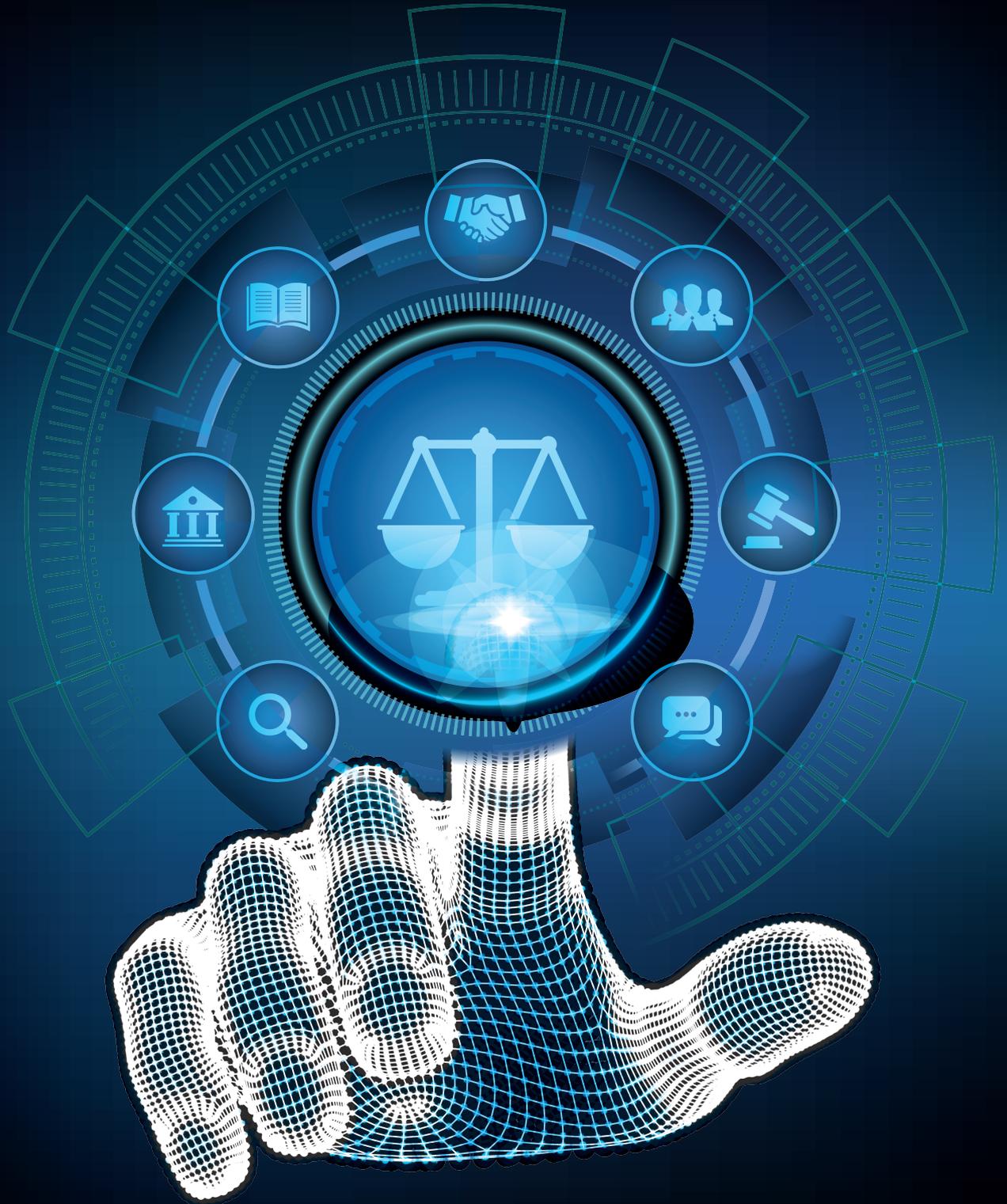


BERBIQUÍ 68

REVISTA DEL COLEGIO DE JUECES Y FISCALES DE ANTIOQUIA ISSN 0122-7904



BERBIQUÍ 68

REVISTA DEL COLEGIO DE JUECES Y FISCALES DE ANTIOQUIA

DIRECTOR:

Hernando Antonio Bustamante Triviño

COMITÉ DE REDACCIÓN:

Ricardo Alonso Vera Pabón

John Fredy Cardona Acevedo

Orlando Antonio Gallo Isaza

Gustavo Adolfo Villazón Hiturriago

Francisco Javier Loaiza Flórez

PORTADA:

La virtualidad de la justicia

Licencia: Iurimotov - Freepik.com

CONTRAPORTADA:

Soneto de Saúl Aguirre Mejía

CORRESPONDENCIA Y CANJE:

Carrera 55 N.º 40A-20, oficina 310

Edificio Torre Nuevo Centro La Alpujarra

Teléfonos: 2616056, 2324398

Cel.: 3225145720

Correo electrónico:

secretario@juecesyfiscales.org

Facebook, WhatsApp, Twitter:

@juecesyfiscales

w.w.w juecesyfiscales.org

Medellín, Antioquia

BERBIQUÍ 68 diciembre de 2020

CONTENIDO

EDITORIAL.....	3
LA VIRTUALIDAD EN LA RAMA JUDICIAL	
UTOPIA E INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN.....	6
“EL DERECHO A SOÑAR”	
María Cristina Gómez Isaza	
Orlando Antonio Gallo Isaza	
LA MEDIDA DE INTERNAMIENTO EN RÉGIMEN CERRADO PARA MENORES EN ESPAÑA Y COLOMBIA Y SUS MODIFICACIONES	19
Por: Teresita Alturo Gómez	
LA DIÁSPORA INESPERADA	46
(Cuento)	
Ricardo Vera Pabón	
PARA-SUBORDINACIÓN Y DESLABORALIZACIÓN: ¿UN NUEVO MODELO JURÍDICO DEL DERECHO DEL TRABAJO? UNA PROPUESTA DESDE EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO	53
José Domingo Ramírez Gómez	
DEPORTE, SOCIEDAD Y CIVILIZACIÓN.....	63
Carlos Mario González Restrepo	
UBUNTU.....	73
“POR UNA JUSTICIA JUDICIAL BUENA”	
Jose Alejandro Gómez Orozco*	

EDITORIAL

LA VIRTUALIDAD EN LA RAMA JUDICIAL

Reto al cual la Rama Judicial, desde su aspecto netamente humano, le ha dado una respuesta acorde con el compromiso, probidad y seriedad que le han caracterizado, pues funcionarios y empleados desde sus casas han puesto a disposición sus dependencias familiares, sus equipos de cómputo y comunicación, hasta sus servicios públicos, rompiendo la armonía de sus hogares que se vio interrumpida por el quehacer judicial. Esfuerzo que pasa inadvertido, pero no por ello deja de ser tan meritorio y significativo en pro de esa función tan importante en un Estado Social de Derecho, como es la que realizamos de administrar justicia, que ha cimentado en nosotros no tanto el ejercicio de una ciencia, profesión u oficio, sino toda una vocación de servicio.

En este momento no hay que perder de vista, que no es solo la virtualidad como sistema, el cambio a afrontar precipitados por la Pandemia del Coronavirus, sino que hay otro y tal vez el más sentido, el del estilo de vida tanto social, familiar, como laboral; eso de trabajar desde la casa, con todo nuestro núcleo familiar alrededor, comunicarse solo virtualmente con las partes, sujetos procesales, testigos y hasta con nuestro equipo de trabajo, con un sistema no adecuado ni suficiente para recibir, clasificar, guardar y comunicar de acuerdo a las exigencias, es una carga alta de tensión que se le suma al ya agobiante estrés que se maneja en nuestro medio, pero que estamos seguros, por lo menos en el aspecto humano, con esfuerzo mancomunado, capacitación y tiempo, superaremos.

