiscalia.gub.uy/innovaportal/file/2477/1/libro.pdf> el 24 de septiembre de 2018.
- FACIO MONTEJO, A. (2002). Con los lentes de género se ve otra justicia. Revista EL OTRO DERECHO, número 28, julio 2002. ILSA Bogotá. Obtenido de: <http://sitios.te.gob.mx/genero/media/pd->

f/562cc59475f0864.pdf el 23 de septiembre de 2018.

Gómez Ortíz, O., Martín, L., & Ortega Ruiz, R. (2017). Conflictividad parental, divorcio y ansiedad infantil. *Revista Pensamiento Psicológico*, Vol 15 N° 2, 2017, pp 67-78. Obtenido de: <http://www.scielo.org.co/pdf/pepsi/v15n2/v15n2a06.pdf> el 20 de septiembre de 2018.

Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses (2016). *Boletín Epidemiológico. Violencia de género en Colombia. Análisis comparativo de las cifras de los años 2014, 2015 y 2016*. Obtenido de: <http://www.medicinalegal.gov.co/documents/20143/57985/Violencia+de+G%C3%A9nero+en+Colombia.+An%C3%A1lisis+comparativo+de+las+cifras+de+los+a%C3%B1os+2014%-2C+2015+y+2016.pdf> el 13 de septiembre de 2018.

Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses (2017). *Violencia contra las mujeres. Colombia, comparativo años 2016 y 2017 (enero a octubre)*. Obtenido de: <http://www.medicinalegal.gov.co/documents/20143/57992/Violencia+contra+las+mujeres.pdf> el 13 de septiembre de 2018.

Marchiori, H. (2010). *SERIE VICTIMOLOGÍA 8. VIOLENCIA FAMILIAR-CONYUGAL*. Obtenido de: <https://ebookcentral.proquest.com/lib/unabsp/detail.action?docID=3189184#> el 12 de septiembre de 2018.

Organización Muncial de la Salud. Organización Panamericana de la Salud. (2013). *Comprender y abordar la violencia contra las mujeres. Violencia infligida por la pareja*. Obtenido de: http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/98816/WHO_RHR_12.36_spa.pdf;jsessionid=F9F5CABB992B02E273B1C9B8519B8072?sequence=1 el 21 de septiembre de 2018.

Rad. 48047. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. SP8064-2017. M.P. LUIS ANTONIO HERNANDEZ BARBOSA. Sentencia del 7 de junio de 2017).

Rad. 50775. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. SP20607-2017. M.P. EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER. Sentencia del 6 de diciembre de 2017).

Rad. 49956. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. SP20612-2017. M.P. FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO. Sentencia del 6 de diciembre de 2017).

Rad. 50274. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. AP096-2018. M.P. LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO. Auto del 17 de enero de 2018).

Rad. 51956. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. AP1312-2018. M.P. EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER. Auto del 4 de abril de 2018).

APLICACIÓN DE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES EN LA EJECUCIÓN DE LA PENA

Alicia Martínez Ulloa^{1*}

Recibido: Octubre 15 de 2018

Aprobado: Noviembre 30 de 2018

RESUMEN

Este artículo ofrece una guía de los documentos básicos que conforman la aplicación de los instrumentos internacionales mínimos para la protección de los matices positivistas de los derechos humanos de las personas privadas de la libertad. También se presenta la intervención de juez de ejecución de penas en el punto relacionado con el Estado de Cosas inconstitucionales a partir de normas ius-fundamentales, legales y reglamentarias vigentes en Colombia.

Palabras clave: Ejecución de la pena, personas en reclusión, juez de ejecución de penas, Estado de Cosas inconstitucionales, derecho penal, dignidad humana y hacinamiento carcelario.

APPLICATION OF INTERNATIONAL INSTRUMENTS IN THE EXECUTION OF SANCTIONS

ABSTRACT

This article presents the need to offer a guide to the basic documents that make up the application of minimum international instruments for the protection of the positivist nuances of the human rights of persons deprived of their liberty. He also glimpses the intervention of the judge of execution of penalties in the point related to the state of unconstitutional things based on ius-fundamental, legal and regulatory norms in force in Colombia.

^{1*} Abogada. Especialista en Derecho penal, Especialista en Derecho constitucional, Especialista en Derecho público, Magíster en Derecho penal. Profesora Universitaria.

Key words: Execution of the penalty; people in detention; judge of execution of sentences; state of unconstitutional things; criminal law.

APLICAÇÃO DOS INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS NA EXECUÇÃO DA PENA

RESUMO

Este artigo oferece uma guia dos documentos básicos que compõem a aplicação dos instrumentos internacionais mínimos para a proteção dos matizes positivistas dos direitos humanos das pessoas privadas de liberdade. A intervenção do juiz de execução de penas no ponto relacionado com o Estado de Coisas inconstitucional é também apresentada a partir de normas jusfundamentais, jurídicas, legais e regulamentares atuais na Colômbia.

Palavras-chave: Execução da pena, pessoas reclusas, Estado de Coisas inconstitucional, dignidade humana, superlotação carcerária.

1. INTRODUCCIÓN

Para empezar, es importante recordar que la figura del Juez de Ejecución de penas, como garante del respeto a los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad, surge con la actual Constitución política y desarrolla las funciones que en el decreto 2700 de 1991 se les ha encomendado, señaladas tanto en la ley 65 de 1993, artículo 7A, como en el artículo 38 de la ley 906 de 2004, en cuyos preceptos se le encomienda la vigilancia de las condiciones de la ejecución de la pena y las medidas de seguridad impuestas en la sentencia, así como también la concesión o no de los sustitutos penales y beneficios administrativos, entre otros.

En el cumplimiento de estas funciones es importante resaltar que la pena recae necesariamente sobre una persona, por lo tanto, el respeto por la dignidad humana juega un papel primordial en la delicada tarea que debe cumplir el vigía de la pena. En esta labor se deben tener en cuenta no solo los principios constitucionales de la materia, que a la postre se transmiten en las disposiciones de la ley 65 de 1993, en los artículos del 1 al 13, sino también, la ley 906 de 2004. Asimismo, también deben ser aplicados los instrumentos internacionales que, por la vía del bloque de constitucionalidad, artículo 93 de la carta política de Colombia, juegan un papel importante en la salvaguarda de la ejecución de la pena para las personas en estado de reclusión.

El manejo que se le ha dado a la ejecución de la pena en Colombia, desde el texto supremo de 1991, ha sido el resultado del progreso en la relación especial de sujeción, que inicialmente sirvió para explicar los alcances del

principio de legalidad o las limitaciones posibles de los derechos ius-fundamentales de quienes se encontraban privados de la libertad.

2. RELACIÓN ESPECIAL DE SUJECIÓN

Este concepto se viene manejando desde el siglo XIX en Alemania, época con dificultades en el control de los espacios carcelarios, pues la cárcel era considerada un lugar sin ley de justicia penal. Razón por la cual se originaron las teorías de relaciones especiales de sujeción (Enterría Martínez-Carande, 2002); con las cuales se trató de explicar la relación jurídica existente entre el Estado y las personas privadas de la libertad, dando a estas últimas, un status jurídico reducido a una forma en extremo sencilla en la que todas las cosas se convierten en obligaciones y apenas se reconocen algunos derechos. Así lo señaló Mayer Otto (1982):

“Hay en el derecho público una clase especial de relaciones que contienen un poder general a favor de la autoridad: Se les ha dado el nombre de relaciones de sujeción particular.” (Mayer, 1982, pág. 134)

Y más adelante agrega: “Sujeción significa vínculo de dos personas desiguales desde el punto de vista del derecho, cuyo contenido lo determina la voluntad de la persona superior.” (Mayer, 1982, pág. 144)

Este concepto ha mejorado y ahora se reconoce que los prisioneros tienen un status jurídico particular: son considerados como sujetos titulares de derechos fundamentales, aunque con ciertas limitaciones derivadas de su situación de reclusos. Salomoni (1997) planteó una teoría de la sujeción de especial relación entre los reclusos y el Estado basada en tres principios:

- i) Una máxima vinculación o un plus de vinculación del administrado a la administración producida por la relación de sujeción especial; ii) un déficit de legalidad que se torna legal por esa especial relación de sujeción; y iii) una disminución de los derechos fundamentales. (Salomoni, 1997, pág. 154)

Principios que en primera medida se aplicaron a los funcionarios públicos, los agentes de la policía, la milicia y estudiantes de instituciones oficiales; sin embargo, la evolución del derecho terminó por cubrir también a la población carcelaria. Cabe entonces el interrogante: ¿cuál es el significado actual de la relación de sujeción especial con el Estado que tiene el interno? Para responder, en primer lugar, traigamos a colación lo que la Corte Constitucional ha dicho:

A partir del vínculo que nace entre el Estado y las personas privadas de la libertad, definido por esta Corporación como de ‘especial relación de sujeción’, se justifica la capacidad de adoptar ciertas medidas sobre la población carcelaria sin desconocer con ello los criterios de razonabilidad, utilidad, necesidad y proporcionalidad, que conllevan al cumplimiento de una serie de lineamientos, recogidos en la sentencia T-049 de 2016:

(i) La subordinación de una parte (los internos) a la otra (el Estado)

(ii) Esta subordinación se concreta en el sometimiento del recluso a un régimen jurídico especial, controles disciplinarios y administrativos, y la posibilidad de restringir el ejercicio de ciertos derechos, inclusive fundamentales.

(iii) Este régimen, en cuanto al ejercicio de la potestad disciplinaria especial y a la limitación de los derechos fundamentales, debe ser autorizado por la Carta Política y la ley.

(iv) La finalidad del ejercicio de la potestad y limitación en mención es la de garantizar los medios para el ejercicio de los otros derechos de las personas privadas de libertad, buscando cumplir con el objetivo principal de la pena, que es la resocialización.

(v) Como derivación de la subordinación, surgen algunos derechos especiales en cuanto a las condiciones materiales de existencia en cabeza de los internos.

(vi) El deber del Estado de respetar y garantizar el principio de eficacia de los derechos fundamentales, en especial con el desarrollo de conductas activas. (Corte Constitucional, Sala X, T-193, 2017)

Sobre este tema, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha manifestado que a partir del vínculo que nace del interno con el Estado se constituye una relación jurídica de derecho público que se encuadra dentro de las categorías *ius administrativistas*. Esta se reconoce como relación de sujeción especial, en la que se dispone al Estado como el garante de aquellos derechos que mantiene el recluso a pesar de la privación de la libertad. Producto de dicha relación se crean deberes mutuos, cuyo objeto es ejercer la potestad punitiva en lo que al cumplimiento de la pena se refiere y simultáneamente garantizar el respeto por los derechos de la población carcelaria.

Vale mencionar que las personas que se encuentran privadas de la libertad se movilizan con libertad para lograr vivir con dignidad sus derechos *ius fundamentales*. Si bien es cierto que sus derechos humanos son aquellos que el Estado otorga en el orden jurídico, es decir, con matices positivistas de los derechos humanos como derechos fundamentales en la constitución de 1991, es claro que los derechos humanos constituyen mínimos de existencia y por ello serán respetados y promovidos. De ahí que ellos sean parte del derecho positivo y al estar integrado en el ordenamiento jurídico constitucional adquieren un carácter vinculante para la nación y existen remedios procesales para verificar su cumplimiento o subsanar su afectación, la jurisprudencia constitucional los clasifica en tres grupos:

i) derechos fundamentales que indudablemente como a la libertad física y a la libre locomoción y los derechos políticos son suspendidos como

consecuencia de la pena de prisión) derechos como los de la intimidad personal y familiar, reunión, asociación, libre desarrollo de la personalidad y libertad de expresión sufren fuertes restricciones. iii) otro grupo de derechos, entre los cuales podemos encontrar algunos como la vida e integridad personal, la dignidad, la igualdad, la libertad religiosa, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la salud y al debido proceso, y el derecho de petición, mantienen su integralidad y contenido esencial intacto. (Corte Constitucional, Sala X, T-075, 2016)

Con el propósito de garantizar estos derechos surge la necesidad de ejercer controles sobre la actividad penitenciaria, no para controlar la administración, sino para controlar la esfera de la actuación estatal, el control de legalidad como cualquier ente del Estado. En estos casos se utiliza un control externo de tipo administrativo cuyos actos admiten al mismo tiempo un control por parte de Tribunales sentenciadores –control impropio o indirecto– y otro en donde el control está encargado a un órgano jurisdiccional, en Colombia sobresale el primero.

3. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES EN LA EJECUCIÓN DE LA PENA EN EL ESTADO COLOMBIANO

Con relación a lo anterior, los instrumentos internacionales juegan un papel muy importante no solo en la interpretación de la normatividad sobre los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad, sino que también en la la ejecución de la pena. En específico son:

1. Las Reglas mínimas para el tratamiento de reclusos. Fueron adoptadas en el primer congreso de las naciones unidas sobre la prevención de delito y tratamiento del delincuente celebrado en Ginebra en 1955 y aprobado más adelante por el Consejo Económico y Social.
2. Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión. Fue adoptado por la Asamblea General en diciembre de 1988.
3. Principios básicos para el tratamiento de los reclusos. Adoptado por la Asamblea General en diciembre de 1990.

Estos tres instrumentos ofrecen un conjunto amplio de salvaguardias para la protección de los derechos de las personas que están detenidas o encarceladas. En suma, afirman que todos los presos y detenidos deben ser tratados de tal forma que se respete su dignidad humana, en relación con las condiciones de detención. El objeto de este artículo es la guía de documentos básicos que conforman la aplicación de instrumentos internacionales mínimos aplicados para las personas en estado de reclusión y la intervención del juez de ejecución de penas en relación con el estado de cosas inconstitucionales. Para ello se ha realizado una ardua revisión bibliográfica acerca de estas experiencias, que comenzó en la búsqueda de revistas

indexadas en la base de datos y que se ocupan de las siguientes cuestiones: trato y disciplina, contacto con el mundo exterior, salud, clasificación y separación, quejas, registros, trabajo y ocio, religión y cultura.

Ha de indicarse que la regulación precedente no contempla el valor de un tratado internacional en cuanto a las formalidades de su aprobación e incorporación al derecho interno; sino que más bien son meras recomendaciones en principio carentes de posibilidad de vinculación. No obstante que han sido incorporadas en la jurisprudencia de la Corte constitucional como parte de las directrices que deben ser respetadas en el derecho penitenciario. De ahí que han servido de fundamento en reiteradas decisiones para resaltar las condiciones en los centros penitenciarios que se consideran violatorios de los derechos fundamentales, como se atisba en las sentencias T-879 de 2001, la T-851 de 2004, la T-1096 de 2004, la T-439 de 2006, la T-412 de 2009, entre otras.

Aclárese que la importancia de este documento es porque va a constituir el marco de referencia sobre el cual el Juez de ejecución de penas puede verificar la violación de los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad, principalmente el irrespeto a la dignidad humana.

a) En cuanto al derecho a la integridad física y moral

Los preámbulos de la Declaración Universal de Derechos Humanos y los dos Pactos Internacionales de derechos humanos destacan lo siguiente: la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad, inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables.

El Principio 1 del Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión dispone que: “Toda persona sometida a cualquier forma de detención o prisión será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”.

Este principio queda confirmado en los Principios básicos para el tratamiento de los reclusos. En estas Reglas mínimas, adoptadas por las Naciones Unidas en 1995 y que tratan sobre las características esenciales de la vida cotidiana en prisión, se detalla lo que constituye el trato humano de los reclusos.

Sin embargo, luego de varias búsquedas sobre los principios, son pocas las investigaciones del tratamiento de los reclusos. En estas pesquisas los documentos de mayor importancia hablan del derecho a la integridad física y moral como valor supremo y fundamental; pero no se habla del mismo en el área de comprensión carcelaria. Pese a ello, y dado su aporte dentro de la investigación, es pertinente retomar algunos estudios importantes por la perspectiva frente a la democracia, en los que se vislumbra el tratamiento en estados latinoamericanos tales como Perú, Argentina y

México, en donde se aporta una guía penitenciaria para el distrito federal, y el aporte de la defensoría del pueblo colombiano.

A continuación, se entrega un resumen y reseña de cada texto analizado con miras a rescatar los elementos más relevantes del análisis pretendido.

En cuanto al Derecho a la integridad física y moral, llama la atención el texto que lleva por título “El derecho a la integridad personal”, en el que se encuentra una definición pertinente, pues se presenta como un conjunto de condiciones *físicas, psíquicas y morales* que le permiten al ser humano su existencia, sin sufrir ningún tipo de menoscabo en cualquiera de esas tres dimensiones (Afanador C, 2002). De ahí que la autora exprese la necesidad de mantener ligado el derecho a la integridad física y moral al derecho fundamental a la vida; por ser este, en palabras de la misma, el presupuesto *sine qua non* de “todos los derechos humanos” y por ende, debe ser entendido como la necesidad de no sufrir menoscabo corporal, psíquico y moral. La distinción entre el derecho a la integridad y el derecho a la vida tiene que ver con que este último se entiende en sentido estricto como el derecho de existencia.

En este mismo sentido, la autora desarrolla ciertos aspectos en el contexto fundamental y democrático de los derechos humanos:

desde la perspectiva del Estado social y democrático de Derecho, el concepto de persona humana hace referencia al individuo no como abstracción autónoma y aislada, sino en su dimensión social, como entidad que actúa necesariamente en el complejo de la vida sociopolítica inalienable.

Y este viene a ser el sentido más importante ya que en democracia es posible alcanzar una óptima protección de los derechos humanos.

Afanador realiza igualmente un recuento con los referentes de vulneraciones al derecho de la integridad personal, hablando específicamente de la tortura, su origen y evolución, la conceptualización jurídica, los sujetos del derecho, el contenido del derecho a no ser torturado, aspectos de la desaparición forzada y su presencia en América latina, para llegar a un análisis de la misma, en Colombia; va desde los conceptos jurídicos sobre desaparición forzada y bienes de la personalidad protegidos, para terminar con el contenido del derecho a no ser desaparecido.

En el siguiente texto analizado, “Apuntes sobre el derecho a la integridad en la constitución Peruana”, se observa cómo el autor examina contenidos *ius-fundamentales*, consagrados en el inciso primero del artículo 2 de la Constitución peruana,; en relación con el derecho a la vida, y cómo también realiza un análisis de las dimensiones morales, físicas, psíquicas y las conductas lesivas (Sáenz Dávalos, 2015), revisando su reconocimiento como derecho, y las diversas aristas del derecho a la integridad moral, psíquica y física. Con tales herramientas se puede realizar un

examen latinoamericano de espectro amplio de la situación en la región.

Otro documento que genera un aporte en el tema fue realizado en el área de trabajo social. Dicho texto reitera que la integridad es un derecho de orden fundamental, dándole su origen en el respeto a la vida y el sano desarrollo. En este trabajo se insiste en la idea de que estamos ante un derecho fundamental, por conexión con el de la vida, ya que hace parte de un conjunto de derechos que conforman un todo. Asimismo, hace referencia a los aspectos definitorios de la tortura, tratos crueles o denigrantes, y se plantea la integridad desde un contexto democrático, dejándonos la reflexión de que: “el mejoramiento en la defensa, protección y promoción de los derechos humanos, en particular de la integridad personal, sólo es posible con una verdadera profundización de la democracia” (Guzmán, 2007, p.7).

En el programa de derechos humanos del distrito federal de ciudad de México se busca, según el autor Solórzano Betancourt (2010), en El Programa de Derechos Humanos del Distrito Federal (PDHDF): “Respetar, proteger, promover y garantizar, bajo el principio de igualdad y no discriminación, el derecho a la integridad, a la libertad y a la seguridad personal de todas las personas que habitan y transitan en el Distrito Federal.” (Solórzano Betancourt, 2010, pág. 5) Este documento se consideró importante porque enseña un parangón de las estrategias para velar por la integridad.

En cuanto a la libertad y la seguridad personal, la autora elabora una línea de acción en relación con estos derechos y los responsables de la aplicación e implementación de los mismos, acompañada con un programa de derechos humanos del distrito federal. Este folleto de corte institucional muestra las obligaciones adquiridas por esa nación, para lograr un seguimiento en la legislación y las políticas públicas. Esto permite adoptar una guía para analizar los resultados y se convierte en un mecanismo que facilita el seguimiento de dichas políticas (Solórzano Betancourt, 2010, pág. 13)

Seguidamente, se analizó el texto titulado “Derecho a la integridad personal en el sistema carcelario”, cuyo aporte es la visión de los derechos fundamentales desde una óptica del sistema de Derechos Humanos Americanos y de Naciones Unidas en la Argentina, en donde los derechos son violentados dentro de los centros de reclusión y a través de la práctica de la tortura. En el artículo las autoras concluyen que todo el sistema tiene un punto de encuentro al reconocer, amparar y regular el derecho a la integridad personal, principalmente al prohibir la tortura, e invitan a la consecución de un ordenamiento “interno de normas que prohíban o en todo caso sancionen la comisión de la tortura dentro del sistema carcelario.” (Duarte, Paz, & Sueldo, 2016, pág. 327)

Tras la incorporación de los tratados internacionales en este país, se tipificó la tortura como delito y se desarrolló el sistema de protección con

la ley N^o 26.827, que habla sobre el Sistema Nacional de Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. (Duarte, Paz, & Sueldo, 2016, pág. 21)

Colombia cuenta con un documento elaborado por la Defensoría del Pueblo que abarca también los contenidos del derecho a la integridad personal, la protección internacional, y la protección nacional. Para el autor del texto es importante resaltar a los derechos humanos como una de las más grandes victorias de la humanidad; de ahí que se traten de una condición inalienable e imprescriptible, en sí latente por el solo hecho de ser personas o por su existencia.

La Defensoría del pueblo tiene el deber de impulsar por todo el país proyectos relacionados con los derechos humanos, trabajo que debe realizado de manera flexible para poder introducir contenidos. Con este fin se usa un manual de casos, un glosario de términos y una guía pedagógica, soportados en parámetros de doctrina y jurisprudencia. Dicho manual también trata del modo de incorporación a la constitución nacional y pese a ello, se observa que aun cuando se tienen tantos elementos comunes, nada dice sobre los procesos carcelarios, dando a entender que estos derechos quedan restringidos por la condena, o no se aterrizan a la realidad carcelaria. (Cifuentes Muñoz, 2001, pág. 7)

Por último, en el texto de “Contenido del derecho a la integridad personal” el autor pretende crear una herramienta que contenga las diferentes interpretaciones y decisiones emitidas por los distintos organismos internacionales especializados en esta materia, tanto en el sistema universal como en el sistema regional de protección de los derechos humanos, para de esta manera crear un corpus jurisprudencial y doctrinal sobre algunos vacíos conceptuales existentes en la actualidad sobre este tema. (Galindo, 2009, pág. 111)

Del texto se rescata el hecho de que los estados están en la obligación de prohibir en su legislación interna todo tipo de actos violatorios de los derechos humanos, así como deben investigar y sancionar a los autores materiales o intelectuales de actos que atenten contra la integridad física, psíquica o moral de las personas. En consecuencia, los estados pueden y deberían indemnizar a las víctimas y a sus familiares por los daños causados, y ellas pueden apelar incluso ante distintas instancias internacionales para responsabilizar a los gobiernos por su negligencia o incompetencia. En virtud de la analogía, es viable trasladar la rigurosidad de los aportes previamente mencionados a campos carcelarios o penitenciarios, y resulta importante, puesto que el responsable del cuidado, aplicación y cumplimiento del derecho a la integridad personal es el Estado, que ejerce su acción coercitiva para la garantía de los fines esenciales del mismo y por ello se somete a una dualidad que lo hace garante, no solo

de la sanción, sino de garantizar a quienes han sido sometidos a la política criminal, los derechos que tan atentamente se han constituido. (Galindo, 2009, pág. 125)

b) Prohibición de la tortura y los malos tratos

Las reglas relativas a la prohibición de la tortura, así como los malos tratos provienen de la ratificación de Convenios sobre derechos humanos, en particular, aquellas que fueron establecidas por la Organización de Naciones Unidas en la Declaración Universal (1945), Igualmente, así como aquellas que protegen los derechos civiles y políticos de los habitantes del Estado. El marco jurídico que establece tal protección, se puede resumir en:

1. Las prohibiciones de la tortura y los malos tratos contenidas en el artículo 5 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos,
2. En la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes –Parágrafo 1 del artº primero (1)-,
3. En el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos civiles y Políticos
4. En el principio 22 del Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión y
5. En la regla 44 de las reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos.

Los anteriores instrumentos internacionales son inequívocos frente a la imposibilidad de justificar la tortura o los tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, pues la definición de tortura es amplia e incluye cualquier forma de dolor o sufrimiento, sea físico o mental y distinto a la detención o el encarcelamiento.

Bajo ese entendido:

- Los reclusos nunca deben ser golpeados o sometidos a castigos corporales.
- No pueden infligirse castigos corporales como infracciones disciplinarias.
- Sólo puede recurrirse al uso de la fuerza cuando sea indispensable para contener a un preso.
- Debe capacitarse al personal en métodos no violentos para tratar con presos difíciles.
- En el desempeño de sus funciones, el personal debe actuar siempre en el marco de la ley.
- El personal declarado culpable de torturar o infligir actos de violencia injustificados a los presos debe ser perseguido y sancionado de conformidad con la ley.

Sin embargo, después de analizar un poco más de 17 artículos, que estudiaron asuntos relacionados con esta temática, se puede establecer que: la violencia en centros penitenciarios, en forma de motines y enfrentamientos, puede darse por situaciones de hacinamiento (Sancha, 1992); que la escasez de recursos no solo para actividades o de materiales, sino en servicios de alimentación, higiene, medicina y salubridad es una forma de tortura (OIP, 1996); y que las consecuencias objetivas de las peleas o enfrentamientos entre internos y empleados son otra de las tantas formas de violencia (Rosales, 1997).. Al final, se añadieron al análisis dos estudios realizados por los profesores e investigadores José Ignacio Ruiz y Darío Páez Rovira, en los años 1999 y 2002. El primero es uno exploratorio en el que se comparan los efectos psicosociales en cinco centros penitenciarios. (Ruiz, 1999) En el segundo, se encontró en una muestra de empleados de prisiones que dos de los cinco sucesos que mostraban correlaciones directas más fuertes, con índice de malestar emocional, fueron haber sido golpeados, o ver golpear a otros en reclusión y hasta haber participado o sentir la experiencia de los enfrentamientos, peleas colectivas o motines con armamento en la prisión. (Rovira, 2002)

c) Ingreso y puesta en libertad

Las personas privadas de su libertad serán retenidas en lugares de detención oficialmente reconocidos. Se mantendrá un registro detallado de todas las personas privadas de libertad.

Todos los presos recibirán inmediatamente información escrita sobre las normas que rigen su trato y sobre sus derechos y obligaciones. Las familias, los representantes legales y, si procede, las delegaciones diplomáticas de los presos recibirán información completa sobre el hecho de su detención y sobre el lugar en el que están detenidos.

Se ofrecerá a toda persona detenida o presa un examen médico apropiado con la menor dilación posible después de su ingreso en el lugar de detención o prisión. Contenido lo anterior en la regla 7 de las reglas mínimas para el tratamiento de reclusos, en la regla No. 35 *ibidem*; en el principio No. 13 del conjunto de principios para la protección de las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión.

Significa lo presente que el reconocimiento de la dignidad humana comienza en el momento en que el preso es admitido por primera vez en la prisión. Un dato que resulta de gran interés en la puesta de libertad de las personas que estaban privadas de esta es el entorno socio-familiar. En la revista Anuario de Psicología Jurídica se aborda este principio como un instrumento que aumenta las posibilidades de recuperación de cualquier delincuente (joven o adulto). En la medida en que, si un joven cuyo primer delito es poco grave y posee buen apoyo familiar, el pronóstico de la libertad será favorable. Entonces al momento de contemplar el apoyo

familiar positivo, se hace referencia a que su grupo familiar responsabiliza al interno ante el delito cometido y no le cubre o protege. Del mismo modo, el artículo en cita puntualiza que el apoyo familiar estable es el que se mantiene en el tiempo; en el resultado de la investigación encontraron que a veces se encuentra un apoyo familiar positivo, pero por el contrario no es un apoyo familiar estable (Rocío, 2009). En esa línea cuando el interno tiene más de 40 años y existe profesionalización delictiva, habitualmente carece de entorno familiar o social, dado que con el transcurso de los años ha ido perdiendo contacto con el mundo exterior, debido a la multitud de ingresos.

En esa medida, las vías de asociaciones que el vigía de la pena determine son importantes para que disfrute los beneficios penitenciarios y el apoyo conjunto del equipo o cuerpo de trabajo social del centro de reclusión.

d) Derecho a una calidad de vida adecuada

Toda persona privada de la libertad será tratada humanamente en aras de procurar la indemnidad del valor y principio de la dignidad humana, desde luego considerando la amplitud del respeto que tal resorte comprende.

Los razonamientos vertidos del anterior precepto legal tienen un fundamento normativo respetable, por lo que resulta prudente mencionar el contenido jurídico contemplado en el art. 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. En el pacto Internacional de derechos políticos y civiles en sus artículos 10 y 11 también se hace mención, respecto de este último también en su parágrafo 2 y terminado en las directrices y medidas para la prohibición y la prevención de la tortura y los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes en África, conocidas generalmente como las directrices de Robben Island.

Cabe mencionar que la privación de alimentos y agua en una cantidad suficiente, así como de vestidos y de alojamiento apropiados, a menudo pueden ser vistos como malos tratos a los presos, cuestión que puede ser considerada tortura en los peores casos. Finalmente, es importante saber que infligir tortura física o un trato cruel, no es la única forma de infringir las directrices de Robben Island.

En un Estado social de derecho como Colombia, el trasplante del complejo industrial carcelario a finales del siglo XX introdujo arquitecturas carcelarias, tecnologías de control y regímenes disciplinarios represivos que anulan las subjetividades, los vínculos sociales y familiares, y someten los cuerpos de las personas a dominación absoluta con la excusa de mantener la «seguridad» en los penales (de Dardel, 2015)

FCSP, 2012). Esta recomposición del campo penitenciario ha significado el incremento de la población carcelaria, la construcción de más prisiones y la degradación de las condiciones de vida en los penales. El complejo

industrial carcelario no solo refleja la hipertrofia penal del Estado, sino la expansión de umbrales de muerte en contra de aquellos cuerpos excluidos por el mercado y marginados de la política asistencial estatal (Wacquant, 2010)(Ariza, 2011)

Estos espacios de poder, que producen la desacralización del cuerpo y su sometimiento a condiciones de destrucción, son propios del ejercicio del poder necrótico. La cárcel, haciendo eco de los argumentos de Mbembe, es un *«mundo de muerte»* en el que se producen formas únicas y nuevas de existencia social, en las que numerosas poblaciones se ven sometidas a condiciones de existencia que les confieren el estatus de muertos-vivientes (Mbembe, 2011, págs. 74-75)

Es factible entonces sostener el argumento de que en las cárceles de Colombia se ha configurado un campo necropolítico que expone a umbrales de muerte, tanto física como social, a las personas privadas de la libertad. Esta idea fue desarrollada en el trabajo investigativo “Cárceles de la muerte: necropolítica y sistema carcelario en Colombia” de Bello, J. A y Parra, G. (2016). Durante la investigación se analizaron de manera crítica los informes sobre derechos humanos en las cárceles, empleando categorías interpretativas del *black feminism*, como el complejo industrial carcelario y la interseccionalidad, para señalar que en las cárceles opera una racionalidad que excede la biopolítica, instalando la muerte y la deshumanización como elementos cotidianos de su funcionamiento. (Bello & Parra, 2016)

d) Alojamiento

Las estructuras físicas destinadas a los reclusos deberán proporcionar un volumen suficiente de aire, superficie mínima, alumbrado, calefacción y ventilación. Igualmente, cuando los presos ocupen dormitorios colectivos tendrán que ser cuidadosamente seleccionados y sometidos a vigilancia nocturna.

Tal reglamentación se vislumbra en el art. 16 de la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes; en las Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos, es decir, en la regla 9 inciso 1 y 2, en la regla 10, en la regla 11 literal a) y b) y en la regla 26 inciso 1; en el apartado c); y por último, en las directrices de Robben Island en África.

Por lo discurrido, la sobreocupación de las instalaciones donde se alojan los presos es uno de los mayores problemas en muchas cárceles. Esto implica que dos o tres personas vivan en celdas originalmente previstas para una sola persona. En Colombia, un gran número de reclusos se encuentran hacinados en pequeños dormitorios, con un número insuficiente de camas, o sin colchones o ropa de cama adecuada.

En conclusión, no existe una norma universal para el área de alojamiento de los detenidos². Sin embargo, algunas organizaciones y en algunos foros, se han hecho recomendaciones para distintos grupos de países, por ejemplo:

“La Declaración de Kampala sobre las condiciones penitenciarias en África, de 1996, establece que los detenidos ‘deben vivir en condiciones compatibles con la dignidad humana’ y que las condiciones en las que son mantenidos los reclusos ‘no deben agravar el sufrimiento que de por sí provoca la pérdida de la libertad’” (UNODC, 1996, pág. 42)

El principio XII de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en lo articulado con la Resolución 1/108, Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, señala la capacidad de alojamiento como una mera guía del cumplimiento de las normas sanitarias.

Ahora bien, en reseña histórica y por falta de normas universales, varios países establecieron sus propias normas nacionales, las cuales presentan grandes diferencias. Por ejemplo, las normas europeas varían desde un espacio de 4 m² en Albania a 12 m² en Suiza. Algunas jurisdicciones exigen un mayor espacio para los detenidos en prisión preventiva, otras exigen más espacio para las mujeres (por ejemplo, Islandia, Polonia y Eslovenia), y otros países siguen diferenciando a los adultos de los delincuentes juveniles (por ejemplo, Hungría y Letonia) (Walmsley, 1997).

En el sur del continente americano, en Chile, se especifica un área de alojamiento de 6 m² que incluye una cama individual, una ducha, un lavabo, un escritorio y un estante. En Guatemala, existen tres tipos de celdas: las celdas individuales miden 11,52 m²; las celdas para tres personas miden 20,68 m², con un promedio de 6,98 m² por persona; y las celdas colectivas para 37 detenidos miden 276,35 m², con un promedio de 7,46 m² por persona. Estas dimensiones incluyen el espacio para retretes y duchas. Estos requisitos mínimos de espacio no están específicamente establecidos por las leyes ni por los reglamentos.

En África, el alojamiento en dormitorios es la norma. En Kenia, el requisito de espacio mínimo es de 40 pies cuadrados (3,7 m²) por detenido. En Senegal no se especifica un espacio mínimo, pero un estudio interno reveló que el área de suelo promedio es de 3,55 m² por persona, con una capacidad de 5 m³.

2 De acuerdo con la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas (1977). Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos. Obtenido de: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/treatmentofprisoners.aspx>. Las RMPTR, en su artículo 10°: “Los locales destinados a los reclusos y especialmente a aquellos que se destinan al alojamiento de los reclusos durante la noche, deberán satisfacer las exigencias de la higiene, habida cuenta del clima, particularmente en lo que concierne al volumen de aire, superficie mínima, alumbrado, calefacción y ventilación.”

Así mismo en Mauricio, el requisito de espacio per cápita es de 8,75 m² en una celda individual, de 4,08 m² en dormitorios para 20 personas y de 5,58 m² en una sala de hospital. En Colombia, el Decreto 040 de 2017 en su artículo 2.2.1.13.1.3. “Especificaciones de infraestructura”, en compartimiento armónico con el numeral 16 del artículo 2 del Decreto 4151 de 2011 “Funciones”, autoriza al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario IPEC a determinar las necesidades en materia de infraestructura para una adecuada prestación de los bienes y servicios de las personas privadas de la libertad y obtener los suministros por parte de la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios SPC. Empero, no deja claros los requisitos de espacio. En aquellos países que aplican normas mínimas, su cumplimiento es cada vez más difícil como consecuencia del incremento constante de la población carcelaria.

Es por ello que la Asociación Correccional de Estados Unidos ha publicado las Normas para instituciones correccionales de adultos, que establecen disposiciones espaciales para la ocupación de una celda individual (35 pies cuadrados/ 3,25 m²) y para la ocupación de celdas compartidas (25 pies cuadrados/ 2,32 m²)³. Muchas jurisdicciones mencionan otras variables, tales como horas de confinamiento por día y el grado de supervisión, como factores relevantes para determinar lo que se considera espacio suficiente. En Australia, el estado de Victoria especifica 8,75 m² para una celda individual con una ducha y un retrete, 6,5 m² para una celda individual sin ducha ni retrete y 12 m² para las celdas diseñadas para dos ocupantes⁴.

En las Reglas Penitenciarias Europeas (RPE) no especifican los requisitos mínimos de espacio, capacidad y ventilación. Sin embargo, el comentario sobre las RPE remite al Comité Europeo para la Prevención de la Tortura (CPT).

El CPT exige “un espacio mínimo absoluto de 4 metros cuadrados para los detenidos en celdas compartidas y de 6 metros cuadrados para los detenidos alojados en una celda individual” en todas las circunstancias, pero agrega que en casos particulares este requisito mínimo puede ser mayor, lo que depende “de la calidad del espacio y de la cantidad de tiempo que los reclusos tengan que pasar en su celda”. En el acápite se añade que “si bien el CPT nunca consignó esta norma de manera expresa, existen indicios que sugieren que el CPT considera que el tamaño conveniente para una celda individual debería ser de 9 a 10 m²”⁵. (Drenkhahn, 2015, pág. 115)

Finalmente, no se puede decir que el Comité Internacional de Cruz Roja

3 “El espacio libre de obstáculos es el espacio utilizable no ocupado por muebles o enseres”. Asociación Correccional de Estados Unidos, *Adult Correctional Institutions*, 4^a edición, 2003, p. 36.

4 Normas Australianas para el Diseño de Cárceles, *Correctional Services Administrators Council*, 2005.-

5 Consejo de Europa (2005) comentarios sobre la Regla 18.

(CICR) haya establecido normas mínimas; sino que propone un conjunto de medidas específicas, por su ardua experiencia por más de 60 años en diferentes países. En cuanto al punto relacionado con el requisito de espacio físico en los centros de reclusión de las personas privadas de la libertad, consignado en un manual, vale la pena mencionar al autor Nembrini (2011) con el título: “Agua, saneamiento, higiene y hábitat en las cárceles”. (Nembrini, 2011)

En diversas mesas redondas de la CICR⁶, por las disputas de las medidas de un espacio mínimo para una celda individual y un espacio mínimo para las celdas compartidas o múltiples, se llegó a una conclusión por unanimidad. El siguiente cuadro y la gráfica son el resultado final (siguiente página).

En báculo de lo expuesto, el órgano de cierre de lo Constitucional declaró cosas inconstitucionales en la sentencia T-153 de 1998 y T-388 de 2013, señalando el hacinamiento como parámetro elemental de discusión, que más adelante desarrollaría con más objetividad en la sentencia T-762 de 2015.