Otra situación que no hay que pasar por alto, es la forma tan atropellada y desorganizada como se le ha dado inicio a este intento de virtualidad, pues según las manifestaciones de la alta dirección, el proyecto es implementar la virtualidad en la Rama Judicial, siendo uno de sus pilares el expediente mixto (parte material-parte virtual), pero sin entrar en detalles en cuanto a la implementación tecnológica del sistema. Simplemente en lo que tiene que ver con los despachos judiciales y parte administrativa, se cuenta con la plataforma de *Office 365*, que tiene diferentes servicios como el *Teams* para la realización de audiencias y el *One-drive* para guardar y compartir archivos; a cada despacho se le creó su correo electrónico y cada funcionario y empleado, en lo posible, cuenta con un correo electrónico institucional; y se expidió un protocolo para la gestión de documentos electrónicos, digitalización y conformación del expediente. Acorde con lo anterior, el Consejo Superior de la Judicatura, procedió a levantar la suspensión de términos desde el primero de julio de 2020, en lo que

tiene que ver con los procesos donde estos se habían suspendido desde el 16 de marzo de 2020, pues en algunas especialidades como la penal y en la jurisdicción constitucional, en lo que tiene que ver con las acciones de tutela, en ningún momento se suspendieron.

Ante tal panorama, agravado con la limitante de que en principio sólo podía asistir un aforo del 20% de los empleados de cada despacho, después se aumentó al 40%, ahora es del 50% y que a muchos funcionarios y empleados se les tiene prohibido asistir a sus sedes laborales por tener preexistencias de salud que se los impiden, cada despacho ha tratado por su cuenta de afrontar de la mejor manera, pero de formas muy disímiles y apurados por el reinicio del conteo de los términos procesales que son perentorios e improrrogables, la reanudación de su labor pero ya no en la forma escritural u oral, sino en la virtualidad.

Por esto algunos procedieron a escanear todos los expedientes que tenían de forma material, recurriendo con sus propios recursos a adquirir o alquilar los escáneres necesarios para esta labor, pues es una realidad que la gran mayoría no los tienen en sus oficinas, mientras que otros no encontraban la forma de organizar siquiera los memoriales que por montones les llegaban virtualmente, ni cómo llevar los estados a la página Web de la Rama o tener acceso a la firma electrónica o al portal del Banco Agrario, para la entrega de depósitos judiciales. Es que son muchos cambios, información y conocimientos a la vez y, por ello, hoy en día, sí que brilla por su ausencia la falta de armonía en cuanto a la forma de funcionar de los despachos judiciales, así sean de la misma especialidad; mientras unos, los más avanzados —pero con recursos propios, no suministrados por el Consejo Superior de la Judicatura—, ya comparten por medio de un enlace las carpetas de los expedientes mixtos con los sujetos procesales, gracias a sus propios esfuerzos, otros ni siquiera han empezado a darle forma a ese expediente mixto del que habla el protocolo, lo que incide mucho en una debida prestación del servicio.

Es permanente la solicitud de los diferentes actores judiciales, tendiente a que les envíen a sus correos electrónicos los procesos escaneados, inclusive lo exigen las Altas Cortes y algunas Salas de Decisión de los Tribunales, dejando esa responsabilidad en los jueces y empleados, pese a que el legislador, mediante la Ley 1564 del 2012 o Código General del Proceso, se la impuso a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, para que *“al entrar en vigencia este código todas las autoridades judiciales cuenten con las condiciones técnicas necesarias para generar, archivar y comunicar mensajes de datos”* y, sobre todo, realizar el Plan de Justicia Digital que *“permita formar y gestionar expedientes digitales y el litigio en línea”*, para lo cual *“el plan dispondrá del uso obligatorio de dichas tecnologías de manera gradual, por despachos judiciales o zonas geográficas del país, de acuerdo con la disponibilidad de condiciones técnicas para ello”* (resaltado intencional). Después de ocho años de vigencia de ese código, esa entidad, que ahora solo se denomina Consejo Superior de la Judicatura, no ha cumplido con ese mandato, pero aprovechó la crisis generada por la pandemia para expedir Acuerdos en los que —en forma disimulada—, regula o reglamenta el litigio virtual, sin que se vea por parte alguna, que hayan dotado a los distintos despachos judiciales del país de las

herramientas tecnológicas para afrontar ese reto, dejando en cabeza de jueces y empleados judiciales, una responsabilidad que no es de ellos.

Ante tales circunstancias, lo que se avizora no es alentador, pues pese al esfuerzo humano, si no se cuenta con un debido respaldo tecnológico, cualquier falla o colapso en el sistema¹ o acción de hackers, podría causar pérdidas en los expedientes y archivos virtuales irrecuperables, por lo que surge la pregunta que nos debe preocupar ¿en caso de que se produzcan pérdidas de información, al no existir una directriz clara y única desde la alta dirección, de cómo se deben guardar éstos y la forma de respaldar la información y de compartirla con los usuarios virtualmente, por lo que cada despacho ha decidido de acuerdo a sus posibilidades y conocimientos tecnológicos al respecto, quién sería el responsable de ello?

Es que la situación no es fácil y debe plantearse con tiempo, si se pretende normalizar la función judicial desde la virtualidad, considerando que no se cuenta con tecnología, respaldo tecnológico y mucho menos con conocimiento por gran parte de funcionarios y empleados, pues en la actualidad en Colombia hay juzgados de ciudades importantes como Envigado (Ant.), cuyos computadores son de tecnología del año 2000, por lo que ninguno tiene cámara, ni soporta los programas necesarios para realizar una audiencia virtual, debiendo recurrir a los equipos de propiedad de funcionarios y empleados para realizar su gestión. Y es cierto que se han realizado capacitaciones en cuanto a las fortalezas de la plataforma de *Office 365* y sus herramientas de trabajo, pero ese es un conocimiento que no se adquiere por asistir a una o dos capacitaciones, sino que necesita práctica, tiempo, pues se está cambiando un estilo de vida, lo cual no se logra de un día para otro .

Por lo anterior, el llamado es al Consejo Superior de la Judicatura para que, de manera urgente, dote a las distintas dependencias judiciales del país de las condiciones técnicas adecuadas para que ese ideal, de una justicia digital, pueda realizarse, sin que se vean comprometidas las condiciones laborales de funcionarios y empleados.

¹ Hace varios días que es imposible ingresar, en determinadas horas, al *Onedrive*, lo que genera retrasos en el trámite de los procesos.

UTOPIA E INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN “EL DERECHO A SOÑAR”

María Cristina Gómez Isaza¹
Orlando Antonio Gallo Isaza²

La Constitución es el resultado de las luchas políticas por la libertad y la igualdad, sus sentimientos de liberación y no discriminación fueron consagrados como normas bajo el dominio del pensamiento racional ilustrado, durante la construcción de la democracia moderna. La Constitución es la racionalización de las expectativas de libertad y de igualdad.

Partimos de la creencia de que el sentimiento está enraizado en las razones del derecho y ello es constatable en las Constituciones, particularmente en sus preámbulos.

Los preámbulos son declaraciones de intenciones y de compromiso con la construcción de una sociedad justa. En ellos, el poder constituyente primario define las ilusiones de una vida futura en paz y en armonía, son utopías basadas en la interpretación de un futuro posible de convivencia democrática y de reconocimiento de una vida digna para todos.