A pesar de que existe un auge investigativo, tanto académico como no académico, de los actos violentos, de inmersión, subestimación y desvalorización, ejercidos por los más fuertes hacia el débil; de las escenas de abusos sexuales y físicos como medio de aliviar la tensión; de enfermedades de alto riesgo y de contagio como amenaza creciente para la salud y desde luego para la dignidad humana de los reclusos en hacinamiento que permanecen por largos periodos en las cárceles, no se pueden extraer aún conclusiones científicas irrefutables en torno al tema. Debido a que en Colombia hay escasez en materia investigativa de los aspectos jurídicos del hacinamiento en relación con la dignidad humana, el comportamiento de los reclusos, las perspectivas del derecho comparado y el marco normativo internacional aplicado a políticas públicas en busca de superar ese estado de cosas inconstitucionales.

e) Derecho a suficiente alimento y agua de bebida

Los alimentos y el agua de bebida en cantidad suficiente dentro de las cárceles se conciben como parte de los derechos humanos, pues todos los presos tienen derecho a recibir alimentos nutritivos y en cantidad suficiente a horas regulares, con agua potable siempre que la necesiten.

Derechos humanos protegidos por el art. 11 del Pacto Internacional de Derechos Económico, Sociales y Culturales, al mismo tiempo que en el parágrafo 2 se dispone que los Estados parte reconocen el derecho fundamental de toda persona a estar protegida contra el hambre.

Sin embargo, el derecho a una alimentación adecuada es desarrollado en amplitud y con más detalle en la observación general N° 12 en 1999 por el Comi-

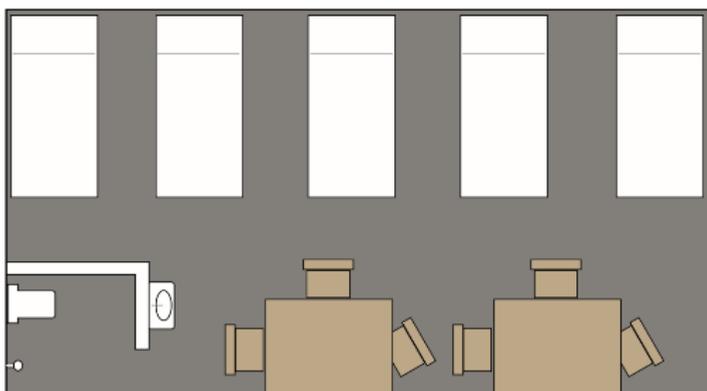
6 Comité Internacional de la Cruz Roja 19, avenue de la Paix 1202 Ginebra, Suiza

Alojamiento	Servicios sanitarios	Capacidad	Medidas
Individual	No incluye	1 persona	5,4 m2
Celda múltiple o compartida	Si incluye (incluyendo hasta literas)	10 personas	3,4 m2

Alojamiento de Celda individual	Sin servicios de bienes sanitarios	5,4 m2
---------------------------------	------------------------------------	--------



Alojamiento de celda múltiple o compartida	Con servicios de bienes sanitarios, incluye el espacio de la litera (Camas)	Medida 3,4 m2 Capacidad 10 reclusos
--	---	--



té de derechos económicos, sociales y culturales, valga mencionar, en los puntos 6, 8, 10, 15, 17 y 18; igualmente el derecho al agua suficiente es detallado en otro informe N° 15 de observación general en 2002 por el mismo comité.

Finalmente, las reglas 20, numerales 1, 2 y 26, numeral 1 literal a) de las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos.

Así, respetar el derecho a alimentos adecuados y agua suficiente radica en cabeza del Estado. Es decir, si el Estado ha privado a los presos de la oportunidad de satisfacer por sí mismos sus necesidades básicas, es el Estado el que debe satisfacerlas.; Encontrándose los reclusos en esta imposibilidad para el goce efectivo de su derecho a la vida en condiciones dignas, tales prerrogativas no se pueden hallar en vilo por estar condenados, pues la reducción de la ración de alimentos adecuados y agua suficiente equivale a un castigo corporal y constituye una pena inhumana.

Uno de los materiales investigativos más importantes es el artículo especial “El derecho a la alimentación como derecho humano” de 2014. El objetivo de ese trabajo investigativo es resumir los principales planteamientos contenidos en los instrumentos internacionales relacionados con ese derecho. Entonces esclarece de acuerdo con instrumentos y con las reflexiones que se han dado en el marco del sistema internacional de derechos humanos, en qué consiste el derecho a la alimentación adecuada, cuáles son las garantías que lo harán posible, cuáles son las obligaciones de los Estados, qué medidas deben adoptar estos para que efectivamente se realice y cuáles son los mecanismos para poder exigirlos y hacer justicia por medio de estos (Jusidman, 2014).

El trabajo de Luis Miguel Hoyos Rojas y Laura Cera Rodríguez, en su artículo “El derecho humano al agua como reivindicación neoconstitucional del sistema internacional de los derechos humanos: un nuevo derecho constitucional en Colombia”, nos permite comprender que mundialmente el derecho al agua es entendido como una necesidad indispensable para la vida, esencial para vivir dignamente a partir del objeto concreto de protección. Esta investigación tiene como finalidad explicar la mutación constitucional del “derecho al agua” como garantía fundamental, al concebirse como novación jurídica de un derecho ius-fundamental. Valga aclarar que los autores explican, a partir de argumentos internacionales, jurídicos, legales y doctrinales, la alteración (mutación) del simple imaginario del derecho al agua como servicio público a derecho fundamental. Finalmente, en sus conclusiones, retoman la importancia de la investigación del profesor Mario Peña Chacón (2003) al observar que sin agua no hay vida posible y que se trata de un derecho humano personalísimo, *urbi et orbi, erga omnes*, que debe ser acatado por cualquier sociedad y todo Estado. Para el autor Mathus Escorihuela (2006), resulta ser una condición esencial, previa, que condiciona la existencia y el ejercicio de cualquier otro derecho humano (Mathus Escorihuela, 2006, pág. 225)

f) Derecho al vestido y a la ropa de cama

El vestido como componente del derecho a un nivel de vida adecuado, es un derecho humano. Todos los presos a los que no se les permita llevar sus propias ropas, recibirán ropas adecuadas y dispondrán de medios para mantener la ropa limpia y en buenas condiciones.

La salud general de todos los presos que reciban una cama individual debe ir acompañada también de medios para mantener limpia la ropa de cama., con mecanismos y medios para lavar y secar regularmente la ropa de vestir y la ropa de cama.

Dichas prerrogativas legales se encuentran amparadas en el párrafo 1 del artº11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; las reglas 17 numeral 1, 2 y 3; la 18 y 19 numeral 1 literal d) de las Reglas mínimas para el tratamiento de reclusos.

En Colombia, los presos pueden llevar sus propias ropas, sin embargo, deben mudarse periódicamente sus prendas de vestir personales. Para ello, debe haber dentro o fuera del establecimiento medios para lavar y secar la ropa de la prisión.

En un Estado social de derecho debe permitírsele a los familiares de los presos proporcionar mudas regulares de vestimenta y ropa de cama limpia, ya que por la sobreocupación que presenta actualmente la mayoría de nuestros centros penitenciarios es inevitable. Con esta medida se busca tratar el equilibrio de la dignidad humana afectada por el hacinamiento.

g) Derechos de los presos en materia de salud

El disfrute del más alto nivel de salud física y mental es un derecho humano.

Lo manifestado está reconocido en el párrafo 1 del artº12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; sin dejar de un lado que la carta magna materializa este derecho humano a título de derecho fundamental de carácter autónomo.

El estado de salud, tanto físico como mental, de todo ser humano influye en la forma como se proyecta, trabaja, vive y se comporta. Esto es real para el personal del penitenciario como para los reclusos.

Así mismo, el estado de salud de una persona puede influir en otras personas y los enfermos necesitan cuidados especiales, no pueden contribuir plenamente a la sociedad. De ahí que la salud mental y física puede afectar una proporción importante de los presos a través de actos violentos sin conciencia y la transmisión de enfermedades a otras personas se da constantemente. Además hay una alta prevalencia del VIH/SIDA y la tuberculosis.

Un claro ejemplo de ello es la investigación que se llevó a cabo en el Establecimiento penitenciario y carcelario de alta seguridad de Cómbita, Boyacá (Colombia) en la prestación del servicio de la EPS en materia de salud, en el tratamiento y remisión con especialistas de todas las áreas, cirugías, odontologías, otorrinolaringología y urología. Igualmente, la puesta en marcha de algunos proyectos, como la construcción de hospitales al interior de las penitenciarias, se ha quedado en una idea más de la política penitenciaria, pero sin aplicación concreta en una de las posibles soluciones a este problema. (Saenz, 2013)

El trabajo es de carácter inédito y de metodología documental y descriptiva. En este se busca demostrar que el autodenominado comité de presos políticos que actúa en el centro de reclusión de Boyacá construye su pensamiento filosófico como una consecuencia lógica de la vulneración de derechos humanos. Igualmente, critica y da como resultado de la investigación el cotejo entre la realidad y el supuesto normativo positivado de la prestación de la salud al interior del establecimiento carcelario, y termina proponiendo que la posible solución al sistema actual penitenciario y carcelario es la inclusión de políticas públicas que contextualicen la realidad social y la problemática económica en la política criminal estatal vigente.

En esta discusión, la salud de los centros penitenciarios interesa a todos, pues existe una inmensa mayoría de personas que visitan a los presos, al igual que el penitenciario que va de una cárcel a otra, donde puede afectar la salud de la comunidad. A estas alturas no hay duda de proteger la estabilidad de la salud constituye un real derecho humano, cuando el personal penitenciario está sano, trabajará mejor; cuando los presos están sanos, están más capacitados para trabajar y en mejores condiciones para sobrellevar la privación de libertad.

h) Reconocimiento médico de los nuevos reclusos

Todos los reclusos deben ser sometidos a un examen médico en cuanto ingresen a un centro de detención, el cual deberá ser de carácter gratuito y para garantizar la salud, todos los presos tendrán el derecho a solicitar una segunda opinión médica.

Situaciones señaladas en los principios 24 y 25 del Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, dando origen a la necesidad de una supervisión y un tratamiento médico sostenible materializado y confirmado en la regla 24 de las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, capítulo 4.

El propósito de someter a un reconocimiento médico a los nuevos presos durante su ingreso es velar por su salud, mas no obrar por el interés de las entidades penitenciarias. El Estado, por privar a una persona de su libertad, tiene la obligación de cuidar de ella, y este deber constitucional se extiende a

la atención de salud ya que por encima de la legalidad y la normatividad está la vida como fundamento de todo el sistema jurídico, político y axiológico.

En Colombia, de acuerdo con la Organización de las Naciones Unidas (ONU, 2001) resalta en su informe sobre “Centros de reclusión en Colombia: un estado de cosas inconstitucional y de flagrante violación de derechos humanos”, que generalmente las características sociodemográficas de la población carcelaria se corresponden con las de los grupos más vulnerables de la sociedad, pues son provenientes de zonas geográficas desfavorecidas; atendidos con muy bajo nivel de servicios básicos antes de ingresar a un centro de detención, razón suficiente para someterlos a un reconocimiento médico dado que ingresan a los centros de reclusión. (Martínez, Tidball-Binz, & Yrigoyen Fajardo, 2001, pág. 29)

i) Derecho de acceso a la atención de salud

Las personas bajo custodia carcelaria son particularmente vulnerables en su derecho a la atención de salud, en tales casos todos los presos o detenidos tienen derecho al más alto grado posible de salud física y mental. Los presos deben tener acceso gratuito a los servicios de salud disponibles en el país; así pues, la garantía internacional de atención a la salud implica que, además de brindarse los tratamientos médicos disponibles para proteger la salud en estado de reclusión, también se deben tomar buenas decisiones al contratar personal calificado bajo criterios médicos.

La manifestación por excelencia de este derecho se plasma en el párrafo 1 del art. 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el párrafo 1 del art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; en el principio 9 de los Principios Básicos para el tratamiento de los reclusos; en las reglas 22, 23 y 25 (numeral 1 y 2) de las Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos. Resaltando la regla 23 ya que se ocupa de necesidades médicas especiales para las mujeres en estado de reclusión con los niños recién nacidos.

No es viable el argumento de que una persona privada de su libertad tiene derecho a una atención sanitaria de peor calidad, ya que el Estado asume la responsabilidad de prestar una atención de salud adecuada, al limitar el derecho a la libertad individual.

Un producto del estudio de este derecho es el artículo académico realizado por Jennifer Hernández y Luz Mery Mejía (2010), “Accesibilidad a los servicios de salud de la población reclusa colombiana: un reto para la salud pública». En esta monografía se hizo una revisión bibliográfica junto a una recopilación sistemática de artículos publicados en revistas indexadas o en libros, trabajos de grado de maestría e información oficial de organismos nacionales e internacionales que hayan revisado el tema del servicio de salud en los centros penitenciarios de Colombia.

En el trabajo se concluyó que en Colombia, a pesar de los mecanismos y acciones que se han llevado a cabo para mejorar la salud de esta población, el sistema de salud penitenciario aún presenta deficiencias que obstaculizan el acceso a los servicios de salud. El reto de la sociedad y del Estado es superar estos obstáculos y garantizar el acceso a los servicios de salud de la población reclusa que se entiende como altamente vulnerable. (Hernández & L.M., 2010)

j) Salubridad del lugar de reclusión

El funcionario médico tiene la importante responsabilidad de velar porque se cumplan las debidas normas sanitarias. Por ello, resulta vital incluir control y vigilancia periódica de las condiciones de los alimentos, el agua, la higiene, la limpieza, el saneamiento, la calefacción, el alumbrado, la ventilación, las ropas y las camas de los reclusos y las oportunidades de hacer ejercicio.

Estas cuestiones han sido justificadas en las reglas 24 y 26, de esta última en su numeral 1 literal a), b), c), d) y e) de las Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos.

De este modo, en el marco de los instrumentos internacionales aplicados a los reclusos en el punto relacionado con el entorno saludable, se exige la cooperación de todos en prisión, es decir: un adiestramiento sanitario para el personal y educación sanitaria para los presos. Por ello, es indispensable trabajar de la mano con los funcionarios de salud ambiental y pública para implementar las medidas necesarias, encaminadas a disminuir las afectaciones de los derechos humanos en los centros de reclusión.

k) Atención de salud especializada

Todas las cárceles deben tener instalaciones físicas sanitarias y personal médico adecuado para atender una amplia gama de necesidades de salud, incluida la atención dental y psiquiátrica. Aquellos presos a quienes no pueda brindárseles el tratamiento idóneo para las enfermedades mentales, en la cárcel, deben ser trasladados a un hospital civil o un hospital penitenciario especializado.

En efecto, en todos los centros especializados habrá servicios de diagnóstico y tratamiento psiquiátrico. En ningún caso los enfermos mentales pueden ser reclusos en prisiones sino transferidos a establecimientos especializados. Estos aspectos están normalizados en las reglas 22 numeral 1, 2 y 3; la regla 82 numeral del 1 al 4 y la regla 83 de las Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos.

Actualmente, en muchos sistemas jurídicos de los centros penitenciarios, existe una proporción considerable de reclusos que padecen algún tipo de enfermedad mental. Las personas que padezcan demencia deberán ser transferidas lo más pronto posible y lejos de los que están recibiendo tra-

tamiento psiquiátrico y finalmente, se deberán adoptar disposiciones para que se prosiga su tratamiento una vez sean puestos en libertad.

Hay una serie de sentencias proferidas por la Corte Constitucional en defensa del derecho a la salud de la población reclusa en los centros penitenciarios. En estas se manifiesta el incumplimiento de la prestación de los servicios de salud, a pesar de las normas existentes, en sentencias tales como: la T-437/93 (derecho a la atención médica de las personas reclusas y protección del que está por nacer), la T-473/95 (derecho a la salud del interno y su relación con el principio de dignidad humana), la T-535/98 (atención médica adecuada, digna y oportuna de los presos), la T-583/98 (acreditación de afectación y no atención para la procedencia de tutela por parte del interno frente a la vulneración enrostrada de su salud), la T-606/98 (parte fundamental del conjunto de prestaciones que en el plano del servicio médico deben asumir los establecimientos carcelarios, dando una oportuna práctica de los exámenes y pruebas técnicas para saber o descartar si la persona presente alguna afección de salud que afecte su capacidad física o mental), la T-607/98 (protección de la salud del interno por conexión con la dignidad humana u otros derechos fundamentales), la T-530/99 (protección de la salud del interno aunque no se encuentre en circunstancias extremas), la T-524/99 (respuesta a la solicitud de traslado por graves riesgos de infección debido a trasplante de riñón como hecho notorio de la insalubridad y hacinamiento del centro penitenciario), la T-256/00 (condiciones mínimas de higiene, salubridad y comodidad) y T 193/17 (posibilidad de fallar *extra y ultra petita* siempre que se establezca la infracción de un derecho fundamental del interno).

1) Higiene

Dentro de las cárceles todos los presos tendrán acceso a los medios atender sus necesidades fisiológicas de forma limpia y decente, manteniendo adecuadamente su propia limpieza y buen aspecto.

Esta base se consagra en los instrumentos internacionales en el parágrafo 1 del art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; en las reglas 12, 13, 14, 15, 16 y 26 en el numeral 1 apartado b), de las Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos.

La higiene es un elemento fundamental del derecho humano a la atención de salud en cantidad suficiente, es claro que en muchas cárceles grandes grupos de personas tienden a vivir durante periodos largos. Por ello es menester manifestar que es indispensable para la salud y la dignidad humana que los presos dispongan de los elementos para atender sus necesidades corporales básicas, con el debido grado de intimidad y vivir sin humillaciones.

Caso como el de David Antonio (Corte Constitucional, Sala , T-256, 2000), recluso de la Cárcel Bellavista, quien afirma que existen condicio-

nes inhumanas en los centros de reclusión, pues él tiene que dormir en el suelo del baño o en los pasillos, porque no ha tenido dinero para comprar un camarote. Debido a esto, se ha contagiado de enfermedades que ha debido soportar sin la necesaria atención médica, pues la cárcel no cuenta con un servicio eficiente. Todo esto se debe al hacinamiento que se vive en el penal. La Directora Regional Noroeste del INPEC responde que la Cárcel del Distrito Judicial de Medellín fue construida para 1.500 internos y que, con las adecuaciones posteriores, se dieron 300 cupos más. Actualmente están reclusas 5.836 personas.

Finalmente, la sala encuentra que efectivamente se están vulnerando derechos fundamentales del peticionario, los cuales deben ser protegidos de forma inmediata, independientemente de los programas que se desarrollan para el mejoramiento de nuestro sistema carcelario y que debe estar adelantando el Ministerio de Justicia en cumplimiento de lo ordenado por esta Corporación en Sentencia T-153 de 1998.

m) Ejercicio

Actividad física. Desde el primer momento, todos los presos pueden disponer de al menos una hora diaria para realizar ejercicio al aire libre, si las condiciones atmosféricas lo permiten.

Derecho humano que se relaciona con la dignidad humana y está consignado en el parágrafo 1 del art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; en la regla 21 numeral 1 y 2 de las Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos.

Finalmente, diversos trabajos investigativos demuestran que el ejercicio es fundamental para la buena salud física de los reclusos ya que es también una oportunidad social para disminuir la tensión mental. Se resalta su importancia para los presos nuevos o jóvenes.

n) La seguridad en los centros penitenciarios

En definitiva, solo se recurrirá al uso de la fuerza, incluido el empleo de armas de fuego, para impedir una fuga. Las medidas de corrección podrán utilizarse como herramientas de precaución contra una evasión durante un traslado, siempre y cuando sean retiradas las armas cuando esté se esté frente a una autoridad judicial, administrativa o por cuestiones médicas. En este orden de ideas, queda prohibido utilizar los mecanismos de coerción como castigo, o la implementación de cadenas y grillos como medios de coerción.

Este precepto legal guarda sustento jurídico en el principio 9 de los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de hacer cumplir la Ley; en la regla 33 en su literal a) de las Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos.