El género de la poesía ha sido en la literatura el que mayor compromiso ha tenido con la ilusión, con la denuncia del dolor que produce la injusticia y la crueldad; la poesía con su acento utópico también se encuentra en el estilo de las Constituciones, pues ambos discursos comunican aspiraciones de cambio y de transformación. La mejor poesía ha subvertido el lenguaje y casi siempre ha designado mejor la ruptura que la sociología o la historia. Una poeta tan esencial como Alejandra Pizarnik tuvo esta iluminación en su poema 23:

“una mirada desde la alcantarilla
puede ser una visión del mundo

la rebelión consiste en mirar una rosa
hasta pulverizarse los ojos”

¹ Profesora de tiempo completo de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.

² Magistrado de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín.

La poesía ha permitido la declaración de los poetas de sus sentimientos, pasiones, aspiraciones. Como cuando en las Constituciones un pueblo declara su aspiración política de convivencia pacífica y democrática y confía en que la Constitución posibilite la construcción de una sociedad más justa e incluyente. En palabras de María José Fariñas: “tras toda Constitución hay un pueblo y un corazón que late”.

Queremos develar la poesía propia escrita por nuestros constituyentes y que debería guiarnos al momento de interpretar nuestras cartas políticas; así mismo señalaremos cómo la poesía de nuestro constituyente latinoamericano, durante las últimas décadas, crea una utopía propia que se rebela ante las utopías del constitucionalismo liberal y su concepción de modernidad.

En el caso del Constitucionalismo Latinoamericano, las constituciones de Venezuela, Bolivia y Ecuador, al utilizar la utopía y la poesía declarada en los preámbulos de las Constituciones, apuestan por la resistencia de este entorno al declarar sus sueños de vida en común y no dejarse imponer los sueños de otros pueblos; los constituyentes latinoamericanos han declarado en estos textos sus aspiraciones de justicia social en tanto pueblos olvidados por el racionalismo constitucional europeo y norteamericano.

En una primera parte intentaremos describir la relación entre Arte, Constitución y Poesía; en una segunda, compararemos la utopía del constitucionalismo liberal y nuestra utopía latinoamericana revisada desde los preámbulos de las Constituciones, concluyendo que nuestra utopía constitucional es el derecho a soñar.

I. Arte, Constitución y Poesía

El arte es ante todo sentimiento, allí nuestra realidad sensible encuentra la expresión de nuestro ser y posibilita la comunicación con los otros; la palabra a su vez, es el medio de expresión de nuestras razones y argumentos.

“Toda obra de arte, pone en relación el hombre a quien se dirige con el hombre que la produjo, y con todos los hombres que, en simultánea, anterior o posteriormente, reciben impresión de ella. La palabra que transmite el pensamiento de los hombres, es un lazo de unión entre ellos; (...) Lo que distingue el arte de la palabra es que ésta le sirve al hombre para transmitir al otro su pensamiento, mientras que, por medio del arte, le permite transmitir los sentimientos y las emociones (Tolstoi pág.19)

El verdadero arte para Tolstoi reúne dos condiciones: lo bello y lo bondadoso. Es una de las condiciones de la vida humana, uno de los medios de comunicación entre los hombres.

El arte es una actividad que tiene por objeto transmitir de un hombre a otro, los sentimientos más elevados del alma:

...”si no tuviéramos la capacidad de conmovernos con los sentimientos ajenos por medio del arte (...) estaríamos separados uno de otro, nos mostraríamos

hostiles a nuestros semejantes. De ahí resulta que el arte es una cosa de las más importantes, tan importante como el mismo lenguaje” p.21

Palabra y sentimiento se reúnen en las Constituciones al ser declaraciones de una voluntad común de existencia política y son más que normas del deber ser:

“En realidad la Constitución es válida cuando emana de un poder constituyente y se establece por su voluntad. La palabra voluntad significa, en contraste con simples normas, una magnitud del Ser como origen de un Deber ser. La voluntad de un modo existencial: su fuerza o autoridad reside en su Ser”. (Schmitt, 1982, pág. 34)

Es ese ser de la Constitución aspiración, proyección a futuro y confianza en la construcción de un ideal de vida social, lo que hace de la Constitución un texto utópico.

Ramos Núñez (2015), describe en el prólogo del libro **poesía y derecho constitucional** la relación entre Constitución y Poesía que propone el constitucionalista Alemán Peter Häberle:

“lo poético deja sentir su influencia en lo jurídico al proveerle una dosis de utopía necesaria por revulsiva y fecundante para cambiar la realidad”(…)”Los mitos que fundan colectividades son construcciones poéticas, concordamos con el ilustre constitucionalista, por la dimensión épica del empeño y por su propensión utópica, ligada íntimamente a la confluencia de una ética común y la proliferación de lo diverso”. (2015, pág. 11)

Las constituciones son obras de arte, es el arte del gobierno democrático y el arte del reconocimiento. Las constituciones son narrativas de aspiraciones y sueños, el texto constitucional describe la obra de un artista romántico que propone la utopía de vivir pacíficamente en sociedad; ese artista se llama el poder constituyente primario.

La aspiración de este artista es crear un proyecto social posible que nos permita reconocernos en nuestras diferencias y dialogar con respeto y empatía en equilibrio con la naturaleza.

Estados Unidos de América tuvo el aedo de la construcción de su edificio democrático. Borges lo señala claramente en el prólogo que hizo a su traducción de Hojas de hierba, de Walt Whitman:

América era entonces el símbolo famoso de un ideal, ahora un tanto gastado por el abuso de las urnas electorales y por los elocuentes excesos de la retórica, aunque millones de hombres le hayan dado, y sigan dándole, su sangre. El orbe entero tenía los ojos puestos en América y en su “atlética democracia”. Entre los testimonios innumerables, básteme ahora recordar al lector uno de los epigramas de Goethe (Amerika, du hast es besser...). Bajo el influjo de Emerson, que de algún modo siempre fue su maestro, Whitman se impuso la escritura de una epopeya de ese acontecimiento histórico nuevo: la democracia americana. No

olvidemos que la primera de las revoluciones de nuestro tiempo, la que inspiró la revolución francesa y las nuestras, fue la de América y que la democracia fue su doctrina.

Whitman era la voz de esa multitud que forjaba una nación y que tuvo su partida bautismal en la Convención Constitucional de Filadelfia. Era el cantor del mito y de la recién nacida democracia. Así vociferaba en Hojas de hierba:

“¡Americanos! ¡Conquistadores! ¡Avanzadas humanitarias!
¡Las más avanzadas! ¡Centenarias avanzadas! ¡Libertad!
¡Masas!

Para vosotros un programa de cantos
Cantos de las praderas
Cantos del Mississippi a lo largo de su curso y hasta el mar
De México
Cantos del Ohio, Indiana, Illinois, Iowa, Wisconsin y Minnesota
Cantos partiendo del centro, de Kansas y equidistantes de allí.
Brotando como llamaradas, vivificándolo todo.”

Ese Yo colectivo que presidía su poética, en el cual se hermanaban las razas, los orígenes geográficos, las culturas diversas, era el signo de una Democracia que se robustecía y era modelo para el mundo.

¿Por qué la Constitución es arte? Por la belleza la bondad que promueve y a las que aspira: la bondad en la búsqueda de la igualdad, de la libertad y de la dignidad humana; es bella pues se asemeja a un poema que enlaza los sueños de justicia, de inclusión, de equidad de solidaridad y fraternidad.

Quien lee la Constitución no lee normas, lee anhelos de vida y de futuro de una sociedad que, situada en su historia, quiere transformar las crueldades de la discriminación, de la exclusión.

Las palabras de la Constitución son utopía, el sueño que nos compromete a la búsqueda del buen vivir en comunidad y en sociedad.

Los sentimientos que albergaron la reivindicación del estado liberal de derecho y de los estados sociales de derecho fueron descritos bajo ilusiones de justicia y transformación de la sociedad. Quedaron plasmados en narrativas del deber ser de la sociedad y de todos los individuos y de los grupos bajo un ideal de unión y común unión de expectativas de una mejor vida o “un mejor vivir”.

Si develamos los sentimientos que sirvieron de sustento a la construcción de los textos constitucionales comprenderemos que la podemos interpretar como se interpreta una obra de arte: con la subjetividad.

¿Qué importancia tiene interpretar a la Constitución como una obra de arte y alentar una interpretación subjetiva?

Häberle (2002) tiene una respuesta: es necesario hacer de la Constitución una cultura, una forma de vida que nos involucre como ciudadanos y ciudadanas en la realidad política y social que históricamente nos ha tocado vivir, para interpretar nuestro papel como demócratas. Se trata de no dejar a los poderes del Estado la interpretación de la Constitución y hacer de la misma una forma de vida para la sociedad.

En un sentido similar Karl Loewestein propone asumir la Constitución como una cultura que debe promoverse por la educación en el sentimiento constitucional:

“Con la expresión << sentimiento constitucional>> se toca uno de los fenómenos psicológicos - sociales y sociológicos de existencialismo político más difíciles de captar. Se podría describir como aquella conciencia de la comunidad que, trascendiendo a todos los antagonismos y tensiones existentes político partidistas, económico sociales, religiosos o de otro tipo, integra a detentadores y destinatarios del poder en el marco de un orden comunitario obligatorio, justamente la Constitución, sometiendo el proceso político a los intereses de la comunidad” (Loewestein, 1983, p.200).

El sentimiento constitucional surge de la lectura particular y personal de la Constitución y de nuestra especial relación con sus compromisos humanos, sociales y políticos. La interpretación que surge de la Constitución de cada individuo es el resultado de nuestra adhesión consciente y afectiva a sus expectativas de justicia, dichas interpretaciones son en su conjunto las que crean la cultura de la Constitución.

Häberle (2015) describe tres tipos de relación entre poesía y Constitución: un lenguaje común, una interpretación común y una finalidad común.

La poesía y el constitucionalismo son lenguajes de aspiraciones, son redactadas por el pueblo y sus representantes con un lenguaje similar al de la poesía, tanto en los preámbulos como en las declaraciones de derechos fundamentales.

Las aspiraciones consignadas en las constituciones y en los poemas son descritas bajo palabras amplias y abiertas que una vez consagradas ya no tienen un sentido que dependa estrictamente de quien las haya creado, su sentido se vuelve compartido.

Una interpretación común, que parte del tipo de lenguaje de los textos (tanto constitucionales como los poéticos) que comparten un lenguaje utópico y abierto; es por ello que la interpretación de la poesía y de la Constitución utilizan el mismo método y este determina el sentido de la ilusión compartida de sus lectores e intérpretes.

La poesía es un método de interpretación basado en aspiraciones, es por ello que la poesía es un medio de interpretación de los conceptos constitucionales: la indeterminación de la poesía le entrega la indeterminación al texto político.

Häberle (2015) plantea que, en la indeterminación de los conceptos constitucionales, encontramos la clave de su apertura al conjunto de la sociedad, ella debe ser su intérprete y asumir su papel como fuente de emotividad y de cohesión.

Para la interpretación de los conceptos constitucionales quizá resulta más fructífero partir del paradigma poético que del paradigma narrativo. La palabra poética emerge, además, como símbolo aglutinante al que el constituyente recurre para dotar de estabilidad al sistema; sería un factor emocional e integrador que permite preservar el consenso en torno a las estructuras básicas del Estado.

Para Häberle los poetas proporcionan la suficiente dosis de utopía que orienta el sentido de la realidad constitucional.

Es seguro que un Estado constitucional como el nuestro necesita de una mayor normalidad y comprensión entre la teoría del Estado y la literatura: crítica y pluralidad, por supuesto; oposición y contradicción.

La literatura contiene una reserva de críticas y a menudo un potencial de tendencias reformadoras a las que el constitucionalista debe atender: de las utopías más alejadas a las esperanzas más próximas y concretas. La sensibilidad del arte de todo género puede ser, en la Constitución del pluralismo, un catalizador, un elixir y un preciso sismógrafo que capte las corrientes espirituales del momento. La literatura permite aventurar los sucesivos caminos.

Peter Häberle a lo largo de los años 90 planteó la necesidad de una sociedad abierta de intérpretes de la Constitución en la que no se impusiera la última voz de su guardián (en el caso alemán el Tribunal Constitucional). En esta sociedad debían concurrir todos los individuos, sujetos y grupos que hicieron parte no solo del movimiento constituyente sino las generaciones posteriores a la interpretación de la Constitución conforme a sus expectativas y anhelos de justicia.

Y respecto al papel del poeta en la forja del lenguaje de una sociedad, nada mejor que el Epitafio para Joaquín Pasos, de Ernesto Cardenal, musicalizado maravillosamente por Joan Manuel Serrat:

“Aquí pasaba a pie por estas calles,
sin empleo ni puesto y sin un peso.
Sólo poetas, putas y picados
conocieron sus versos.

Nunca estuvo en el extranjero.
Estuvo preso.
Ahora está muerto.
No tiene ningún monumento...

Pero
recordadle cuando tengáis puentes de concreto,
grandes turbinas, tractores, plateados graneros,
buenos gobiernos.

Porque él purificó en sus poemas el lenguaje de su pueblo,
en el que un día se escribirán los tratados de comercio,
la Constitución, las cartas de amor,
y los decretos.”

II. LA UTOPIA DEL CONSTITUCIONALISMO LIBERAL Y DEL CONSTITUCIONALISMO SOCIAL

La Constitución Francesa de 1791 declaraba los sentimientos y la utopía del pueblo francés:

El pueblo francés, convencido de que el olvido y el desprecio de los derechos naturales del hombre son las únicas causas de las desgracias del mundo, ha resuelto exponer, en una declaración solemne, estos derechos sagrados e inalienables, para que todos los ciudadanos, pudiendo comparar en todo momento los actos del gobierno con la finalidad de toda institución social, no se dejen nunca oprimir ni envilecer con la tiranía, para que el pueblo tenga ante sus ojos las bases de su libertad y de su felicidad, el magistrado la regla de sus deberes, el legislador el objeto de su misión. En consecuencia, proclama en presencia del Ser supremo, la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano.

Las Constituciones liberales planteaban aspiraciones de felicidad para el pueblo siempre que se reconociera la libertad y la igualdad.

En medio del absolutismo, el deseo del pueblo era el de dejar las cadenas de sumisión basadas en los privilegios que heredados del feudalismo mantenían la monarquía.

Las libertades personales, religiosas, sociales, políticas y económicas junto a la igualdad formal se reconocían como contenido necesario de la dignidad humana.

La versión poética de Rousseau de que todos los hombres nacemos libres e iguales aparece en la declaración de derechos del hombre y del ciudadano y en la Constitución de 1791 como el sentido que inspira la interpretación del nuevo orden democrático.

La utopía del constitucionalismo liberal que emprende la búsqueda de la dignidad por medio de la libertad y la igualdad naufragó por la codicia del mercado, la construcción del derecho de propiedad que anuló el sentimiento de fraternidad.