Una vez revisada la regulación internacional, el concepto de seguridad no se limita a las barreras físicas para evitar la evasión; la seguridad también gira en torno al personal que tiene relación con los presos, pues deben estar alerta y al tanto de lo que suceda, velando porque los reclusos se mantengan activos de forma positiva.

Sin embargo, dependiendo de las características propias del delito y del individuo privado de la libertad, las instituciones carcelarias podrán y tendrán que retener en prisiones de alta, mediana o baja seguridad, según sea el caso. Asimismo, dentro de los establecimientos carcelarios no se puede desconocer que en el grado medio de seguridad a veces hay presos que deberían pertenecer al espacio de alta seguridad y entonces el individuo representa una grave amenaza para la población.

Bajo este criterio resultan viables ciertas condiciones de seguridad tales como:

- a. El tipo de instalaciones en la que esté retenido.
- b. Las disposiciones que se adoptan cada vez que circula dentro del centro penitenciario o ha de ser escoltado fuera de él.

La seguridad dinámica conocida como una relación estrecha entre recluso y oficial penitenciario no consiste solamente en impedir que escape; sino también en el mantenimiento de las buenas relaciones con los presos, al punto de conocer el ánimo y temperamento del sujeto.

n) Orden y control

Por regla general, las prisiones deben ser entornos seguros para todos los que viven, trabajan y pasan por ellas, es decir, para los reclusos, el personal y los visitantes. Luego el orden y la disciplina se deben mantener con firmeza, para que nadie en prisión tema por su seguridad física, claro está, sin imponer medidas más restrictivas de las necesarias para mantener la seguridad y la buena organización de la vida en común. El texto anterior descansa en los artículos 1 y 16 de la Convención contra la Tortura o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes; en las reglas 27, 33 en su literal b) y c) y 34 de las Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos.

Es natural que las personas acusadas o culpables de infringir la ley probablemente estén asustadas y se sientan amenazadas por estar en la cárcel con otros en condiciones similares pues también quebrantaron la ley. Por ello, la mayoría de los presos responderán positivamente si se les brinda un trato decente y humano.

Todo funcionario de prisiones con experiencia sabe que los medios de coerción y control no son suficientes para garantizar el orden.

o) Disciplina y castigo

De vez en cuando, algunos reclusos se niegan a observar el reglamento legítimo, de ahí que todas las infracciones y las sanciones correspondientes deban estar especificadas por la ley o en reglamentos legales publicados. Ningún recluso será sancionado sin haber sido informado de la infracción que se le atribuye y sin que se le haya permitido previamente presentar su defensa. Bajo esta línea, las penas corporales, como el encierro en una celda oscura, así como toda sanción cruel, quedarán completamente prohibidas., Sin embargo, las penas de aislamiento y reducción de alimentos solo se aplicarán cuando el galeno haya certificado por escrito que puede soportarlas.

De igual forma, toda persona, sometida a medidas disciplinarias o presa, tendrá derecho a solicitar examen de esa decisión a autoridades.

Los parámetros de disciplina y castigo se enmarcan en la regla 28 numeral 1, en la regla 29 en el literal a), b) y c); en la regla 30 numeral 1, 2, y 3; en la regla 31, en la regla 32 numeral 1, 2 y 3 y por último, en la regla 33 de las Reglas Mínimas para el tratamiento de reclusos. Asimismo, en el párrafo 2 del principio 30 del Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión; en el principio 3 de los Principios de ética médica aplicables a la función del personal de salud, especialmente los médicos, en la protección de personas presas y detenidas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; en el principio 7 de los Principios básicos para el tratamiento de los reclusos; en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el párrafo 3 de su art. 8 en sus literales a), b) y c).

Al analizar la dimensión de los instrumentos internacionales es importante que los presos conozcan las normas que guían el conducto regular del centro penitenciario. Además deben reconocer que en caso de infracción a esos preceptos jurídicos se iniciará el procedimiento establecido en las disposiciones legales y de hallarse culpable, podrá ser sometido a una gama de penas que estarán establecidas en el mismo conjunto de procedimiento. Es claro que los principios de la justicia natural deben aplicarse a los procedimientos internos de la acción disciplinaria que se adelante en los centros de reclusión.

p) Dar el mejor uso posible a las prisiones

En este momento, la finalidad principal de las autoridades penitenciarias en el tratamiento de los reclusos debe ser alentar la reforma personal y la readaptación social. En resumen, el ideal final del régimen penitenciario debe ser ayudar a los reclusos a vivir conforme a la ley y de forma autónoma después de su liberación.

Esta finalidad se aferra en el art. 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 3; en las reglas 65 y 66 de las Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos.

En última, las instituciones penitenciarias están facultadas para adoptar todas las medidas necesarias para que los presos no evadan la custodia legítima y en las cárceles reine el orden. Adicionalmente, la penitenciaría tiene la obligación de dar a los reclusos oportunidades para aprovechar debidamente el tiempo que pasan en custodia, es decir, debe existir un programa completo de actividades que comprenda la educación, la formación personal, el trabajo y la educación física para magnificar su dignidad humana y posibilitar la resocialización.

q) Trabajo

Permitir a todos los reclusos ser aptos desde el punto de vista médico para trabajar. El trabajo se materializa como derecho humano pues contribuirá a que puedan ganarse la vida honradamente después de su deliberación.

Por lo anterior, en aras de proteger este derecho humano, los reclusos deberán recibir una contraprestación económica por el trabajo que realicen. Igualmente, pertenecen a la legislación nacional en materia de salud y seguridad del trabajo y por lo tanto, están en las mismas condiciones de la comunidad civil no privada de su libertad personal.

Otro elemento esencial del derecho al trabajo es que se les permita a los presos que gasten al menos un parte de sus ingresos, que envíen una parte a su familia y que ahorren la otra parte. El diseño de los contenidos normativos que regulan el derecho humano al trabajo se contempla, en el art. 23 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; en el art. 8 en sus literales a), b) y c) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; en el principio 8 de los Principios Básicos para el tratamiento de los reclusos y por último en las Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos en su art. 71 numeral del 1 al 6, en sus artículos 72, 73, 74 y 75 en sus numerales 1 y 2, en su artº76 numeral del 1 al 3.

Para la Organización de las Naciones Unidas, el desarrollo humano es un proceso de expansión de las libertades efectivamente disfrutadas por las personas, de ahí que los elementos internacionales distinguen entre “trabajos forzados” que pueden ser impuestos en cumplimiento de una orden judicial y “trabajo forzoso u obligatorio” que está prohibido.

Finalmente, los presos deben recibir un salario equitativo, en la medida en que, si los presos no tienen trabajo y se acostumbran a estar ociosos, pueden disminuir su sentido de responsabilidad respecto de sí mismos y sus familias. Esto puede poner en peligro los fines esenciales de la pena, ya que sin empleo, sería más difícil llevar una vida respetuosa de la ley tras su liberación.

r) Educación y actividades culturales

Estas actividades van dirigidas al pleno desarrollo de la personalidad humana, con todas sus implicaciones y consecuencias. Es evidente que en los centros penitenciarios se deben proporcionar actividades educativas y

culturales, incluido el acceso a una biblioteca adecuada.

Es así como la educación en estado de reclusión debe orientarse al desarrollo de todas las persona, teniendo presente los antecedentes de orden social, cultural y económico. La participación de los analfabetos, tanto de los que no saben leer y escribir como de los que no están familiarizados con la tecnología y la de los reclusos jóvenes, es obligatoria y por ello, estas personas requieren de un énfasis y total atención. En dicho escenario, es importante la participación de la comunidad exterior para mejorar los vínculos de perdón y reconciliación con las personas privadas de la libertad.

Actividades fundamentales y dinámicas protegidas por el art. 26 parágrafo 1 y 2; por el art. 27 parágrafo 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; por el art. 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; por el principio 6 de los Principios Básicos para el tratamiento de los reclusos; por las reglas 40, 77 y 78 de las Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos. Cabe resaltar, en cuestión educativa en los establecimientos carcelarios, la resolución 1990 del 2000 del Consejo Económico y Social en su parágrafo 3 en su literales a) al j).

Por otro lado, los altos niveles de desempleo que padecen muchos países hace difícil encontrar empleo suficiente para los reclusos. Por esta razón, la educación en las prisiones adquiere aún más importancia.

La educación es el arma más potente contra la ignorancia; las actividades culturales generan alta confianza en sus capacidades, y proyectan a las personas para vivir en armonía con la ley apenas sean puestas en libertad. Finalmente, la educación y las actividades culturales ayudan a la integración social ya que evitan el deterioro mental y mejoran el nivel de instrucción en actividades como música, teatro, arte y actividades de ocio.

s) Religión

Elemento base de la libertad humana y convicción íntima para guiarse según sus propias características. Todo preso tiene derecho a seguir los preceptos de su religión y a tener acceso a un ministerio de esta, y no se puedes limitar a las religiones tradicionalmente aceptadas por las mayorías.

La libertad de creencia y culto protegida por el artº18 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; por el art. 18 parágrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos.

De acuerdo con lo anterior y pese a que las personas se encuentran en estado de reclusión, ciertos derechos no son absolutos, de ahí que la práctica de su propia religión, sea en privado o públicamente, pueda verse restringida. Por ese motivo, en Las Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos en su art. 41 numeral 1, 2 y 3 y art. 42, se establecen los criterios mínimos y las recomendaciones para ejercer su libertad de credo.

En diversos países, dentro de los sistemas penitenciarios varía la condición de un representante religioso, ya que se trata de un tema cultural, heredado de generación en generación y que cambia constantemente por la forma en que cada sujeto se apropia de ella y la experimenta. Por esta razón, en algunos países es permitido el ingreso de los representantes y en otros no.

Ahora bien, en contraste, algunos países solo permiten el ingreso a las prisiones de los representantes de la religión mayoritaria. Los reclusos de confesiones minoritarias no tienen autorización para ejercer los preceptos de su fe. Esto supone grave infracción de los instrumentos internacionales, pues limitarle a una persona su libertad de credo por el ejercicio de las mayorías, considerando que los proyectos de vida de las minorías son actos inmorales, es vulnerar los derechos humanos e irrespetar los principios y la filosofía que inspiraron la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Lo anterior comprende algunos paradigmas de la moral y el derecho, pues estas concepciones siempre van a estar en debate, al igual que los cultos religiosos. Pero tales maneras de pensar, actuar, comportarse o vivir en una sociedad pluralista, no pueden volverse principios fundamentales del derecho, ni como finalidad o idoneidad para restringir libertades ya adquiridas a través de la historia.

t) Preparación para la puesta en libertad

Desde el principio de la condena se tendrá en cuenta el porvenir del recluso después de su liberación y se le prestará apoyo para velar por su futura reincorporación a la sociedad. Dando por sentado que todos los organismos y servicios responsables de la reintegración de los reclusos en la sociedad velarán por los presos, se supone que ellos tendrán los medios y recursos a su disposición para subsistir durante el periodo que siga inmediatamente a su deliberación. Esta normatividad internacional se observa en el principio 10 de los Principios básicos para el tratamiento de los reclusos y las reglas °80 y 81 de esta última en el numeral 1, 2 y 3 de las Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos.

Desde una mirada transdisciplinaria, los infractores de una disposición legal y encontrados culpables son enviados a prisión para ser castigados mediante la privación de la libertad durante cierto tiempo. La mayoría regresan a la comunidad civil una vez hayan cumplido su condena. Una tarea importante del personal penitenciario al igual que del juez de ejecución de penas consiste en preparar a los presos para vivir de acuerdo con el régimen constitucional vigente apenas queden en libertad. En este sentido, es preciso adoptar disposiciones especiales para la preparación de los reclusos que hayan cumplido penas muy largas, porque su estructura de apoyo en la comunidad puede haberse desorganizado o desaparecido.

En amplio reconocimiento de la preparación para la puesta en libertad

definitiva, existen beneficios y sustitutos como los permisos domiciliarios y los arreglos de la libertad temporal vigilada, que permite a los reclusos empezar a acostumbrarse de nuevo al mundo exterior y a restablecer sus relaciones personales y laborales. Esos procedimientos también permiten ensayar la reacción del recluso a la vida en sociedad, antes de obtener de nuevo su derecho absoluto a la libertad.

Ahora bien, frente a los beneficios y los sustitutos como sendero de la libertad definitiva cabe resaltar que se deben otorgar con los requisitos formales nacionales que haya establecido cada Estado a través del órgano legislativo e interpretados por el operador jurídico competente. Sin embargo, en un estado de cosas inconstitucionales, dichos requisitos formales, para el otorgamiento de determinadas prerrogativas legales y favorables, deberán flexibilizarse. Es decir, los criterios de los requisitos formales para obtener un beneficio o sustituto penal deben doblegarse en un Estado de cosas inconstitucionales para otorgar la libertad condicional. Y esta acción de flexibilizar no es solo razonable, sino imperativa, ya que en la situación que se encuentran los reclusos es poco probable el cumplimiento idóneo de los requisitos formales.

La Corte Constitucional ha declarado en tres oportunidades el estado de cosas inconstitucionales (T-153/98, T-388/13 y T-762/15) ante la violación masiva y sistemática de los derechos fundamentales de los reclusos. Para adoptar la primera de estas providencias se visitaron dos establecimientos carcelarios ubicados en Bogotá y Medellín. Allí se encontraron, entre otros hallazgos, pozos de aguas negras cerca de rebosar; la sección de enfermería y sanidad se encontraba destinada parcialmente para albergar presos con perfil de máxima seguridad, percibiéndose adicionalmente malos olores; los internos habitaban túneles húmedos y oscuros, que no tienen ventilación ni luz y los baños habían sido adaptados como dormitorios. Durante la visita nocturna se percibieron olores fétidos, poca ventilación y escasa iluminación; los internos dormían en los pasillos y en las letrinas, e incluso las personas que adelantaron la diligencia pisaron algunas cabezas de internos durante el transcurso de la inspección. (Hernández Jiménez, 2018)

Con base en lo anterior, el docente investigador⁷ concluyó que las condiciones en las que vivían los internos de estos establecimientos carcelarios eran inhumanas y no se compaginaban con el principio de dignidad humana, pues en estas condiciones no se puede cumplir en debida forma con los pre-

7 Norberto Hernández Jiménez. Docente investigador y miembro del grupo de investigación en derecho penal, derecho disciplinario y derechos humanos de la Universidad Libre (Colombia). Asesor docente del Grupo de Prisiones de la Universidad de los Andes (Colombia) y profesor de cátedra de la misma Universidad. Abogado, especialista y magíster en derecho penal de la Universidad Libre. Especialista en derecho constitucional y en derecho administrativo de la Universidad del Rosario (Colombia). Máster en criminología y ejecución penal de la Universitat Pompeu Fabra (España). Doctor en Derecho por la Universidad de los Andes. noherji@gmail.com.

supuestos establecidos para el tratamiento penitenciario⁸. Adicionalmente, en el fallo de tutela se determinó que esta situación era no solo de estos establecimientos carcelarios, sino de todos los demás que integran el sistema penitenciario y carcelario colombiano. En los fallos judiciales se describen adicionalmente las falencias estructurales de la infraestructura carcelaria, ante la evidencia encontrada, que afecta tanto los servicios de acueducto y alcantarillado como el de electricidad. Dentro de este entorno se constata que (i) existe hacinamiento, (ii) no hay separación de los internos por categorías (con base en este aspecto se vulnera, además, la presunción de inocencia al no separar sindicados y condenados), (iii) no se cumple con la función de resocialización y (iv) impera la violencia.

En el año 2013, la Corte Constitucional analizó nueve expedientes de acción de tutela acumulados, que dieron lugar a la sentencia T-388 y T-762 de 2015, en los cuales se alegó nuevamente que la situación carcelaria del país y las condiciones de reclusión atentaban contra los enunciados constitucionales, entonces se declaró un nuevo estado de cosas inconstitucional, en el que «los derechos constitucionales de las personas privadas de la libertad son violados de manera masiva y generalizada». Para la Corte se trató, como se ha dicho, de un “nuevo” estado de cosas inconstitucional, ya que aquel que fue decretado en 1998 se entendía superado. No obstante, advirtió que no se debía a nuevos hechos sobrevinientes, sino a situaciones estructurales que se mantenían y se reiteraban.

A pesar de que la Corte comprobó la construcción efectiva de más cárceles, la crisis se mantuvo y se consideró que el hacinamiento no se resuelve únicamente con la construcción de más cupos carcelarios. La Corte planteó también la necesidad de “*menos cárcel*”, es decir, menos uso del derecho penal como mecanismo de control social. En ese mismo orden de ideas explicó que la política criminal debe apuntar a un derecho penal entendido como *última ratio*; una política criminal que debe ser ante todo preventiva y propender a la resocialización.

Se advierte en esta sentencia que el Tribunal Constitucional le otorgó un papel fundamental en la conjuración de la crisis a una política criminal que ha de ser razonable, coherente, proporcional, sostenible y “sensible a los sujetos de especial protección constitucional que vean sus derechos fundamentales comprometidos por el Sistema penitenciario y carcelario”.

La Corte afirmó que las dificultades que atraviesan los internos trascienden la dinámica de cada uno de los establecimientos y se “*extienden a un nivel nacional del sistema penitenciario y carcelario*”. A partir de lo anterior, con-

⁸ Señala expresamente la Corte Constitucional que las cárceles colombianas se caracterizan: “por el hacinamiento, las graves deficiencias en materia de servicios públicos y asistenciales, el imperio de la violencia, la extorsión y la corrupción, y la carencia de oportunidades y medios para la resocialización de los reclusos” (Corte Constitucional, Sala , T-153, 1998).

cluyó que la “crisis carcelaria” presente en Colombia se debe a unas “problemáticas que más que esporádicas son estructurales”. Para explicarlas, se basó en gran medida en el diagnóstico y las consideraciones de la sentencia T-153 de 1998. Finalmente, vale la pena aclarar que las sentencias en citación afirman que las condiciones en las que se encuentra el sistema penitenciario, a nivel nacional en Colombia, no permite el proceso de resocialización de los internos. Esto se compagina con la retribución que lleva implícita la pena y la demanda de algunos sectores de la sociedad, en los que el efecto del delito tiende a ser “pudrirse en la cárcel” (Birckeck, 2003, pág. 44) (Garland, 2005, pág. 301) (Gerez Ambertín, 2009, pág. 513) (Pérez Toro, 2012, pág. 5). Tal resultado podría concretarse fácilmente en las condiciones en las que se encuentra el sistema penitenciario y carcelario colombiano.

Para terminar, es pertinente resaltar que la Corte invitó a diferentes universidades del país a acompañar a la Defensoría del Pueblo en el seguimiento de las órdenes de la sentencia y en el desarrollo de las denominadas normas técnicas para una reclusión digna, las cuales estarán a cargo del comité interdisciplinario. En las órdenes que involucran a los jueces de ejecución de penas.

Teniendo en cuenta el panorama anterior, resulta claro que si bien en la teoría la especial relación que nace entre la persona privada de la libertad y el interno conlleva a una protección de sus derechos fundamentales, en especial de la dignidad humana, en la realidad la declaratoria advierte que tales condiciones no se cumplen. Sobre éste punto, el Juez de Ejecución de Penas puede hacer un gran aporte. El señalamiento de la Corte Constitucional de una serie de órdenes para que se cumplan los derechos es un claro ejemplo de ello, y este es el aspecto al cual queremos llegar, para examinar en las decisiones cómo es posible la aplicación de éstos instrumentos.

En la institución de la prisión domiciliaria en la que luego de cumplir los requisitos objetivos del artículo 38 del código penal y en especial frente a los requisitos del 38B sobre el arraigo, siendo éste concepto el lazo que puede unir a una persona a un determinado lugar o grupo social, familiar, laboral; la indeterminación del lugar donde tiene el arraigo a la hora de la decisión no puede obstaculizar la concesión de la gracia de dicho sustituto, por cuanto al momento de la suscripción de la diligencia de compromiso lo puede adjuntar.