Esta utopía fue utilizada por los intereses de un grupo social: varones, blancos, propietarios que utilizaron al mercado como un espacio para obtener ganancias económicas y políticas. En el mercado se negó la vida de los seres humanos sin propiedad, ni ánimo de lucro o intereses económicos. El mercado anuló las aspiraciones de una sociedad justa, la convirtió en un espacio de exclusión y de discriminación de trabajadores, mujeres, niños y ancianos que subsistían dominados y sometidos a los intereses del capital.

La promesa de la modernidad se vio en medio de un balcón frente a un despeñadero, como lo expresó nuestro poeta Octavio Paz al recibir el Nobel: progreso y futuro, las dos

utopías de la modernidad en la que se enmarca el constitucionalismo liberal no generan esperanzas:

“En mi peregrinación en busca de la modernidad me perdí y me encontré muchas veces. Volví a mi origen y descubrí que la modernidad no está fuera sino adentro de nosotros. Es hoy y es la antigüedad más antigua, es mañana y es el comienzo del mundo, tiene mil años y acaba de nacer. (...) Perseguimos la modernidad en sus incesantes metamorfosis y nunca logramos asirla. Se escapa siempre: cada encuentro es una fuga. La abrazamos y al punto se disipa: sólo era un poco de aire. Es el instante, ese pájaro que está en todas partes y en ninguna. Queremos asirlo vivo pero abre las alas y se desvanece, vuelto un puñado de sílabas. Nos quedamos con las manos vacías. Entonces las puertas de la percepción se entreabren y aparece el otro tiempo, el verdadero, el que buscábamos sin saberlo: el presente, la presencia”. (Paz, 2014: 24).

La vetusta modernidad impuesta por la utopía liberal en la Constituciones liberales es revisada por el constitucionalismo social que termina denunciando en las Constituciones de la segunda posguerra la infamia de la discriminación; este neoconstitucionalismo determinó declaraciones constitucionales comprometidas con la igualdad material, con la dignidad humana, con la proscripción de la exclusión, el respeto por el pluralismo, además, advirtió acerca del peligro y la vulnerabilidad en la que se encontraban las minorías.

En esa dirección, lo que reza el preámbulo de la ley fundamental de Bonn:

Consciente de su responsabilidad ante Dios y ante los hombres, animado de la voluntad de servir a la paz del mundo, como miembro con igualdad de derechos de una Europa unida, el pueblo alemán, en virtud de su poder constituyente, se ha otorgado la presente Ley Fundamental. Los alemanes, en los Länder de Baden-Wurtemberg, Baja Sajonia, Baviera, Berlín, Brandeburgo, Bremen, Hamburgo, Hesse, Mecklemburgo-Pomerania Occidental, Renania del Norte-Westfalia, Renania-Palatinado, Sajonia, Sajonia-Anhalt, Sarre, Schleswig-Holstein y Turingia, han consumado, en libre autodeterminación, la unidad y la libertad de Alemania. La presente Ley Fundamental rige, pues, para todo el pueblo alemán.

III. NUESTRA POESÍA – NUESTRA UTOPIA

¿Hemos construido nuestra poesía constitucional? Si la hemos construido ¿Cuál es nuestra utopía constitucional latinoamericana?. Responderemos a esta pregunta al hacer el análisis de los preámbulos de las Constituciones de nuestros países.

Hay dos versiones de nuestra poesía constitucional: la que inicia con las Constituciones de finales del siglo pasado y las constituciones de principio de este siglo en América latina

En un primer momento constituyente que incluye la Constitución Brasileña de 1988, la colombiana de 1991, paraguaya de 1992 y peruana de 1993

A finales del siglo pasado Latinoamérica confía en la utopía del estado constitucional cuya legitimidad se fundamentará en la garantía de los derechos fundamentales: igualdad material y dignidad humana: consagraciones de derechos amplias que integraron derechos económicos, sociales, culturales y colectivos.

En ellas cabe la utopía constitucional y la poesía heredada de las constituciones de la segunda posguerra europea buscará incluir la proscripción de la discriminación por razones étnicas, económicas, de origen, ideológicas.

Estas Constituciones eran conscientes de que no cumplimos con la utopía del estado de derecho, a lo largo del siglo XIX nuestras constituciones terminaron justificando estados absolutos en donde el poder ejecutivo centralizaba el poder con el fin de crear un orden.

En este primer proceso de utopía compartimos el ideal de la integración latinoamericana, de la búsqueda de la paz, pero se mantiene la adaptación de una poesía ajena a nuestra realidad como pueblo latinoamericano.

Brasil

Nosotros, representantes del pueblo brasileño, reunidos en Asamblea Nacional Constituyente para instituir un Estado Democrático, destinado a asegurar el ejercicio de los derechos sociales e individuales, la libertad, la seguridad, el bienestar, el desarrollo, la igualdad y la justicia como valores supremos de una sociedad fraterna, pluralista y sin prejuicios, fundada en la armonía social y comprometida, en el odien interno e internacional, en la solución pacífica de las controversias, promulgamos bajo la protección de Dios, la siguiente Constitución:

Colombia

El pueblo de Colombia, en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana, decreta, sanciona y promulga la siguiente

Perú

EL congreso constituyente democrático, invocando a dios todopoderoso, obedeciendo el mandato del pueblo peruano y recordando el sacrificio de todas las generaciones que nos han precedido en nuestra patria, ha resuelto dar la siguiente Constitución:

Paraguay

El pueblo paraguayo, por medio de sus legítimos representantes reunidos en Convención Nacional Constituyente, invocando a Dios, reconociendo la dignidad humana con el fin de

asegurar la libertad, la igualdad y la justicia, reafirmando los principios de la democracia republicana, representativa, participativa y pluralista, ratificando la soberanía e independencia nacionales, e integrado a la comunidad internacional

La gran utopía y la poesía comenzará con los procesos constituyentes de Venezuela, Bolivia y Ecuador

Se declara en Venezuela un “Estado democrático y social de Derecho y de Justicia”, en Bolivia al “Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario”; y el “Estado constitucional de derechos y justicia [...] intercultural [y] plurinacional” en Ecuador.

Venezuela

El pueblo de Venezuela, en ejercicio de sus poderes creadores e invocando la protección de Dios, el ejemplo histórico de nuestro Libertador Simón Bolívar y el heroísmo y sacrificio de nuestros antepasados aborígenes y de los precursores y forjadores de una patria libre y soberana; con el fin supremo de refundar la República para establecer una sociedad democrática, participativa y protagónica, multiétnica y pluricultural en un Estado de justicia, federal y descentralizado, que consolide los valores de la libertad, la independencia, la paz, la solidaridad, el bien común, la integridad territorial, la convivencia y el imperio de la ley para esta y las futuras generaciones; asegure el derecho a la vida, al trabajo, a la cultura, a la educación, a la justicia social y a la igualdad sin discriminación ni subordinación alguna; promueva la cooperación pacífica entre las naciones e impulse y consolide la integración latinoamericana de acuerdo con el principio de no intervención y autodeterminación de los pueblos, la garantía universal e indivisible de los derechos humanos, la democratización de la sociedad internacional, el desarme nuclear, el equilibrio ecológico y los bienes jurídicos ambientales como patrimonio común e irrenunciable de la humanidad; en ejercicio de su poder originario representado por la Asamblea Nacional Constituyente mediante el voto libre y en referendo democrático,

Bolivia

Preámbulo de la Constitución de Bolivia

En tiempos inmemoriales se erigieron montañas, se desplazaron ríos, se formaron lagos. Nuestra amazonia, nuestro chaco, nuestro altiplano y nuestros llanos y valles se cubrieron de verdes y flores. Poblamos esta sagrada Madre Tierra con rostros diferentes, y comprendimos desde entonces la pluralidad vigente de todas las cosas y nuestra diversidad como seres y culturas. Así conformamos nuestros pueblos, y jamás comprendimos el racismo hasta que lo sufrimos desde los funestos tiempos de la colonia. El pueblo boliviano, de composición plural, desde la profundidad de la historia, inspirado en las luchas del pasado, en la sublevación indígena anticolonial, en la independencia, en las luchas populares de liberación, en las marchas indígenas, sociales y sindicales, en las guerras del agua y de octubre, en las luchas por la tierra y territorio, y con la memoria de nuestros mártires, construimos un nuevo Estado. Un Estado basado en el respeto e igualdad entre todos, con

principios de soberanía, dignidad, complementariedad, solidaridad, armonía y equidad en la distribución y redistribución del producto social, donde predomine la búsqueda del vivir bien; con respeto a la pluralidad económica, social, jurídica, política y cultural de los habitantes de esta tierra; en convivencia colectiva con acceso al agua, trabajo, educación, salud y vivienda para todos. Dejamos en el pasado el Estado colonial, republicano y neoliberal. Asumimos el reto histórico de construir colectivamente el Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, que integra y articula los propósitos de avanzar hacia una Bolivia democrática, productiva, portadora e inspiradora de la paz, comprometida con el desarrollo integral y con la libre determinación de los pueblos. Nosotros, mujeres y hombres, a través de la Asamblea Constituyente y con el poder originario del pueblo, manifestamos nuestro compromiso con la unidad e integridad del país. Cumpliendo el mandato de nuestros pueblos, con la fortaleza de nuestra Pachamama y gracias a Dios, refundamos Bolivia. Honor y gloria a los mártires de la gesta constituyente y liberadora, que han hecho posible esta nueva historia

Ecuador

NOSOTRAS Y NOSOTROS, el pueblo soberano del Ecuador RECONOCIENDO nuestras raíces milenarias, forjadas por mujeres y hombres de distintos pueblos, CELEBRANDO a la naturaleza, la Pacha Mama, de la que somos parte y que es vital para nuestra existencia, INVOCANDO el nombre de Dios y reconociendo nuestras diversas formas de religiosidad y espiritualidad, APELANDO a la sabiduría de todas las culturas que nos enriquecen como sociedad, COMO HEREDEROS de las luchas sociales de liberación frente a todas las formas de dominación y colonialismo, Y con un profundo compromiso con el presente y el futuro, Decidimos construir Una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el sumak kawsay; Una sociedad que respeta, en todas sus dimensiones, la dignidad de las personas y las colectividades; Un país democrático, comprometido con la integración latinoamericana – sueño de Bolívar y Alfaro-, la paz y la solidaridad con todos los pueblos de la tierra;

Nuestro constitucionalismo como poesía parte de dos versos: negar utopías ajenas y construir una propia reconociendo nuestras diferencias

No queremos vivir en medio de reglas impuestas por el mercado y el consumo, creado por intereses egoístas y crueles, que buscan negar nuestras diferencias y nos hacen iguales formalmente para luego excluirnos, en el que los seres humanos somos cosificados y sometidos, en el que existen conflictos y guerras por el poder y la dominación de territorios y por el despliegue de una soberanía interpretada como superioridad

Nuestra poesía es la de nuestra naturaleza plural, con sus diferencias

Aspiramos a ser parte de la naturaleza y no a ser sus amos: vivir como seres sintientes en armonía, sin dominar a la madre tierra, sin esclavizarla ni explotarla

Nuestra utopía interpreta a la Libertad como reconocimiento de nuestras culturas y de nuestras tradiciones ancestrales

La propiedad latinoamericana ha de ser colectiva, se identifica como la herencia espiritual de las vidas de nuestros antepasados que viven y habitan en nosotros en el presente

La tierra y el territorio no es en esta utopía un bien intercambiable sino un lugar de abrigo para la vida en el que convivimos con los recuerdos y las almas de nuestros muertos y en el que habitará el porvenir de nuestra descendencia

Queremos que nuestra progenie tenga una infancia en la que pueda soñar un futuro construido por las canciones y las oraciones de nuestras abuelas y madres y las anécdotas de nuestros padre y abuelos

Queremos que los jóvenes puedan enamorarse de la vida sin miedo a emprender sus sueños de niños, pues han gozado de la educación que les permitirá libremente elegir su profesión y su oficio

Queremos que las mujeres y hombres sean iguales, libres y dignos

Queremos que los ancianos puedan reconocer que su vida ha valido por haber guardado el legado de la cultura ancestral intacto

Aspiramos a no ser excluidos o humillados por no tener fuerza para intervenir en el mercado

Aspiramos a que nuestra madre tierra sea respetada en su sabiduría y nos permita de vivir en su armonía.

Esta es la utopía y la poesía que permiten que sean interpretadas nuestras constituciones tal como quiso el constituyente, tal como lo quiere el pueblo

El arte debe destruir en el mundo el reinado de la violencia y de las vejaciones.

El destino del arte en nuestro tiempo es transportar, del dominio de la razón al del sentimiento, esta verdad: que la dicha de los hombres consiste en su unión.

Bibliografía

Tolstoi ¿Qué es el arte?

Häberle La Constitución como cultura

Carl Smichtt Teoría de la Constitución

Karl Loewestein Teoría de la Constitución

Walt Whitman Hojas de hierba

Ernesto Cardenal Poesía completa

Alejandra Pizarnik El árbol de Diana

Häberle Utopía y Constitución

Preámbulo de la Constitución Francesa de 1791

Paz Octavio palabras de un Nobel

Preámbulo de la ley fundamental de Bonn
Preámbulo de la Constitución de Brasil
Preámbulo de la Constitución de Paraguay
Preámbulo de la Constitución de Perú
Preámbulo de la Constitución de Colombia
Preámbulo de la Constitución Venezuela
Preámbulo de la Constitución Bolivia
Preámbulo de la Constitución Ecuador
Galeano Eduardo Utopía

LA MEDIDA DE INTERNAMIENTO EN RÉGIMEN CERRADO PARA MENORES EN ESPAÑA Y COLOMBIA Y SUS MODIFICACIONES

Por: Teresita Alturo Gómez*

Tutora: Deborah García Magna, Profesora de Derecho Penal - Universidad de Málaga.

Resumen. En el presente trabajo se analizará de manera crítica la medida de internamiento en régimen cerrado dentro del sistema de responsabilidad penal de menores en España y Colombia, ante la declaratoria de culpabilidad penal de aquellas personas mayores de catorce y menores de dieciocho años. En concreto, se estudiará el estado actual de la medida de internamiento en régimen cerrado, sus principales reformas legislativas a partir de su promulgación y entrada en vigencia en cada país, la influencia de los medios de comunicación y de intereses políticos en los cambios legislativos tendentes a aumentar los presupuestos normativos para su procedencia en centro especializado.

Palabras claves: ley de responsabilidad penal de menores, medida de internamiento en régimen cerrado, medios de comunicación, cambios legislativos, endurecimiento ley penal de menores, alarma social.