Ahora bien, existe un aspecto de demora para conceder este sustituto y es la verificación, que en oportunidades se realiza sobre el sitio donde el sentenciado ha solicitado la prisión domiciliaria. En lugar de ello, basta con la información que suministre al momento de pretenderla, por lo que se debe aplicar el principio de buena fe y dejarle al INPEC la labor de verificación, cuando realice las visitas. A excepción de que se trate de un delito de violencia intrafamiliar, en tal caso es ideal que no se fije la residencia en un lugar cercano al de la víctima.

En los casos de habitantes de la calle o las personas de la tercera edad, los primeros no cuentan con un sitio determinado y los segundos tampoco, porque su familia no los quiere o no los puede recibir dadas sus condiciones de dependencia.

Para estas situaciones lo más aconsejable es establecer las condiciones en las que se encuentra el Centro de Reclusión (hacinamiento, salud, alimentación). Como en la mayoría de los casos no son favorables, el Juez de Ejecución de Penas en asociación con el asistente social, debe buscar un centro de atención para habitantes de la calle u hogar de paso, donde le ofrezcan al sentenciado condiciones para sobrellevar el resto de condena. Lo mismo con las personas de la tercera edad, en tal situación no se puede dejar de lado que se trata de quién goza de especial protección constitucional.

Respecto a la suspensión condicional de la ejecución de la pena, (63 CP⁹), que permite una vez superados los requisitos, teniendo en cuenta los antecedentes penales dentro de los cinco años anteriores, deberá estudiarse su conveniencia.; Es igualmente necesario tener en cuenta las condiciones de las cárceles en Colombia, el hacinamiento y las condiciones de salubridad. En caso de que el condenado padezca de diabetes o insuficiencia cardiaca o cualquier otra patología que sin ser grave y se advierta que sus condiciones de salud van a sufrir un franco deterioro porque el suministro de salud es deficiente, al igual que las condiciones de higiene y de las celdas, es necesario anteponer sus condiciones de salud que junto con los de la prisión no van a ser las más adecuadas y priorizar la dignidad del sentenciado.

En cuanto a la libertad condicional, el cumplimiento del requisito objetivo debe ser el único obligatorio porque la valoración de la conducta punible no debe ser otra que la realizada por el juez sentenciador a voces de la C-757 de 2014, de cara al adecuado desempeño y comportamiento durante el tratamiento penitenciario y desde luego, a las condiciones en las que se encuentre el sentenciado en el centro de reclusión. Juega entonces un papel importante el análisis desde la perspectiva que suministran los instrumentos internacionales de la salud e higiene en las situaciones en las celdas y desde luego el hacinamiento.

El Juez de ejecución de penas debe conocer estas condiciones bien sea por la información que suministre el interno o por las que de manera inmediata pueda conocer. Para ello, las visitas a las cárceles se convierten en una importante herramienta, porque así puede observar las condiciones en las se encuentra el prisionero.

4. CONCLUSIONES

En síntesis, en las legislaciones actuales de Colombia es imposible cumplir con los fines esenciales de la pena, dado que está opera fundamen-

⁹ Ley 599 de 2000. Código penal colombiano.

talmente en la fase de ejecución (Bacigalupo, 1978, p. 16) del interno en el centro de reclusión. Entonces las decisiones de los jueces de ejecución de penas deben estar atadas a las condiciones que el convicto tenga en el lugar de reclusión y debe flexibilizar los análisis que tengan que ver con los aspectos subjetivos anteponiendo el principio fundante del Estado social de derecho: la dignidad humana. Pues en muchas oportunidades, por lo menos dentro del ambiente nacional Colombiano, los programas de prevención del delito y reeducación son insuficientes, obsoletos y poco efectivos, cumpliendo así la sanción penal (pena) con funciones distintas a las encomendadas por el legislador y el constituyente, en el punto del proceso (Hernández Jiménez, 2018, pág. 554)

Por ende, es imposible en un estado de cosas inconstitucionales que las personas en reclusión puedan satisfacer con excelencia el fin último de la pena: “la resocialización”. De ahí que las declaratorias realizadas por la Corte Constitucional sobre la situación de la población carcelaria en Colombia denuncien la imposibilidad del Estado de prevenir el delito de manera diferente a la utilización del derecho penal.

Deviene concluir que el Juez de Ejecución de Penas que deje de aplicar los instrumentos internacionales se convierte en coadyuvante de la injusticia y la pasividad del Estado frente al sufrimiento de las personas privadas de la libertad. Por lo tanto, en cada una de las decisiones debe primar la protección de los derechos humanos antes que el delito por el cual ha sido condenado.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Afanador C, M. I. (2002). El derecho a la integridad personal. Elementos para su análisis. *Reflexión política*, 4(8), 92. Obtenido de https://scholar.google.com/scholar_url?url=http://convergencia.uaemex.mx/article/download/1669/1264&hl=es&sa=T&oi=gsb-gga&ct=res&cd=0&d=11021549063052851809&ei=_wpJXPYS-KNKTmwHz25vQBA&scisig=AAGBfm0Oted5nedmQhulsixs-2c4wNVNJDA
- Ariza, L. (2011). Reformando el infierno: los tribunales y la transformación del campo penitenciario en América Latina. *Universidad de los Andes*, 18-109.
- Bello, J. A., & Parra, G. (2016). Cárceles de la muerte: necropolítica y sistema carcelario en Colombia. *Universitas Humanística*, 365-391. doi:<http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.uh82.cmns>
- Birckeck, C. (2003). Tres enfoques necesarios para la victimología. *Revista Cenipec*(22), 33-66.
- Chacón, M. (2003). Daño ambiental y prescripción. *Revista Jurídica Lex. Difusión y Análisis*, VII(93). Obtenido de https://escuelajudicial.pj.poder-judicial.go.cr/Archivos/documentos/revs_juds/Revista%20

109/PDFs/07_danio_ambiental_prescripcion.pdf

- Cifuentes Muñoz, E. (2001). *Red de promotores de derechos humanos, derecho a la integridad*. Obtenido de Defensoría del Pueblo: <http://cdim.esap.edu.co/BancoMedios/Documentos%20PDF/derecho%20a%20la%20integridad.pdf>
- de Dardel, J. (2015). Resistiendo la «nuda vida»: los prisioneros como agentes en la era de la Nueva Cultura Carcelaria en Colombia. *Crítica Penal y Poder*(8), 47-65. Obtenido de <http://revistes.ub.edu/index.php/CriticaPenalPoder/article/view/9853>
- Drenkhahn, K. (2015). Las penas de larga duración y los derechos humanos – conclusiones de un estudio internacional-. *Revista de Estudios de la Justicia*(23), 107-144. doi:10.5354/0718-4735.2016.38978
- Duarte, M., Paz, G., & Sueldo, M. (14 de octubre de 2016). *Derecho a la integridad personal en el sistema carcelario*. Recuperado el 10 de enero de 2019, de Universidad Católica Argentina: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/derecho-integridad-personal-sistema.pdf>
- Enterría Martínez-Carande, E. G. (2002). El principio de protección de la confianza legítima como supuesto título justificativo de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador. *Revista de administración pública*(159), 173-208. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/293639.pdf>
- Galindo, J. A. (23 de octubre de 2009). Contendio del Derecho a la Integridad Personal. *Rev. Derecho del Estado*(23), 89-130. Recuperado el 20 de noviembre de 2018
- Garland, D. (2005). *La cultura del control: crimen y orden social en la sociedad contemporánea* (Vol. 367). (Gedisa, Ed., & M. Sozzo, Trad.) Oxford: Oxford University Press. Obtenido de http://www.antonioacasella.eu/nume/Garland_control_2001.pdf
- Gerez Ambertín, M. (2009). Estrategias discursivas y políticas del dispositivo punitivo. *I Congreso Internacional de Investigación y Práctica Profesional en Psicología XVI Jornadas de Investigación Quinto Encuentro de Investigadores en Psicología del Mercosur* (págs. 511-515). Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires. Obtenido de <https://www.aacademica.org/000-020/31>
- Gómez Hermoso, R. (2009). Violencia en los comportamientos humanos. Valoración de la peligrosidad en presos reincidentes. *Anuario de Psicología Jurídica*, 19, 43-60. Obtenido de <https://www.redalyc.org/html/3150/315025340005/>
- Hernández Jiménez, N. (2018). La resocialización como fin de la pena-una frustración en el sistema penitenciario y carcelario colombiano-. *Caderno CRH*, 30(18), 539-559. Obtenido de <https://portalseer.ufba.br/index.php/crh/article/view/20034>

- Hernández, J., & L.M., M. (2010). Accesibilidad a los servicios de salud de la población reclusa colombiana: un reto para la salud pública. *Facultad Nacional de Salud Pública*(28), 32. Obtenido de <http://revistaestudiospoliticos.udea.edu.co/index.php/fnsp/article/view/4771>
- Into, P. T. S. (2002). Comparación de factores psicosociales y estrés post-traumático en internos y empleados de cinco centros penitenciarios: un estudio exploratorio. *Anuario de psicología jurídica*(12), 69-85. Obtenido de <https://journals.copmadrid.org/apj/archivos/80164.pdf>
- Jusidman-Rapoport, C. (2014). El derecho a la alimentación como derecho humano. *salud pública de méxico*, 56, 86-91. Obtenido de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S0036-36342014000700013&script=sci_abstract&tlng=en
- Martínez, F, Tidball-Binz, M., & Yrigoyen Fajardo, R. (2001). Centros de reclusión en Colombia: un estado de cosas inconstitucional y de flagrante violación de derechos humanos. *Revista de Derecho Penal*, 29.
- Mathus Escorihuela, M. (2006). El derecho al agua en el Derecho Argentino. *Thomson Reuters-Aranzadi.*, 221-250.
- Mayer, O. (1982). *Derecho administrativo alemán*. Buenos Aires: Depalma.
- Mbembe, A. (2011). *Necropolítica*. España: Editorial Melusina.
- Nembrini, P. G. (2011). *Agua, saneamiento, higiene y hábitat en las cárceles*. Ginevra: Comité Internacional de la Cruz Roja.
- Pérez Toro, W. (2012). ¿Nos repugna realmente la prisión? Un recordatorio abolicionista. *Revista diálogos de derecho y política*(9), 1-18. Obtenido de <http://aprendeonline.udea.edu.co/revistas/index.php/derypol/article/view/12319/11168>
- Rovira, D. P. (2002). Clima emocional en las organizaciones: dos estudios en centros penales. *Suma psicológica*(9), 157-192. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4512215>
- Ruiz, J. I. (1999). Estrés en prisión y factores psicosociales. *Revista Colombiana de psicología*(8), 120-130. Obtenido de <https://revistas.unal.edu.co/index.php/psicologia/article/view/16097>
- Sáenz Dávalos, L. (2015). Apuntes sobre el derecho a la integridad en la constitución Peruana. *Revista de derecho constitucional*(1), 293-301.
- Saenz, D. A. (2013). Derechos Humanos Sistema Penitenciario y Presos Políticos en Colombia estudio de Caso: Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Alta Seguridad de Cóbbita – Boyacá. *Principia Iuris*(19), 19. Obtenido de <http://revistas.ustatunja.edu.co/index.php/piuris/article/view/772>

Salomoni, J. L. (1997). La cuestión de las relaciones de sujeción especial en el Derecho público argentino. *Problemática de la Administración Contemporánea*.

Solórzano Betancourt, M. A. (diciembre de 2010). *El Programa de Derechos Humanos del Distrito Federal (PDHDF) en materia de Derechos de las Personas con Discapacidad*. Recuperado el 21 de diciembre de 2018, de MSyE-PDHDF, México.: <https://www.equipopueblo.org.mx/descargas/folletospdf/integridad.pdf>

UNODC. (1996). *Recopilación de reglas y normas de las Naciones Unidas en la esfera de la prevención del delito y la justicia penal*. Obtenido de Condiciones Penitenciarias en África: [http://elearning.icrc.org/detention/es/story_content/external_files/Condiciones%20Penitenciarias%20en%20Africa%20\(1996\).pdf](http://elearning.icrc.org/detention/es/story_content/external_files/Condiciones%20Penitenciarias%20en%20Africa%20(1996).pdf)

Wacquant, L. J. (2010). *Castigar a los pobres: el gobierno neoliberal de la inseguridad social*. Barcelona: Gedisa.

JURISPRUDENCIA

Corte Constitucional, Sala Cuarta de Revisión de Tutelas. (1993) Sentencia T-437. [MP Carlos Gaviria Díaz] Obtenido de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/T-437-93.htm>

Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión de Tutelas. (1995) Sentencia T-473 [MP Fabio Moron Diaz] Obtenido de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/t-473-95.htm>

Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión de Tutelas. (1998) Sentencia T-153 [M.P Eduardo Cifuentes Muñoz] Obtenido de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-153-98.htm>

Corte Constitucional, Sala Quinta de Revisión de Tutelas. (1998) Sentencia T-535 [M.P José Gregorio Hernández Galindo] Obtenido de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-535-98.htm>

Corte Constitucional, Sala Quinta de Revisión de Tutelas. (1998) Sentencia T-583 [M.P José Gregorio Hernández Galindo] Obtenido de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-583-98.htm>

Corte Constitucional, Sala Quinta de Revisión de Tutelas. (1998) Sentencia T-606 [M.P José Gregorio Hernández Galindo] Obtenido de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-606-98.htm>

Corte Constitucional, Sala Quinta de Revisión de Tutelas. (1998) Sentencia T-607 [M.P José Gregorio Hernández Galindo] Obtenido de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-607-98.htm>

Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión de Tutelas. (1999) Sentencia T-530 [M.P Vladimiro Naranjo Mesa] Obtenido de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/t-530-99.htm>

- Corte Constitucional, Sala Quinta de Revisión de Tutelas. (2000) Sentencia T-256 [M.P José Gregorio Hernández Galindo] Obtenido de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/t-256-00.htm>
- Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión de Tutelas. (2001) Sentencia T-879 [M.P Clara Inés Vargas Hernández]. Obtenido de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/t-879-01.htm>
- Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión de Tutelas. (2004) Sentencia T-851 [M.P Manuel José Cepeda Espinosa] Obtenido de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-851-04.htm>
- Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión de Tutelas. (2004) Sentencia T-1096, M.P Manuel José Cepeda Espinosa. Obtenido de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-1096-04.htm>
- Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión de Tutelas. (2006) Sentencia T-439 [M.P Marco Gerardo Monroy Cabra] Obtenido de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/t-439-06.htm>
- Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión de Tutelas. (2009) Sentencia T-412 [M.P María Victoria Calle Correa]. Obtenido de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-412-09.htm>
- Corte Constitucional, Sala Primera de Revisión de Tutelas. (2013) Sentencia T-388 [M.P María Victoria Calle Correa]. Obtenido de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/t-388-13.htm>
- Corte Constitucional, Sala Plena (2014) Sentencia C-757 [M.P Juan David Correal Rodríguez] Obtenido de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/T-437-93.htm>
- Corte Constitucional, Sala Quinta de Revisión de Tutelas. (2015) Sentencia T-762 [M.P Gloria Stella Ortiz Delgado]. Obtenido de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-762-15.htm>
- Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión de Tutelas. (2017) Sentencia T-193 [M.P Iván Humberto Escruería Mayolo]. Obtenido de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/T-193-17.htm>

NORMAS

- Colombia, Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Política de 1991.
- Colombia, Congreso de la República, ley 65 de 1993 (Código Penitenciario y Carcelario).
- Colombia, Congreso de la República, ley 599 de 2000 (Código penal).
- Colombia, Congreso de la República, ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento penal).

**SOME POSSIBLE LEGAL APPROACHES ABOUT ‘EFFICACY’ AS RE-
SEARCH CATEGORY OF ALTERNATIVE METHODS FOR CONFLICT
SOLUTION (AMCS)^{1*}**

Martha Eugenia Lezcano Miranda^{2**}

Jorge Eduardo Vásquez-Santamaría^{3***}

Recibido: Octubre 1 de 2018

Aprobado: Noviembre 8 de 2018

ABSTRACT

By questioning the applicability of Alternative Methods for Conflict Solution (AMCS) in public contracts of working, consulting and concession in the Metropolitan Area of Valle de Aburrá in the light of Law 80 of 1993, it was showed the absence of previous methodological construction on efficacy as analytical category of juridical setting and sociojuridical objects. So it is valid to ask which juridical approaches allow the category ‘efficacy’ to intermediate the object of some juridical research? This work is centered

^{1*} First published in the book *Sujetos de especial protección constitucional y otras reflexiones jurídicas: avances de investigación jurídica y sociojurídica*, Fundación Universitaria Autónoma de las Américas, Medellín, Colombia, 2018. The reflection is based on the conclusions of the research project “Eficacia de los Métodos Alternativos para la Solución de Conflictos en contratos de obra, consultoría y concesión en el Área Metropolitana del Valle de Aburrá a partir de la ley 80 de 1993”, ascribed to the research team *Orbis Iuris*, working on “Law, Conflict and Internationalization”, Law Faculty, Fundación Universitaria Autónoma de las Américas, Medellín, Colombia.

^{2**} Lawyer, Specialist on Criminal Law and Criminology from Universidad de Medellín, Specialist in Drug Dependence from Universidad Católica Luis Amigó, Undergraduate Director of Law, Fundación Universitaria Autónoma de las Américas. Teacher and researcher of *Orbis Iuris*, ascribed to Fundación Universitaria Autónoma de las Américas. E-mail: martha.lezcano@uam.edu.co

^{3***} Lawyer, Mag. in Law from Universidad de Medellín. Specialist in Academic Research Teaching from Universidad Católica Luis Amigó, and Administrative Law from Universidad Pontificia Bolivariana. Teacher and researcher, head of *Orbis Iuris*, Fundación Universitaria Autónoma de las Américas. E-mail: jorge.vasquez@uam.edu.co

in showing some possible implications of efficacy as category for juridical research, by a theoretical foundation of its methodological development, from contributions of Law General Theory and statements about efficacy as general principle in the practice of administrative function and public deals. From two proposed dimensions, in the conclusions is stated that efficacy is a category that allows a particular research approach, resulting both in a definite searching criterion and in the validation of juridical and sociojuridical objects, such as conflict resolution in public contracts.

Keywords: Efficacy, Principle, Public Contracts, Administrative function.

ALGUNOS ENFOQUES JURÍDICOS POSIBLES SOBRE LA EFICACIA COMO CATEGORÍA PARA LA INVESTIGACIÓN DE LOS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS (MASC)

RESUMEN

A partir de la pregunta ¿qué aplicabilidad tienen los Métodos Alternativos de Solución de Conflictos (MASC) en los contratos estatales de obra, consultoría y concesión en el Área Metropolitana del Valle de Aburrá, a partir de la ley 80 de 1993? se identificó la ausencia de una construcción metodológica previa sobre la eficacia como categoría de análisis de las disposiciones jurídicas y los objetos sociojurídicos. De lo anterior deriva un interrogante accesorio del que depende la aprehensión del citado problema y sobre el que se concentra este escrito ¿Qué enfoques jurídicos posibilita la eficacia como categoría que mediatiza la investigación de un objeto de estudio jurídico?. Este trabajo se concentra, por medio de una construcción teórica de base para el desarrollo metodológico de la investigación, en develar algunos alcances posibles sobre la eficacia como categoría para la investigación en Derecho. Para ello, acude a contribuciones de la Teoría General del Derecho y a contenidos de la eficacia como principio general para el ejercicio de la función administrativa y de la contratación estatal. Desde las dos dimensiones propuestas en las conclusiones se traza la eficacia como una categoría que permite un enfoque investigativo concreto, del que se desprenden un parámetro de indagación y la valoración de objetos jurídicos y sociojurídicos, como es el caso de la resolución de conflictos en un escenario de la vida social como la contratación estatal.