INTRODUCCIÓN: ANTECEDENTES, MOTIVACIÓN, OBJETIVOS Y METODOLOGÍA

Con el presente trabajo investigativo se pretende conocer y analizar la evolución y aplicación de la medida de internamiento en régimen cerrado (sanción en Colombia), a los menores declarados responsables de la comisión de un delito consagrado en el código penal o leyes especiales, según los regímenes especiales de responsabilidad penal para adolescentes vigentes en cada país. Su trámite legislativo, los motivos o intereses políticos que llevaron al legislador a consagrar la medida, sus reformas legales (LO 7/2000 y LO 8/2006 en España y Ley 1098 de 2006 y 1453 de 2011 en Colombia), la tendencia a endurecer la norma y el papel o influencia de los medios de comunicación en estas reformas.

* Teresita Alturo Gómez. Abogada de la Universidad de Medellín (1999), Especialista en Derecho Penal de la Universidad EAFIT (2018), Magíster en Derecho Penal de la Universidad EAFIT (2020), Magíster en Derecho Penal y Criminología de la Universidad de Málaga-España (2020), Exfiscal Local Delegada, Juez Segunda Penal Municipal para adolescentes con función de control de garantías de Medellín.

En España, la LO 5/2000 regula la responsabilidad penal de los menores entre 14 y 18 años que hayan realizado un delito, en consonancia con la Convención de los Derechos del Niño (1989), que define como niño a toda persona menor de dieciocho años. Entró a regir el 13 de enero de 2001 y consagra un modelo educativo y resocializador en el que el “interés superior del menor” es el criterio rector fundamental.

A partir de su promulgación y antes de su entrada en vigencia la ley de menores sufrió algunas modificaciones tendentes al aumento de los supuestos normativos para la aplicación de la medida de internamiento en régimen cerrado. Inicialmente fue concebida para aquellos supuestos delictivos en cuya comisión se hubiera empleado violencia o intimidación en las personas, o se hubiera actuado con grave riesgo para la vida o la integridad física de las mismas. En la actualidad, y tras las reformas sufridas, esta ley incorpora la posibilidad de imponer sanciones que pueden llegar a durar hasta quince años (10 años en régimen cerrado y cinco en libertad vigilada).

Como me propongo analizar en este trabajo, la tendencia a endurecer las sanciones en España está influenciada por el temor presente en la comunidad ante la participación de menores de edad en la comisión de conductas delictivas muy graves, que, si bien no son frecuentes ni repetitivas, sí logran causar consternación y alarma social, por la crueldad y frialdad con que actúan algunos jóvenes.

Se trata de hechos que por su connotación y divulgación en los diferentes medios de comunicación logran generar de manera colectiva “sensación de inseguridad”, y desconfianza en la ley de responsabilidad penal de los menores, considerándola “*blanda*” o “*benévola*”. Estos acontecimientos donde se ven involucrados menores han logrado calar en el quehacer político y legislativo español, llegando a ser el principal argumento para justificar el aumento punitivo, lograr confinar a más menores y poder tenerlos por más tiempo alejados de la sociedad en centros especializados.

En Colombia, la ley 1098 de 2006 que regula el Código de la infancia y la adolescencia, fue promulgada el 8 de noviembre de 2006. Su entrada en vigencia se dio de manera gradual en el territorio nacional, iniciándose el 1 de enero de 2007 y terminando el 31 de diciembre de 2009. Mediante esta ley se implementó el sistema de responsabilidad penal para adolescentes como parte del compromiso del Gobierno de adecuar su legislación sobre menores al Convenio sobre los Derechos del Niño y demás instrumentos internacionales promotores de la defensa de sus derechos fundamentales, incorporados a su legislación interna mediante el artículo 93 de la Constitución Política que habla del bloque de Constitucionalidad², al reconocer su vigencia y aplicación aun en estados

1 Pozuelo, Laura (2013). “Delincuencia Juvenil: Distorsión mediática y realidad”. Revista europea de los derechos fundamentales.” n 21/1, p.118

2 Artículo 93 de la Constitución Política de Colombia:

“Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

de excepción. La ley tiene por objeto establecer normas sustantivas y procesales en la judicialización e imposición de las sanciones a los menores entre 14 y 18 años que sean declarados responsables de la comisión de una conducta punible.

Las medidas que se tomen en el proceso penal son de carácter pedagógico, específico y diferenciado respecto del sistema de adultos, conforme a la protección integral (art. 140 ley 1098 de 2006). Las sanciones que contempla el Código de infancia y adolescencia son seis, comenzando con una leve como es la amonestación, hasta la más dura que es la privación de la libertad en centro de atención especializado para los delitos más graves.

Tanto en Colombia como en España ha sido objeto de modificación la sanción privativa de la libertad, en disfavor de los menores sometidos a este régimen especial y diferenciado, al ir limitando o restringiendo, a través de dichas reformas, las garantías y derechos fundamentales de los jóvenes. La privación de la libertad ha dejado su condición de excepcional y de último recurso con que cuentan los diferentes sistemas judiciales en el tratamiento de los menores, para ser aplicada con más frecuencia de la que debería.

En Colombia la ley 1453 de 2011, reformó seis artículos del Código de infancia y adolescencia, con la finalidad de que los jóvenes permanezcan por más tiempo en los centros especializados, y de esta manera lograr una mejor reintegración, además de posibilitar la oportunidad de educarse a través del sistema. Inicialmente la norma disponía la posibilidad de continuar con el cumplimiento de la sanción en el centro especializado hasta los 21 años³, sin importar el tiempo que faltara para completar la sanción a cumplir. Con la reforma, el adolescente que llega a la mayoría de edad, debe continuar con el cumplimiento de la sanción hasta su terminación.

Respecto a la motivación que me ha llevado a escoger este tema de investigación es la sensibilización hacia los menores en conflicto con la ley penal, quienes se ven enfrentados a un derecho penal coercitivo, invasivo y limitador de derechos fundamentales. Menores que por su falta de oportunidades como en el caso de Colombia no tienen otra alternativa que ingresar a grupos ilegales con el fin de asegurar unos ingresos económicos fijos, otros por falta de ilustración o de control por sus padres o cuidadores y otros por curiosidad o por la rebeldía propia de la pubertad.

En general, uno de los objetivos de este trabajo es reflexionar sobre el importante y gran avance de ambas legislaciones sobre la implementación, regulación y aplicación de un

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

El Estado Colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución.

3 párrafo del artículo 187 de la ley 1098 de 2006 inicialmente vigente “Si estando vigente la sanción de privación de la libertad el adolescente cumpliera los dieciocho (18) años, esta podrá continuar hasta que éste cumpla los veintiún (21) años”.

sistema de responsabilidad penal para menores, acorde a los tratados y postulados internacionales sobre derechos humanos y en especial sobre la protección y garantía de los derechos de aquellos menores de edad que se ven enfrentados a un proceso penal y sus adversas consecuencias, dentro del marco del debido proceso y otras garantías como su protección integral, el principio del interés superior del menor, la prevalencia de sus derechos, el respeto por la presunción de inocencia y el derecho a la igualdad.

También se pretende analizar cómo la medida de internamiento en régimen cerrado y ese cúmulo de prerrogativas que, en un principio, deberían tener los menores infractores, han sido limitados o restringidos por los Gobiernos, el poder legislativo y los operadores judiciales, promoviendo reformas legislativas tendentes a empeorar la situación de los menores, al aumentar los supuestos normativos en los que se pueden aplicar sanciones privativas de su libertad y que estas sean cada vez más extensas.

TRATADOS Y CONVENIOS INTERNACIONALES

En la actualidad existen diferentes instrumentos internacionales volcados a promulgar, defender y garantizar los derechos de los menores de edad, en especial de aquellos que se ven enfrentados a una persecución penal con sus devastadoras y negativas consecuencias, en atención a la comisión de un delito. Tienen por fin invitar a los diferentes Estados a conciliar sus legislaciones internas con ese mínimo de garantías que se promulgan en cada tratado o convenio, para que el trato que se brinde a los menores delincuentes parta del respeto a su condición de seres humanos, se les garantice su dignidad, el debido proceso, se evite la arbitrariedad, el maltrato, las desapariciones y hasta sus muertes.