Palabras clave: eficacia, principio, contratación estatal, función administrativa.

ALGUMAS ABORDAGENS JURÍDICAS POSSÍVEIS SOBRE A EFICÁCIA COMO CATEGORIA PARA A INVESTIGAÇÃO DOS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS (MASC)

RESUMO

A partir da questão: qual é a aplicabilidade dos Métodos Alternativos de Solução de Conflitos (MASC) nos contratos estaduais de obras, consultoria e concessão na Região Metropolitana do Valle de Aburrá, a partir da Lei 80 de 1993? Verificou-se a ausência de uma construção metodológica prévia sobre a eficácia como categoria de análise das disposições jurídicas e dos objetos sociojurídicos. Do exposto deriva uma questão acessória que depende da apreensão do problema mencionado e sobre a qual este trabalho se concentra: Quais abordagens jurídicas possibilita a eficácia como categoria que media a investigação de um objeto de estudo jurídico? Este trabalho concentra-se, por meio de uma construção teórica de base para o desenvolvimento metodológico da investigação, em revelar alguns escopos possíveis sobre a eficácia como categoria para a investigação em Direito. Para tanto, busca contribuições da Teoria Geral do Direito e dos conteúdos da eficácia como princípio geral para o exercício da função administrativa e de contratação do Estado. Desde as duas dimensões propostas nas conclusões, a eficácia é traçada como uma categoria que permite uma abordagem investigativa específica, a partir da qual emerge um parâmetro de indagação e a valorização de objetos jurídicos e sociojurídicos, como a resolução de conflitos em um cenário da vida social como a contratação do Estado.

Palavras-chave: eficácia, princípio, contratação estatal, função pública.

1. INTRODUCTION

From the Political Constitution of 1991 is clear that, by tradition and preference, the function of justice administration is ascribed to the public judicial power, in the hands of Constitutional Court, Supreme Justice Court, State Council, Superior Council, General Attorney, courts, judges, Military Penal Court and, exceptionally, the Congress (Constitución Política, 1991, articles 174 y 175). On consequence, justice administration is an essential public function because, being a public activity, continuous and uninterrupted, it is the base of democratic states, by guaranteeing that someone, invested by law and acting with the force of state, objectively responsibly, independently, autonomously, rapidly, efficiently and efficaciously settles those conflicts arising between parts (Constitutional Court, 1997).

From article 116 of the Constitution it follows that, exceptionally, admi-

nistrative authorities may be legally invested with the function of administering justice in matters specifically prescribed by law, insofar as this habilitation does not imply criminal prosecution. Similarly, it authorizes and gives constitutional validity to the Alternative Methods for Conflict Solution (AMCS), as is stated by subparagraph 4:

Individuals may be temporarily invested with the function of administering justice acting either as jurors in criminal cases, as conciliators or as arbitrators empowered by the involved parties to rule in accordance to law or equity, under the terms established by law.

Exceptionally, 1991 Constitution expanded the organic and functional field of administering justice from the State to other agents by authorizing individuals to solve disputes by means of persons who, temporarily invested with the function of administering justice, act as conciliators or as arbitrators empowered by the involved parties to rule in accordance with law or equity, under the terms established by that very law (Constitutional Court, 1997).

As stated by jurisprudence, the function of administering justice by individuals is essentially occasional and temporal and also voluntary and unsolicited, because in accordance with Constitution, the parties empower some individual to solve their dispute. The temporal and alternative character of these instruments derives from the fact that they constitute a form of individual cooperation to the success of justice administering. This cooperation is defined as a constitutional civic duty (Constitución Política, 1991, articles 95-7). Hence, because of public order reasons, it is not possible to translate permanently the function of justice administering to individuals.

With constitutional support in their administering of justice, the AMCS are specially relevant in state contracting, a very difficult team marked by non-compliance and extension or suspension of contracts, due to corruption, violation, vulneration and unawareness of contractual principles and rules, or even natural phenomena and calamities causing a breach in State obligations. Some instances of these practices, common in Colombian state contracting, are shown by Fredy Céspedes (2012):

Improper contract naming, naming a concession “lease”, tailored solicitation documents, modifying document terms just a couple of hours before the end of bidding process, field visits one hour before expected, adjudication at lowest cost (adjusting it upon request), several companies conform criminal organizations manipulating economic formulae to win the tender, supplantation of contractors (awarding the contract to some provider considering its quality, but this yield it to a third party without the supposed qualities), supposed exclusivity (direct contracting, disregarding other providers), use of façade inter-administrative or science and technology contracts as well as contribution to organizations to cover direct contrac-

ting, using contracts to sue the State, unlimited additions by unitary prices figuring, failure in quantity or quality specifications (s.p.).

More specifically, several issues of Colombian state contracting were identified and described in a research named "Initial components for formulation and design of public planning policies in contractual process of Government of the Province of Antioquia"⁴ (Vásquez-Santamaría, 2018). The more recurrent difficulty lies in the content, extent, and binding power of planning. About this principle much is debated, from its apparent lack of bidding power, given the lack of positive recognition. This position is highly questionable from 1991 Constitutions' perspective, where principles are recognized as optimization mandates, with normative force, not requiring positivization. Its extent and axiological contents are also debated, as well as its delimitation and articulation with other contractual and administrative processes, considering even whether its non-compliance nullifies state contracts.

Additionally, research showed other potentially public problems (Vásquez-Santamaría, 2018), for instance, that worked on by Yuri Gorbaneff (2003), who identifies the neglect of law 80 of 1993 to the economic theory of its proponents, joining to it the incompleteness of state contracts and their necessary renegotiation; Mónica Safar (2016), who proposes tender restriction as a mechanism only applying to the contracting of uniform and common goods and services; and Fabián Marín Cortés (2015), who identifies in law 80 of 1993 normative exclusion of many state entities and their subjection to normative provisions outside Contracting Statute.

These problems must be overcome by the ends of state contracting, provided in article 3, law 80 of 1993:

Public officials must consider that, at the moment of contracting and during their execution, entities try to fulfill state endings, the continuous and efficient provision of public services and the effectiveness of the rights and interest of those administered, aiding them in the attainment of the aforesaid endings.

Even though these endings are reinforced by the public entities' rights and duties to contract, recognized by law (law 80, 1993, article 4). Conflicts arising from the aforesaid activity affect Nation's most sensible interests and public funds.

⁴ The research "Initial components for formulation and design of public planning policies in contractual process of Government of the Province of Antioquia" was ascribed to the line of research "Law, Conflict and Internationalization" of the research group *Orbis Iuris*, Law Faculty, Fundación Universitaria Autónoma de las Américas, Medellín, Colombia, 2015-2017.

Since state contracting is full of debate, looking for justice in conflicts appearing in contracting law 640 of 2001 defined conciliation as procedural requirement, as stated in article 35:

In matters subject to conciliation, legal extrajudicial conciliation is a procedural requirement in order to turn to civil, contentious-administrative, labor, and family jurisdictions, in accordance with relevant legal provisions.⁵

Later, this norm was modified by article 13 of law 1295 of 2009, that approved judicial and extrajudicial conciliation in matters contentious-administrative as a new provision of law 270 of 1996:

When issues are subject to conciliation, the advancement of extrajudicial conciliation always constitutes a procedural requirement of actions provided in articles 86, 86 and 87 of Contentious-administrative Code, or the norms replacing it.

Article 42A, a new provision of law 270 of 1996, referred to prejudicial conciliation in invalidity action and right restoration, direct compensation action and contractual actions. Actually, law 1437 of 2011, article 161, states as requirement for suing in contentious-administrative courts that:

When issues are subject to conciliation, the process of extrajudicial conciliation constitutes procedural requirement in every lawsuit related to invalidity with right restoration, direct reparation and contractual disputes.

Specifically, law 80 of 1993, article 73, stated: "It could be arranged to go to conciliation and institutional arbitration centers of professional associations and chambers of commerce, in order to solve contractual disputes". Thus, it sets an outline different to that disposed by law 23 of 1991, regarding conciliation's place, because it used to be settled in the contentious-administrative jurisdiction. In law 80 of 1993, conciliation was settled in conciliation centers recognized by law. In law 23, conciliation requires judicial homologation, parameters not demanded by law 80, therefore law 23 added a procedure do not referred to in law 80.

Decree 1818 of 1998 collected current legislation referred to ASMC and, consequently, that pertaining contentious-administrative matters. Nonetheless, by Ruling C-893 Constitutional Court invalidated articles 12, 30 and 39 of law 649 of 2001, specifically those parts related to conciliation center, because it violated legal reserve. In other words, even though law 640 of 2001, article 23, enabled conciliation in administrative matters before Public Ministry Agents, delegated to contentious tribunal, and before conciliation centers, Ruling C-893 of 2001 invalidated conciliation centers. For this reason, in administrative law there can only be a prejudicial conciliation

⁵ Constitutional Court, by Ruling C-893 of 2001, declared laboral expression invalid, remaining as procedural requirement in matters subject to conciliation only in civil, family, and contentious-administrative jurisdiction.

hearing before Agents of Public Ministry, delegated to Contentious-administrative Tribunal. This rule was ratified by Constitutional Court (2002):

(...) the choice of Public Ministry Agents for such purpose is precisely justified to protect legality and administration's patrimonial interests, as explained by Ruling C-1195 of 2001, principle 7.4, when stated: "administrative conciliation can be carried on only before Public Ministry agents assigned to contentious-administrative jurisdiction".

To this clarified overview offered by constitutional jurisprudence in conciliation matters, there can be added the strengths of arbitration as other possible ASMC to resolve conflicts arising from state contracting. State Council explained that (2006, expedient 32514):

(...) this mechanism of justice administration in which arbiters act empowered by law and enabled by conflicting parties is constrained by certain material and temporal limitations: the first, because only can be submitted to arbiters' authority those disputes dealing with matters that may be free disposed, that is, related to rights and patrimonial goods over that can be legally disposed by their owners; contrario sensu, matters that can not be free disposed, as those related to marital status or public security. Regarding temporal limits, it is shown that arbitration tribunals should last as arranged by parties or stipulated by law, and should end its functions after the expedition of the corresponding arbitration award.

Hence, parties contracting with the State may agree to submit to arbitration tribunal's authority those differences arose from a conflict susceptible of transaction, thereby weaving their right to a hearing by ordinary justice. Once settled by parties, possible conflicts arising from arbitral agreement must be settled by arbiters, without possible intervention of ordinary justice. That does not mean that before ordinary justice arbitral awards are invalid. With Decree 2279 of 1989 conscious, technical or in accordance with law arbitration appeared in Colombian legislation. Of them, technical arbitration had the greatest impact in administrative contracting. Nonetheless, law 1563 of 2012, article 1, provided that:

When a public entity or another performing their duties are involved in a tribunal, if disputes emerged from or on account of celebration, development, execution, interpretation, ending or settlement of state contracts, including economic consequences of administrative acts issued in the exercise of exceptional functions, awards must be issued in accordance with law.

Hence, technical arbitration is ruled out from issues deriving from contracts involving the State, inasmuch as arbitration must be settled in accordance to law, as a general rule.

Similarly, there exists amiable composition, legally based, by which parties delegate in a third, denominated amiable compositeur, the solution

of a conflict involving the degree fulfillment of a transaction liable to transaction, and the way the fulfillment. By amiable composition, to settle disputes parties rely on one or more amiable compositours, that can be singular or plural, but always in uneven number, designated by the parties or by a third delegated to that designation. In that respect, Constitutional Court stated in Ruling T-017 of 2005 that:

Given the essential character of some services provided by the State, not being liable of cessation in their fulfillment and execution, differences between parties liable of transaction may be settled out of court. This endeavors to the continuous, regular and efficient provision of public services, and also to the fulfillment of parties' rights and duties. Look at how article 69, law 80 of 1993, in order to fulfill this mechanism, prohibit any obstacle in the use of direct solution mechanisms to solve contractual disputes and, additionally, paragraph of article 68 enables state entities to revoke at any time their own contractual administrative acts, provided that there are not enforceable judgment upon them. This way are negotiations and agreements are facilitated, allowing the solution of conflict arising between parties in state contracting, without requiring judicial processes that, by the entailed delay, not only affect the quality of provision of public services but also, eventually, may be detrimental to State Treasury.

Acknowledging direct settlement principle in state contracting, where is related by jurisprudence (Corte Constitucional, 2005) with those principles protecting economy and contractors' economic patrimony, thus adopting AMCS, enables a correct and prudent administration of public funds and avoids the risk of procedimental solutions, considering their delays and wearing. Constitutional and legal possibilities to settle disputes arising from state contracting, trough some AMCS, avoid direct jurisdictional lawsuits and enable the proper fulfillment of public function, proper administration of public funds and the fulfillment of State's endings.

Nonetheless, even though AMCS positivization in domestic legal order guarantees legal security by the validity of the provisions regulating it, the actual fulfillment of its ending or its teleological aspect, does not necessarily mean a real efficient use in the settlement of state contracting disputes. This is suggested by the proliferation of contractual disputes in Colombia, public fraud and failure in public services provision.

Hence, it is clear that the fulfillment of State's endings, through the contracting capacity of public entities, is degenerating by the action of many problematic instances. To these, efficacy in judgments and AMCS do not seem a proper solution. Thus arises the research question "what's the applicability of AMCS in state contracting on working, consultation and concession in Metropolitan Area of Valle de Aburrá, considering law 80 of 1993"?

Nonetheless, considering the profound consequences that the aforesaid socio juridical problem had in Colombia in recent years, it is necessary to investigate with the greatest responsibility AMCS's effectiveness threshold, facing those controversies arising from state contracting of construction, consulting and concession in whatsoever jurisdiction.

Being an academic and investigative responsibility, it is believed that methodological design is the component upon which rigurocity and objectivity must be settled as dimensions of efficacy as the adequate category to contracting dispute solving. Enough clarity should guide interaction between cognisant subject and object studied, consolidating, at the same time, methodological principles to assess the actual application of AMCS in a given dispute.

Hence, in this research appeared the question "which legal approaches allows efficacy as category mediating the research of some legal phenomenon? This, of course, is a subsidiary matter, depending on apprehension of the aforesaid problem (the primal object of this paper), through whom we ascend toward efficacy as decisive category in order to understand AMCS's real potential in solving state contracting disputes.

Dogmatic preliminary inquiry of efficacy as category enabling apprehension of some juridical or socio juridical subject is needed when "efficacy and applicability may be considered as parts of current legal order. Nonetheless, legal experts almost never explain these basic presumptions" (Navarro y Moreso, 1996, p. 120). As is explained by García (2005, p. 2) "of course, it is of vital importance in law studies, due in part to its sunlike projection upon every conceivable subject of the legal universe".

Choosing efficacy as subject of studied, combined with state contracting dispute solving through AMCS in Colombia, this paper amplifies it contents by defining its scopes. With this efficacy is not presented as a category wide enough to be considered an undefined legal concept, on the contrary, its fullness is used to delimitate its own potentialities, transforming its different scopes and dimensions in sort of functional paths useful to socio juridical research.

Hence, at the beginning, efficacy is considered a part of Law General Theory that contributes to the development of legal science and thereby to the comprehension of its impact on legal devices' developing and applying in specific problematic contexts. Next, it is considered as general principle to the fulfillment of administrative function and state contracting, showing it as a tool in the adequate providing of public services. Finally, from the proposed dimensions, it is proposed as Law research approach, from which follow inquiry standards and evaluation of socio juridical subjects, as is the case of dispute solving in state contracting, a part of social life.

This research has a general objective define the applicability of AMCS in state contracting of working, consulting and concession in Metropolitan Area of Valle de Aburrá, considering law 80 of 1993. For this reason, methodological framework is design from a set of predefined research categories from which the subject studied is delimited. Among these categories, efficacy is chosen as theoretical and legal axis that defines the proper socio juridical subject. That is to say, from it is assessed the grade of resolution of contracting disputes through AMCS, insofar as it, preliminary, comprehends the obeying, fulfillment and implementation of legal provisions by their recipient, in this case, AMCS, as well as their capability of meeting the legal expectations of disputing parties.

This part of research is found in descriptive progress, implemented when we want to describe phenomena, contexts, situations and events. This is to say, to detail how it is and how it shows AMCS efficacy in those disputes arising from state contracting. Descriptive progress allows to specify properties, characteristics and profiles of people, process, objects or other research phenomena.

In our case, it is focused on efficacy and its developments: norm reception, ways of its apprehension, assimilation, comprehension and, of course, observance in legal relationships, in derived disputes or those needing settlement. This tries to describe those situations present at the moment of indagation of content input and goals of normative mandates in a given dispute between contracting parties. Thus, it is not seek to demonstrate the mutual influence between variables, on the contrary, for the benefit of readers, a clarification is intended on efficacy as phenomenon (Salkind, 1997).

Trying to discover some possible legal approaches about efficacy as category of research on AMCS, we part from some contributions of Law General Theory, then it is considered as general principle for the fulfillment of administrative function and state contracting. Then, from those two approaches the concept is taken as parameter of indagation and evaluation of sociojuridical objects like conflict resolution in state contracting.

EFFECTIVENESS FROM SOME ELABORATIONS OF LAW GENERAL THEORY

So, vulgarly speaking, efficacy represents development, fulfillment or performance of some objective, task, function or role of some object or behavior towards something or some one. In this respect, both the object and human behaviour should have some previously defined and recognized object or purpose so that performance allows a valuation of behaviour considering its fulfillment, performance and scope.

Efficacy, in this light, is something that acts as predicate of human behavior's fulfillment or externalisation. In the field of scientific knowledge, it can measure, value or establish how much human behavior agrees with

an determined or imposed objective. This means that efficacy allows a correlation between intersubjective behavior's externalisation with the objective or final purpose expected from behavior, based on some previously defined objective criterion.

The objective or objectives of some behavior are defined from rules ruling behavior, trying to develop an obligation. Moral, conventional and legal rules are decisive in this process, all they defining objective of purpose of some expected behaviour from a social relevant value, defining the externalisation of human behavior obligations.

One of the tasks assumed by the norm - moral, conventional and legal - is to induce the subject to execute an estimated behavior, as obligation for the performance or protection of a socially relevant value. For the study of effectiveness, three essential components that allow its determination are revealed: human action or behavior, the norm that regulates such behavior and the purpose; elements from which the effectiveness functions as performance or fulfillment of a purpose or role that an object or behavior has regarding something or someone. These elements may approach Reale's definition of Law (1987), integrated by the social fact into its historical effectiveness, for our case represented in human behavior in relation, the norm as guiding mandate of behavior and value as the purpose of fulfillment through normative compliance:

wherever appears a legal phenomenon there is always necessarily an underlying fact (economic, geographic, technical, etc.); a value that confers a certain significance to that fact, inclining or determining the action of men in the sense of reaching or preserving a certain purpose or objective; and, finally, a rule or norm that represents the relation or measure that integrates one of those elements in the other: the fact in the value (Reale, 1987, p 158).

The foregoing finds in legal doctrine a significant support. When Jorge Parra (2002) refers to law, he does so as "a regulatory order of human behavior insofar as it has a social meaning, an order that seeks to fulfill certain values and that translates them into norms" (page 6); from this it follows that legal norms adopt certain structures to generate a behavior that corresponds with the fulfillment of values with a social sense, where efficacy needs to determine, estimate or value how much behavior faces the norm that regulates it, it achieves the fulfillment of the aforementioned final task through mandatory obligations.

Thus, efficiency finds a foothold in such traditional positions as Giorgio Del Vecchio, who defines law as "the objective coordination of various possible actions among several subjects according to an ethical principle that determines them, excluding all impediments" (Del Vecchio cited in Parra, 2002, p.7), and that of Rudolf Stammler, who states that law is "a self-sufficient and inviolable interlacing power" (Stammler cited in Parra, 2002, p.7).

The current understanding of efficacy is far from the Kelsenian explanation from which, between validity and normative efficiency, a relationship of dependence was woven: “A legal norm is only considered as objectively valid when the human behavior that it regulates is accommodated. In fact, at least to a certain degree” (Kelsen, 2009, p.24). From this followed that, for normative validity, a minimum degree of effectiveness was necessary. But in law it has been clear that legal norms can be valid without necessarily fulfilling some degree of effectiveness; not even the smallest, demarcating the field both of formalism proper to the positivism to which Kelsen ascribed, and of the sociological or phenomenological in which efficacy takes place.

Hence, in the Pure Theory of Hans Kelsen (2009) such separation appears, to the extent that “a legal norm acquires validity before being effective, that is, before being obeyed and applied” (p.25); This is why Kelsen (2009) subjected efficacy to validity by proposing that “effectiveness is a condition of validity to the extent that effectiveness must appear in the imposition of the legal norm, so that it does not lose its validity” (p.25).

On the other hand, it is considered that efficiency finds its niche of inquiry in the implementation of human behavior externalized in society, considering a duty to be coercible or imperative that draws a legal norm endowed with the elements of bilaterality, heteronomy and the coercibility for the safeguarding, realization and maintenance of value. From this, prevalent objects requiring the regulation of legal norms are defined and identified.

Effectiveness investigates in a field given by the exploration of socially expressed behaviors, advancing through such exploration in the identification of subjects' moments, places, circumstances and qualities, understanding that like any other human behavior compliance with the norm is a phenomenon that occurs in the social and, therefore, is subject to its mutable and dynamic nature. It can, subsequently, define and describe those behaviors as to assure their typical adaptation to the objective references that integrate, in a traditional way, a legal norm that regulates human behavior: fact and consequence. From these it is intended to ensure well-being and coexistence, or on the contrary, to extract from the aforesaid definition and description the reasons explaining why originally externalized behavior deviates from the objective sense outlined by legal norm.

So, effectiveness appears as an articulating category between regulatory legal devices of human behavior, traditionally the norm in its structural or formal sense, material or content, and finalistic or teleological, and human behavior as a substratum through which a sense is externalized, and society as a recipient of it, since the duty to be expected from behavior, expressed from the tax message left by the norm in the subject, is assumed as expected behavior.

Norberto Bobbio (1987) establishes three criteria for assessing rules of conduct, from which he considers possible to construct a theory of legal norms. The first criterion lies in the problem of justice, where the correspondence of the norm and values or purposes that inspire a legal order are evaluated, a problem that he calls deontological law (p.21). The second has to do with the problem of norm's validity, which concentrates on the problem of the existence of the being of the norm, independent of the value judgment to which it can be submitted, and which he calls the ontological problem of Law (p.21). Finally, Bobbio establishes the problem of norm's effectiveness, which he calls a phenomenological problem, consisting in whether the disposition is or is not fulfilled by the persons to whom it is directed, insofar as the fact that the norm is valid or just does not ensure that it is carried out or complied with by the recipients (p.22).

Following this, Parejo (1995) defines efficiency as that which is primarily required, not only to act or performance something, but to do in order to "solve" social problems; that is, producing, in each case, a certain effective result, a "work" intended and designated as purpose or objective in diagnosing the problem in question (page 89). In this sense, efficiency is understood as a legal duty that requires and demands both fulfilling the general interest and carrying out the reorganization, innovation and strengthening of the institutionality; in order to provide the means, structure and establish the necessary processes to achieve it.

In the same direction, in the course of a previous investigation (Vásquez-Santamaría, 2011), legal effectiveness is linked, primarily, with the legal norm, as a modality "that denotes an obligating, compelling, general and character, also capable of fulfillment by coercive means, promulgated by a sovereign, legitimate and competent authority" (p.50). But although the legal norm has such significant attributes in no way is certain that it will be met by the recipients: "Legal norm effectiveness represents its applicability and compliance" (Vásquez-Santamaría, 2011, p.50). This notion of applicability, following Navarro and Moreso (1996 cited in Vásquez-Santamaría, 2011), "is linked to the identification of the real conditions of legal normative propositions" (p.50), related to the deontological qualification of an action. In this same sense, Prieto (2001, cited in Vásquez-Santamaría, 2011) explains:

In a multifaceted analysis of Law it is not enough for the norm to exist formally and be demanded, but with the objective that it fulfills the functions for which the Law was created, so that it channels, limits, guarantees and educates it is necessary that norms may be real or materially applied, that the situations for which they were created exist; that their mandates, even when they are not voluntarily fulfilled by special devices available to the State, effective sanctions for non-compliance with the prohibitions, or guarantees for the realization of the prescriptions and

recognized rights. In other words, that the rule of law has a social realization. Efficacy in terms of the real utility of the norm in society, the effectiveness of the regulation, the actual concretion between what is legally said and the social fact, which leads to the fulfillment of Law; an efficiency of functional type (p.51).

But if we assume that efficiency is the phenomenological problem of Law, strongly linked to the receptivity and fulfillment of legal power in the intersubjective behavior, it should be noted that it faces a set of obstacles demanding awareness and attention. Whenever a standard can be assessed as ineffective, against the purpose that explicitly derives from its content, it can be more effective in relation to hidden, disguised or different objectives, important to avoid distortion in the results of the investigations that come out of it.

Many of these obstacles can be assessed from symbolic efficacy of Law, as proposed by Mauricio García Villegas. Following this author, Lozano and Ramírez (2015) explain distinguish symbolic efficacy from instrumental effectiveness. The latter “examines the adequacy of the results of a standard after its implementation, compared to the proposed objectives. If the legal norm has the capacity to produce the desired effects, then it can be said to be instrumentally effective” (p.4). On the other hand, the provision will not be instrumentally effective if it fails to produce the result or, on the contrary, generates a not expected one, giving rise to symbolic efficiency:

symbolic efficiency is norm effect considered as a symbol, that is, the message behind a norm that may be effective or may be not in its application and in the fulfillment of explicitly proposed objectives, but also effective in terms of some other objectives undeclared (Lozano and Ramírez, 2015, p.5).

Cruz (2012) explains that legal plurality, in part, has promoted ineffectiveness of the rules promulgated by the State, to the extent that they are not carried out in the ways in which they were conceived, nor do they achieve rights fulfillment. Similarly, citing García Villegas, argues that from symbolic efficiency of law the ineffectiveness of legal rules can be an effect “preconceived and desired by its authors, and even taking advantage of political rhetoric to respond to ‘an intelligent game for the sake of strengthening certain interests’, and in turn, to neutralize or mitigate others” (García, 1993 cited by Cruz, 2012, p.295).

The phenomenon of symbolic efficacy of the law consists, then, in transmitting, through legal discourse, an image or representation of the social in which some values and interests are placed above others, giving them legitimacy in a community: “symbolic efficiency must be understood as a deliberate strategy of the institutions that create or apply the law, consisting of ignoring the normative objectives for the benefit of other undeclared objectives” (García, 1993 cited by Cruz, 2012, p.296).

Similar is the position of Martha Isabel Gómez (2014) who, starting from symbolic nature, which in many cases falls on criminal, especially environmental aspects, assures that “symbolic is understood as a general strategy that involves the creation of norms to put in execution a certain political objective, which can suppose that norm does fulfill some practical effects” (García, 1991 cited in Gómez, 2014, p 42). Also, according to De Gómez (2014), it is clear that not always the symbolic should be read as inefficient, if you remember that rules have a certain effect on the recipient, often different from the intended one, but they also generate another effect, allowing to see that studies on legal phenomenology should be attentive to the dimensions of the scope and purposes made by the standards; even with those with closed senses, like rules.

On the basis of Criminal Law, Gómez (2014) proposes general prevention as an argument in favor of symbolic function of law, a task carried out mainly by citizens faithful to the law provided that there is a “natural tendency to respect it with the law”, in order to restore the institutional trust that they have in the legal system, affected if someone performs a behavior considered offensive” (p 43). But general prevention is blamed for the mere generation of the sense of security in the protection of legal goods or socially relevant values, which can be explained from the feeling of assurance in the faithful citizenship, careful of legal provisions, ignoring the real transgressions of the offenders of the norm. Gómez (2014) recognizes the function of symbolic efficacy of the Law based on the configuration of values in legal norms, so that they do not have an instrumentally proven efficacy; but, once again, she shows that it falls into the public impression of an effect that does not really correspond to the purpose sought by the norm.

Facing the edges that the effectiveness of law must confront, and in particular in the case of the investigation of a subject as critical as the effectiveness of AMCS in the resolution of state contracts, reflections such as that of Julieta Lemaitre (2009) are read in a way that is really pertinent and incisive: “if law seems to impact violence and poverty so little, how can be explained the faith they seem to arise in so many citizens?” (p. 23). From the relationship between law and violence and law and social movements, Lemaitre (2009) emphasizes a bloody duality to which the potential of research on the effectiveness of law seems not to respond:

How to explain this paradox of a country that at the time bleeds and rises up relying on law? How to explain that a country with a weak State, a country of growing violence and impunity is at the same time a country of laws, of judgments, of courts wanted and used by its citizens? A country of violence that is a country of rights at the same time? What is the relationship between one and another reality? (p.25)

Such Reflection can not be more appropriate for legal science and for the countless demands that the social scenario places on it. Is the efficiency and the phenomenological problem of Law reserved for the dogmatic tradition that still carries legal research? Have we allowed the potential of the investigation of legal effectiveness to become a victim of the deconfiguration of social reality, allowing, in some way, only one of the images to emerge from it? Or perhaps is it that research focused on effectiveness of Law has been unprepared and irresponsible in the face of effects of symbolic efficacy, without verifying the true results of instrumental efficacy?

From studies of the relationship Law and violence, Lemaitre (2009) sustains the subsistence of three theories. The first one works on the Law as a limit to the exercise of violence coming from the State and from individuals, a theory based on the conception of the liberal State. The second, based on Marxism, attacks Law as an instrument of domination, a door to violence. Finally, the third position fuses the idea of Law as an instrument of the coercitive power of violence and a mechanism by which abuses are limited; so making law an autonomous force that can be used for the protection of the most vulnerable people, emphasizing its potential usefulness. This third theory, for Lemaitre (2009), has its roots also in Colombia, in the symbolic efficacy of Law:

Many legal reforms benefit the groups that have power even if law itself indicates otherwise. This happens, first, because these reforms have no important instrumental effects, and second, because they are destined not to be applied but to legitimize the ruling class or the State by making them appear as inclusive and democratic (p.27).

While the effectiveness of provisions of the legal system is aimed at the totality of the recipients who submit to the rule of law, it seems clear that among them the State is in great part responsible for gathering all the prerogatives to account for its effectiveness, because it is a source of emanation of Law through the public authorities that comprise it, executor of the normative contents and judge in the resolution of controversies, when they were diverted, unknown or altered by those who were in the duty to perform them, in accordance with the purpose drawn by the same device.

From the foregoing it is clear that, in the national legal order, and especially for the exercise of State contracting, efficiency has taken on the nature of a general principle, unlike that efficiency sought from each particular provision, which entails a prevailing political legal content as an optimization mandate that permeates the administrative function and state contracting in Colombia.

EFFECTIVENESS FROM ITS NATURE OF PRINCIPLE IN ADMINISTRATIVE FUNCTION

Effectiveness as a principle is found in Political Constitution, article 209, to guide the exercise of the administrative function. In this sense, within the Public Administration and the Administration of Justice, if general interests that must be protected by the Social Rule of Law prevail, efficiency is recognized as a necessary principle for guaranteeing and protecting constitutional rights; purpose that should be promoted by all the branches that compose its structure:

State social determination expresses the duty that corresponds to all public powers to promote -effectively- real and effective conditions for freedom and equality of the individual (and the groups in which it is integrated), as well as the necessary removal of obstacles that impede or hinder its fullness (Descalzo, 2011, p.146).

Colombia's character of Social State of Law conditions institutional actions in the strengthening of organizational values and principles as ways to achieve state and democratic legitimacy, through real effectiveness in the resolution of conflicts and satisfaction of the needs. For this it must guarantee that Public Administration is capable of complying with the constitutional precepts. From this approach, follows the recognition of effectiveness as a condition of the operation of the Public Administration; making it possible to demonstrate the results of the exercise of the administrative function that materialize in the proper functioning of internal processes, in response to external demands, that is, in the fulfillment of the administrative function and of public policies, as affirms Uranga (1989):

Effectiveness occurs when in that black box, as a result of those internal processes, the value of the outputs, measured in terms of services provided and effectively required by citizens, is greater than the inputs that were previously deducted from them through fiscal procedures or of any other type. Synthetically, then, we can define administrative efficiency as the difference between obtained results and means available to Administration (p. 99).

The verification or evidence of compliance with the legal and regulatory mandates, a task of administrative function in Colombia, make effectiveness a constitutional and legal principle that guides the exercise of that function. Constitutional Court, by Ruling C-826 of 2013, explains the effectiveness as a principle in this way:

In this regard, the Chamber has pointed out that effectiveness constitutes a quality of administrative action in which the validity of social status in the legal-administrative sphere is expressed. Likewise, they add that ultimately, efficiency is the translation of positive constitutional duties in which the superior value of equality is derived directly from State's note or attribute of sociality [...] this principle of administration imposes duties and obligations to the authorities to ensure the adoption

of preventive measures and the attention to the citizens of the country, to ensure their dignity and the effective enjoyment of their rights, especially to those who are in situations of vulnerability and manifest weakness, the prison population, victims of natural disasters or internal conflict, population in a state of indigence, so that on many occasions the public administration has been ordered to adopt necessary measures that are really effective in overcoming the institutional and humanitarian crises generated for such situations, this never being presented as a budget type argument.

So, it is evident to this Corporation that the principle of effectiveness prevents the administrative authorities from remaining inert before situations that involve citizens in a negative way with their rights and interests. Likewise, that the effectiveness of the measures adopted by the authorities must be an end for them; that is, that there is an obligation to act on behalf of the administration and to make a real and effective execution of the measures that must be taken if it is necessary, in harmony and in accordance with the due administrative process.

Cited elements, which make up effectiveness, require criteria and mechanisms of control or correction proper of administrative organization, through the application of certain models or evaluation techniques that allow to measure the effects and settle the degree of efficiency or inefficiency achieved. However, effectiveness evaluation, constituted as a true legal principle, can not be only posterior; that is, centered on the results or objectives achieved and those that do not “control the effectiveness that must be developed, an ex ante control and refers to the correct execution of the principles of organization, management, planning and control that in a broad sense they are understood in the Constitution” (Uranga, 1989, p.101). These aspects outline parameters of inquiry for the exercise of state procurement in which it applies.

In this regard, effectiveness requires correspondence of the other principles listed in Article 209 of Political Constitution; that is, that the institutional action is oriented by equality, economy, speed and impartiality to achieve “effectiveness in meeting the proposed objectives” (Descalzo, 2011, p.149). Descalzo (2011) describes Public Administration as having a demanding central role of effective action in the satisfaction of the general interest. For its part, Parejo (1995), who refers to efficiency as a principle and value, recognizes that Public Administration must be ruled by efficacy “with full submission to the Law” (p. 22)⁶. This means a referral to the decision of the ordinary legislator with respect to those norms, means and instruments in which the consecration of efficacy takes place (Parejo, 1995).

From the necessary correspondence of effectiveness with other principles that guide the exercise of administrative function, effectiveness especially interweaves with

6 Parejo (1995) explains that this submission is both in the execution of programs that are defined by law, and in the application of the specific rules of the legal system. This submission is defined in the achievement of effectiveness around the general interest; as it is presented by Descalzo (2011).

efficiency. Parejo (1995) states that efficiency is defined as the suitability of an activity that is directed to an end; that is, at the end that seeks efficiency as a quality that leads to "effect" or, if you prefer, "success" as a criterion of Public Administration legitimacy. For its part, Constitutional Court, in Ruling C-826 of 2013, defines efficiency as:

the maximum rationality of the cost-benefit ratio, so that public administration has the duty to maximize the yielding or the results with lowest costs, since the financial resources of the Treasury, which tend to be limited, must be well planned by the State, so that they have as purpose to satisfy communal priorities without wasting public funds.

As a criterion, efficiency appeals to the relationship between the resources used and the results obtained from any administrative action. It requires possession of means and application or adaptability to achieve the objectives through established processes. In this way, it becomes important and necessary to determine the criteria or techniques for assessing effectiveness, given the special complexity surrounding its ultimate objective or purpose: the realization of general interest or the guarantee of public ones, such as Benavente establishes (2009). Among the criteria for the evaluation of obtained results (effectiveness) and the process implemented (efficiency), first is required to establish proper methods of evaluation, among them the so-called total quality method (Descalzo, 2011), management by objectives and quality as an ordinary form of public service provision (Uranga, 1989), the plurality of objectives and the correspondence between purposes and functions (where major conflicts occur) (Parejo, 1995). Descalzo (2011) refers to another criterion:

The fundamental element of new regulation is, in any case, the evaluation of the performance of public employees; in which the aforesaid personnel will be subject to evaluation according to effectiveness and efficiency criteria, responsibility for their management and control of results in relation to the objectives set for them (p.150).

Constitutional Court, in the Ruling C-826 of 2013, on the creation and implementation of quality control system in state entities, refers to the quality management system adopted by international guidelines and establishes it as a model that seeks effectiveness of public administrative processes. Nonetheless, that does not yet define the evaluative scope in the fulfillment of management and quality. With respect to the purposes of this system, they state:

since service's quality and users satisfaction directly concern the purposes of the Legal Social State and the effective enjoyment of citizens' rights, through quality management tools created and designed by the Legislator, and the Constituent introduced control of management and results, so that the provision of services by the State and tax collecting do not escape the control of legal system and thereby achieve user satisfaction, guaranteeing constitutional rights of citizens and community in general.

Thus, effectiveness as a principle of fulfillment of the administrative function includes axiological and legal-political content, aiming at the fulfillment of that function of public power. With this, it permeates not only the administrative function but the contractual capacity of the people attached to the exercise of this function, encompassing the implementation of public policies and promoting evaluation as a measure of control and improvement of Public Administration.

Conclusions

In the legal order a provision can be analyzed from several approaches. Although they can be articulated with each other, they are not necessarily linked in a strict dependency relationship and, on the contrary, allow their separation in exercises and research projects that seek the comprehension of several dimensions of the disposition adopted as an object or part of an object of study. Efficacy is one of those approaches, and can often be related to the validity or axiological burden of a provision, since it has a content and delimited meaning that gives it identity in legal science which allows to advance particular investigations sustained from it.

To affirm that efficiency has a defined and delimited content does not mean to ensure that it is univocal and unidirectional, insofar as it consolidates some possible dimensions that enrich it as an approach to the advancing of law research. But though from it several scopes are released it is not an indeterminate legal concept. Effectiveness can have two dimensions, both as a category of analysis, rather than the legal norms of legal devices regulating social life (norm, custom, principle, value), and as a principle of the administrative function. These dimensions are found in a primary idea that defines his identity: fulfillment. Therefore, effectiveness could have been placed next to validity and justice as a criterion of study and analysis of legal norms, but for its essential purpose of understanding the realization, it discards the possible contradictions that subject it to legal validity, showing that there may be legal norms that are fair and effective or ineffective, or effective and valid or invalid.

Soundness of effectiveness as a category follows from the coincidence of meaning that is built from the contributions of the Law General Theory, as well as those of Administrative Law, in the administrative function and state contracting. In both, efficiency means verification of a result imposed by some device, which leads to associating it with fulfillment, compliance, or materialization. From these several components define the investigative approach to efficacy for a work focused on a sociojuridical study object. Initially, it is proposed to work from the subjects, from the device that imposes the behavior, and from the reached goal.

From the subjects, to the extent that there is no recipient other than the person, either natural or legal, public or private, in whom lies the ability

to fulfill the purpose imposed by a legal device. The foregoing implies that effectiveness, necessarily, is defined from the realization or not of the behavior of the recipient of legal device, so it is not possible to abstract their inquiry from social dynamics. Regarding the subjects, it is necessary to identify who corresponds to the quality of the recipient of the legal mandate, detailing whether the quality of the active subject or taxpayer is there, whether it is a natural or legal person, public or private, and the number of subjects over which it is imposed.

From these qualities it is clear the nature of the purpose outlined by the rule, to the extent that it is not the same that provides a rule that regulates a behavior of a legal person of public law to an individual in a private legal relationship. In this way, characterization of the recipient defines and delimits the desired coercive duty, and with this, it becomes a parameter of verification of the potentially different ends reached from legal prescription, helping investigations on the effectiveness of the apprehension of the fact-end relationship, to even verify the realization of the fact-consequence relationship.

From the experience or behavioral exteriorization of the subject it is possible to investigate the frequency of fulfillment, without being able to rely on a quantitative data, since it is probable that, although norm recipient is general, in real life there may be few found in factual situations.

The frequency or sustained nature of reception of normative mandate is a very important sign, but not conclusive for an investigation on effectiveness, to the extent that it translates raw material into the ideal in order to pursue the understanding of achieved goals. But the fact that there is a high and constant frequency of compliance with the provision does not make it possible to affirm the frequency and security of purpose fulfillment. In this case, compliance with the content of legal device may lead to the fulfillment of one or several hidden or deviant tasks, which load provision's content material, defrauding instrumental efficacy and feeding the indicators of symbolic efficiency. In the same way, the low frequency or recurrence of the addressee to the content of the legal device can not be translated into its inefficiency, to the extent that low frequency does not necessarily means non-fulfillment of the intended purpose, so that the high recurrence of compliance with the legal regulatory device does not correspond to its instrumental efficacy.

From the above, effectiveness can not be relied only on the performative frequency, constancy or mass of the assignment set by the provision, to the extent that it is necessary to search whether the behavior reaches the purpose fulfillment imposed by prescription and legitimizes legal device as a behavioral regulatory instrument. Hence, an investigative approach, based on effectiveness, is supported in the fulfillment, externalization or materialization of behavior, but must go beyond the verification of the

fulfillment of the goal reached by the aforementioned behavior. Hence the difference of the instrumental efficacy of symbolic efficacy.

The device that contains the mandate or legal prescription is a second component, since it constitutes the instrument of contrast or correlation with externalized human behavior that generates effects in social life. As a point of reference, the device is, for effectiveness, the parameter of assessment of behavior performance, as well as the level of accomplishment of the intended purpose; in other words, the device is plotted as the reference point to weight behavior performance with respect to the end, both fixed in the legal device.

The correlation between externalized behavior, legal imperative, and purpose, allows a triangulation from which it becomes possible to determine the incidence of time, place or scenario, cultural, economic and political conditions that influence the correspondence or not of the behavior due to that one actually executed.

Finally, with the aim of proposing the essential elements that can integrate a methodological approach to the effectiveness of legal research, the following steps are proposed: first, it is essential to be aware of effectiveness as a category of analysis of legal expressions predominantly positivists, in the case of the continental legal model, and secondarily naturalists, understanding and differentiating their possible relationships both with categories such as validity and justice and with elements of legal devices, such as structure, content and purpose.

REFERENCES

- Benavente, H. (2009). La notificación como condición de eficacia de los actos administrativos. *Opinión Jurídica*, 8(15), 29-44.
- Bobbio, N. (1987). *Teoría General del Derecho*. Bogotá: Temis.
- Céspedes, F. (2012). *Control al control de la contratación pública*. Bogotá: Auditoría General de la República.
- Congreso de la República de Colombia (1991). Ley 23. Retrieved from: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=6546>
- Congreso de la República de Colombia (1993). Ley 80. Retrieved from: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=304>
- Congreso de la República de Colombia (1996). Ley 270. Retrieved from: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=6548>
- Congreso de la República de Colombia (2001). Ley 640. Retrieved from: <http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/>

ley_0640_2001.html

Congreso de la República de Colombia (2009). Ley 1295. Retrieved from:
https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley_1295_2009.htm

Congreso de la República de Colombia (2011). Ley 1437. Retrieved
from: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=41249>

Congreso de la República de Colombia (2012). Ley 1563. Retrieved
from: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1563_2012.html

Corte Constitucional (1989). Decreto 2279. Retrieved from: https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/decreto_2279_1989.htm

Corte Constitucional (1997). Sentencia C-242. Retrieved from <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/C-242-97.htm>

Corte Constitucional (1998). Decreto 1818. Retrieved from <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=6668>

Corte Constitucional (2001). Sentencia C-893. Retrieved from <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-893-01.htm>

Corte Constitucional (2002). Sentencia C-417. Retrieved from <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-417-02.htm>

Corte Constitucional (2005). Sentencia T-017. Retrieved from <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/t-017-05.htm>

Corte Constitucional (2009). Decreto 1716. Retrieved from <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=36199>

Corte Constitucional (2013). Sentencia C-826. Retrieved from <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/C-826-13.htm>

Cruz, M. (2012). Múltiples derechos, la misma desprotección: la eficacia simbólica de los derechos de las mujeres indígenas desplazadas en Colombia. *Estudios Socio-Jurídicos*, 14(2), 289-326.

Descalzo, A. (2012). Eficacia administrativa. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, (2), 145-151.

García, H. O. (2005) Eficacia, efectividad y eficiencia de las normas que regulan el ejercicio del derecho de huelga y sus métodos de composición. *Apuntes críticos*. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires.

Gómez, M. I. (2014). La protección penal ambiental: uso ilegítimo de las funciones simbólicas del Derecho. *Ratio Juris*, 9(19), 27-52.

Kelsen, H. (2009). *Teoría Pura del Derecho*. México: Porrúa.

- Lemaitre, J. (2009). El Derecho como conjuro. Fetichismo legal, violencia y movimientos sociales. Bogotá: Universidad de Los Andes.
- Lozano, E., y Ramírez, A. F. (2015). Eficacia normativa en materia tributaria. *Revista de Derecho Público*, (35), 4-23.
- Navarro, P. & Moreso, J. J. (1996) Aplicabilidad y eficacia de las normas jurídicas. *Isonomía* (5), 119 – 139.
- Parejo, L. (1995). La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración Pública. *Eficacia y Administración*, 89-152.
- Parra, J. (2002). *Manual de Derecho Civil*. Bogotá: Temis.
- Real Academia Española (2017). Retrieved from <http://lema.rae.es/dpd/?key=eficacia>
- Reale, M. (1987). *Introducción al Derecho*. Madrid: Pirámide.
- Salkind, N. J. (1997). *Métodos de investigación*. México: Prentice Hall.
- Uranga, C. (1989). El principio de eficacia en la organización administrativa: hacia una administración por sistemas. *Revista de Documentación Administrativa (1958-2005)*, 218-219. Retrieved from: <https://revistasonline.inap.es/index.php?journal=DA&page=issue&op=view&path%5B%5D=283>
- Vásquez-Santamaría, J. E. (2011). Aplicabilidad de las disposiciones normativas del Derecho Urbano en relación con el espacio y el territorio en Colombia (2000-2007). Medellín: Fundación Universitaria Luis Amigó. Retrieved from: http://www.funlam.edu.co/uploads/fondoeditorial/86_Aplicabilidad-de-las-disposiciones-normativas-del-derecho-urbano.pdf
- Vásquez Santamaría, J. E. (2018). Algunos problemas “públicos” de la contratación estatal en Colombia como componentes del enfoque de ciclo para la formulación de una política pública. *Prolegómenos*, 21(41), 79-98.

RESEÑA: EL QUESO Y LOS GUSANOS: EL COSMOS, SEGÚN UN MOLINERO DEL SIGLO XVI.

Juan Guillermo Espinal^{1*}

Ginzburg, C. (1999). *El queso y los gusanos: EL cosmos, según un molinero del siglo XVI.* (F. Martín , & F. Cuartera , Trads.) Barcelona: Muchnik editores S.A.

La discusión, en torno a si en las épocas anteriores a la imprenta —invención que va a posibilitar una alfabetización masiva a través de la cual se van creando conceptos colectivos que permiten hablar de una cultura de las clases marginales— resulta pertinente hablar de una cultura popular en contraposición a una cultura oficial o de las élites, es un tema apasionante que el autor Carlo Ginzburg² plantea en el prefacio del texto, compuesto de diez breves capítulos y que tratará de resolver en los 64 numerales en los cuales divide el cuerpo del texto.

Este autor, toma en su obra como caso concreto los juicios que, en 1583 y 1589, en plena edad media y bajo un influjo condenatorio que ve hejeres en todas partes, hará la Santa Inquisición a Domenico Escandella, llamado Menocchio, un molinero que nació en 1532 en Montereale, un pequeño pueblo entre las colinas de Friuli, a 25 kilómetros de Pordenone, Italia, lugar donde vivirá, prácticamente, toda su vida y donde expondrá las ideas que causarán su condena a muerte.

Es a partir de la figura de Menocchio y, sobre todo, de su interpretación del contenido de varios libros sagrados que el autor pretenderá demostrar su teoría de la existencia de una cultura de las clases marginales en plena edad media.

^{1*} Abogado, poeta y escritor nacido en Medellín en el año de 1951. Especialista en investigación social y magister en historia social U de A. E-Mail jgeb2009@hotmail.com

² Ginzburg es un historiador italiano nacido en 1939 en Turín, doctor en filosofía de la universidad de Pisa, docente en diversas universidades de Europa y los Estados Unidos, fue el primero en intentar que el Vaticano abriera los archivos de la inquisición y quien ha escrito, entre otras, las siguientes obras: *Mitos, Emblemas e Indicios: Morfología e historia; Historia nocturna, Un diálogo, y El juez y el historiador*; además de una copiosa serie de artículos publicados en la revista *Annales*.

Para ello plantea algunos aspectos que van a entrelazar la factibilidad de una presunta cultura popular; inicia con un análisis de las supuestas frases dichas por Menocchio a sus coterráneos, en su gran mayoría analfabetas. Esto le daba al molinero una ventaja sustancial, toda vez que este, además de la facilidad de la palabra, sabía leer; aunque a través de todo el proceso se trate de hacer evidente que su capacidad de interpretación distaba mucho de las clases culturizadas, lo cual podría configurarse como una negación desde las élites a la posibilidad de que Menocchio fuese la voz transmisora de un pensamiento colectivo que se expresaba a través de él.

Es curioso observar algunos de los conceptos emitidos por el molinero de Montereale ya que no parecen ser opiniones aisladas sino que se entrecruzan con elementos culturales que estaban presentes en la cotidianidad de aquella época singular. Afirmaba, por ejemplo, que en los tribunales se usaba corrientemente el latín, lengua que solo era del conocimiento de los eruditos y que con ello lo que se hacía era oprimir al pueblo, cuyos integrantes no sabían en qué términos estaban siendo juzgados. Aquí Menocchio emplea un giro literario que no deja de tener cierto encanto intelectual, cuando decía: “yo soy de la opinión que hablar en latín es un desacato a los pobres” (p. 97).

Desde el punto de vista de la religión, expresaba una abierta negación a los sacramentos, una creencia en que la salvación no dependía de la fe sino de las obras realizadas; se muestra favorable, igualmente, a una negación de las imágenes y de las reliquias, todos estos elementos muy cercanos al luteranismo, corriente religiosa muy en boga en esos momentos.

Otros aspectos importantes dentro de su teoría religiosa son el monofisismo y la creencia en que el papa no es más que un hombre como todos, pero diferenciado de los otros por poseer el poder, con lo cual se acerca bastante a las teorías de los anabaptistas, secta considerada herética por la iglesia oficial de la edad media.

Como puede observarse, el autor plantea que lo que se encuentra en Menocchio es una nueva forma de interpretar el mundo, forma que es manifestación del pensamiento colectivo de las clases marginales que hacen su propia interpretación de las realidades sociales, políticas y religiosas. Estas se van a acentuar con lo expresado por el molinero durante el segundo juicio y que, desde la teoría propuesta, va a ser el enfrentamiento definitivo entre formas muy particulares del pensamiento de dichas clases marginales en contraposición a las posiciones tradicionales defendidas por la Inquisición.

Las opiniones de Menocchio o de su alter ego, la cultura popular, van a variar un poco y se volverán más cautelosas por haber comprendido que su propia existencia está en juego. Ya no se dirá que son opiniones valaderas sino que, debido a malas interpretaciones acerca del contenido de los textos, se ha tergiversado la verdad.

Aquí vale la pena analizar algunos aspectos que son cruciales en esta confrontación entre dos culturas antagónicas e irreconciliables. En primer lugar, se encuentra en Menocchio un juego paradójico: afirma no creer en profecías sino que su pensamiento es fruto de la racionalidad pero, a la vez, reconoce que aquello que expresa nace de desvaríos o de algún demonio que se ha metido en su cerebro y le impulsa las palabras. Es como si el pensamiento popular a la vez que reafirma su existencia comprendiera que no puede sobrevivir si es atacado por las fuerzas superiores de una cultura de élite, dueña del poder y de una supuesta razón.

Otro aspecto relevante es que se hace muy evidente la influencia de lecturas de algunos textos de contenido religioso, con lo cual se entra a discutir el corazón mismo de la cultura oficial. Se plantean tesis controversiales como la creación del mundo desde un queso cosmogónico del cual surgirán los seres vivos como gusanos, bella alegoría que no es propia de Menocchio, sino que ya se había planteado en la cultura hindú y que será aplicada por el molinero para sustentar nuevamente su teoría de que el papa es un hombre como cualquiera, solo que investido de poder.

Lo que se va a presentar aquí es, realmente, un enfrentamiento entre la antigua cultura de élite, dueña de un conocimiento que hace pasar como el único válido, y unas culturas emergentes, transmitidas desde la oralidad propia de los pueblos analfabetas. Estas, a causa de la incorporación de nuevos elementos de conocimiento, van a revitalizar y visibilizar sus componentes culturales subyacentes en una cotidianidad que no, por oculta, deja de tener validez para las personas que componen su grupo de influencia.

Gracias a la imprenta, los grupos marginales, que surgen de una cultura oral, logran alcanzar la posibilidad de explorar el mundo desde otras perspectivas, a través de lo que el autor toma como una figura retórica; desde allí procede a reinterpretar su propio mundo y crea una nueva conciencia colectiva en torno a una cultura que, sin tener los alcances y el desarrollo pretendido por la cultura oficial, sí va a crear una nueva manera de leer y comprender la existencia misma.

El emerger de esta nueva cultura se hace patente cuando ya Menocchio no es “una voz en el desierto” sino que, a sus galimatías religiosas, a sus interpretaciones heréticas y, por supuesto, revolucionarias, se unirán otras voces que se atreverán a enfrentarse a los conceptos dominantes de la cultura tradicional; con esto se hará evidente que hay una nueva manera colectiva de pensar y de interpretar el mundo.

Personajes como Scolio, Pellegrino Baroni (Pighino), Turchetto y Marcato, considerados otros tantos locos o profetas de su tiempo, unirán sus voces a la del molinero y penetrarán en el mundo rural con una fuerza asombrosa que construirá elementos mágico realistas que configurarán una nueva manera de interpretar el mundo.

En esta lucha por no permitir que nuevas interpretaciones hagan su aparición en un mundo dominado por una cultura oficial, tradicionalmente impuesta y aceptada, la cultura de élites acude a ataques soterrados contra las manifestaciones de la cultura popular. A ello contribuye el proceso jesuita en el campo y el concepto de familia que va a crear el protestantismo; igualmente se verá una persecución contra elementos que son considerados como negativos por la cultura dominante, tales como las brujas y los grupos marginales.

Finalmente, cabe observar que incluso se presentarán fisuras al interior de las mismas élites culturales, tal como se observa con el juicio seguido a Giordano Bruno, en el año de 1601, que no es otra cosa que el reflejo de cómo una nueva cultura, nacida de los cambios presentados al final de la edad media, emerge para constituirse en una nueva forma de mirar el mundo, aun socavando a los defensores de la cultura oficial.

Se trata, entonces, de un libro fascinante que, a través de una investigación de caso, logra evidenciar la hipótesis planteada de la existencia en la edad media de una cultura popular paralela a la cultura oficial, a través de un texto agradable y bien construido que logra apasionar al lector y lo conduce por los oscuros caminos de un pasado inquisidor.

**PORTADA: RESEÑA DEL ARTISTA INVITADO MÁXIMO FLÓREZ
RAMÍREZ Y DE SU OBRA**

En 2019, Máximo Flórez Ramírez, celebrará 50 años de vida artística. Su trabajo es parte del Patrimonio cultural local y regional. Con más de 200 exposiciones colectivas y 20 individuales su obra está presente en colecciones privadas y públicas nacionales.

Dibujante, fotógrafo, pintor, escultor y grabador, su prolífica producción y entrega al oficio desde la exploración de lo estético es un referente cultural para las generaciones que lo han sucedido tanto en las artes plásticas como en otras áreas afines (arquitectura, diseño, gastronomía y humanidades).

La obra de Máximo Flórez Ramírez muestra el estudio de diversos lenguajes y herencias. En estas últimas décadas su expresión se conecta más que nunca, desde una geometría en principio cinética, con la temática del cosmos y los ritmos naturales. Paralelamente, las nuevas formas de expresión del arte contemporáneo le despiertan mayor interés por el proceso mismo de la pintura.

En esta edición pueden apreciar la obra:

Título: Polvo de estrellas

Técnica: óleo /acrílico sobre tela ensamblado en madera

Dimensión: 30 x 40 cms

Año 2018

Revista

Temas

Socio-Jurídicos

FORMATO DE SUSCRIPCIÓN

Nombre / Name	
Cédula / Identificación number	
Dirección / City	
Departamento / State	Código Postal / Zip Code
País / Conuntry	
Teléfono / Phone Number	
Profesión / Profession	
Institución / Employer	
Correo Electrónico / E-mail	
Dirección de envío / Mailing Address	

Mayores informes
Universidad Autónoma de Bucaramanga UNAB
Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
Avenida 42 N° 48 – 11 PBX (7) (57) 6436111 - 6436261
Bucaramanga – Colombia
temassj@unab.edu.co

Último ejemplar recibido / Last issue mailed:
Año/Year Volumen/Volume fecha/Date

EDITORIAL

LA CARTA EUROPEA DELL'AUTONOMIA LOCALE NEL GIUDIZIO DI COSTITUZIONALITÀ: L'ESPERIENZA ITALIANA E COMPARATA

Giammaria Milani

LA DELINCUENCIA JUVENIL COMO HERRAMIENTA DE SATISFACCIÓN DEL DESEO DE RECONOCIMIENTO COLECTIVO

Sérgio Rodrigues de Souza

LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA SOBRE EL MALTRATO ENTRE EX PAREJAS SENTIMENTALES: ANÁLISIS DESDE LOS ESTUDIOS DE GÉNERO

Jeniffer Forero Laguado

APLICACIÓN DE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES EN LA EJECUCIÓN DE LA PENA

Alicia Martínez Ulloa

ALGUNOS ENFOQUES JURÍDICOS POSIBLES SOBRE LA EFICACIA COMO CATEGORÍA PARA LA INVESTIGACIÓN DE LOS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS (MASC)

Martha Eugenia Lezcano Miranda

Jorge Eduardo Vásquez-Santamaría

RESEÑA: EL QUESO Y LOS GUSANOS: EL COSMOS, SEGÚN UN MOLINERO DEL SIGLO XVI.

PORTADA: RESEÑA DEL ARTISTA INVITADO MÁXIMO FLÓREZ RAMÍREZ Y DE SU OBRA



Universidad Autónoma de Bucaramanga

de puertas abiertas

VIGILADA MINEDUCACIÓN

ISSN 0120-8578



9 770120 857006