Los instrumentos supranacionales proporcionan normas concretas y detalladas para un adecuado desarrollo de un sistema de justicia juvenil diferente y diferenciado del de adultos, promueven el logro de la protección integral de cada menor, y el respeto por los derechos humanos, a tener en cuenta su edad y la conveniencia de fomentar la reinserción del joven y de que este asuma un papel constructivo en la sociedad. Además, los tratados y convenios internacionales exhortan a las personas e instituciones encargadas de tomar medidas concernientes a los menores, para que dichas decisiones tengan siempre como referente su interés superior.⁴

Como primer referente en la protección de los niños, se encuentra “La Declaración de Ginebra”, elaborada por Eglantyne Jebb, quien fue la fundadora de la organización “Save The Children” (Salvemos a los niños), en el año 1924.; su importancia radica en el reconocimiento del deber de la humanidad de suministrar a todos los niños las condiciones para su desarrollo material y espiritual, protección, educación, prevalencia del socorro y la salvaguarda contra la explotación.

⁴CDN. Artículo 3.1: En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

Entre los más importantes convenios y tratados en favor de la protección de los derechos fundamentales de los menores, se pueden mencionar los siguientes:

La Declaración Universal de Derechos Humanos

Fue elaborada por representantes de todas las regiones del mundo con diferentes antecedentes jurídicos y culturales. La Declaración fue proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (en adelante, ONU) en París, el 10 de diciembre de 1948, como una respuesta a la demostrada capacidad de autodestrucción de la raza humana durante la segunda guerra mundial.

Dicho documento internacional estableció, por primera vez, los derechos humanos fundamentales que deben protegerse en el mundo entero. Su artículo 25-2 establece que “la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados de asistencia especiales” y que “todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social”. Por tratarse de una declaración de principios no ostenta carácter vinculante.

Declaración de los Derechos del Niño

Proclamada por la ONU en su resolución 1386, de 20 de noviembre de 1959. Tiene como punto de partida la declaración de Ginebra, al exaltar sus postulados, considerando que el niño “por su falta de madurez física y mental, necesita protección, y cuidado especial, incluso la debida protección legal”. Su principio 2 dispone “que gozarán de especial protección, y serán provistos de las oportunidades y recursos necesarios para desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente de manera normal y sana, y en condiciones de libertad y dignidad”. Menciona por primera vez el interés superior del menor al promulgar que las autoridades tomarán en cuenta, al momento de adoptar las medidas pertinentes, el interés superior del menor como su principal criterio de orientación. Su carácter de no “declaración” no era de obligatorio cumplimiento para los estados.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la ONU en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Considerando que 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, consagra unos derechos mínimos para ser reconocidos. En el caso de las personas vinculadas con acciones criminales, consagra el debido proceso, adecuada defensa técnica, respeto por la presunción de inocencia, el principio de legalidad y la igualdad de las personas.

En su artículo 24.1 dice: “Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado”. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos fue ratificado por Colombia el 29 de octubre de 1969, previa aprobación por el

Congreso de la República mediante Ley N° 74 de 1968, y entró en vigor, de acuerdo con las disposiciones del instrumento, el 23 de marzo de 1976. El Pacto es de obligatorio cumplimiento en el derecho interno, tanto para los nacionales como para los extranjeros, y en especial para las autoridades públicas. España lo aprobó y ratificó el 13 de abril de 1977.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la ONU en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, entró en vigor el 3 de enero de 1976. En su artículo 10-3, dispone: “Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición”. Se encuentra ratificado por Colombia mediante la ley 74 de 1968. España lo aprobó y ratificó el 13 de abril de 1977.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos

Más conocida como “Pacto de San José”. Firmada el 22 de noviembre de 1969, entró en vigor el 18 de julio de 1978. Fue ratificado mediante Ley 16 de 1972 en Colombia.

En su artículo 19 dispone: “todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”.

Las reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores (las reglas de Beijing)

Adoptada por la ONU mediante resolución 40/33 del 28 de noviembre de 1985, sin ser un tratado, señala unas directrices mínimas a tener en cuenta en la administración de justicia de los menores que han cometido un delito. Habla por primera vez del juzgamiento de menores, abordando temas como la investigación, su procesamiento, la sentencia, el tratamiento en los establecimientos de internamiento de los menores, la proporcionalidad de las sanciones, las necesidades del menor y la reafirmación de su libertad. En su artículo 13.1 prevé que solo se aplicará la prisión preventiva como último recurso y durante el plazo más breve posible. Tienen por objeto promover el bienestar del menor en la mayor medida posible, reducir al mínimo el número de casos en que haya de intervenir el sistema de justicia de menores, lo que, a su vez reduciría al mínimo los perjuicios que normalmente ocasiona cualquier tipo de intervención.

Su artículo 2. 2.a. refiere que es menor todo niño o joven que, con arreglo al sistema jurídico respectivo, puede ser castigado por un delito en forma diferente a un adulto. Advierte que delito es todo comportamiento (acción u omisión) penado por la ley con arreglo al sistema jurídico de que se trate; y menor delincuente es todo niño o joven al que se ha imputado la comisión de un delito o se le ha considerado culpable de la comisión de un delito.

La Recomendación R 87 (20), de 17 de septiembre de 1987, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre reacciones sociales ante la delincuencia juvenil.

Esta Recomendación parte de considerar que los jóvenes son seres en evolución, que todas las medidas que se tomen en relación a ellos deben ser de carácter educativo y de reinserción social, y que las reacciones sociales ante la delincuencia juvenil deben tener presente la personalidad y las necesidades específicas de los menores. Recomiendan a los Estados evitar, en la medida de lo posible, la detención preventiva de los menores y controlar las condiciones en las que aquella se desarrolla.

Convención de los Derechos de los Niños

Es el marco mínimo de reconocimiento, garantías y respeto a los derechos de los niños. Reafirma el estatus de los niños como personas, a quienes, sin ninguna discriminación, se les debe proteger y garantizar sus derechos.

Fue aprobada por la ONU el 20 de noviembre de 1989. En España fue ratificada el 30 de noviembre de 1990 y entró en vigor el 5 de enero de 1991. Por su parte, en Colombia fue ratificada por el Congreso mediante la ley 12 de 1991.

La Convención de los Derechos del Niño (en adelante, CDN) opera como un ordenador de las relaciones entre el niño, el Estado y la familia, que se estructura a partir del reconocimiento de derechos y deberes recíprocos. Limita la intervención del Estado a una última instancia. Reafirma que los niños, como personas, tienen igual derecho que todas las otras personas, establece derechos propios de los niños como la prevalencia de sus derechos en caso de conflicto con los derechos de los adultos, y orienta las actuaciones de las autoridades y las políticas públicas en relación con la infancia.

En su artículo primero la CDN determina que es niño todo ser humano menor de dieciocho años, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad. Si bien el articulado de esta convención no consagra una edad mínima de responsabilidad penal, sí recomienda el establecimiento de una edad en la que se presuma que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales.

El artículo tercero (numeral tercero) establece un mandato de obligatorio cumplimiento a los Estados que acogieron y suscribieron la CDN, el cual busca promover y garantizar los derechos de los menores, al indicar: “Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada”.

Tanto el ordenamiento jurídico relativo a la responsabilidad penal de los menores de España, como el de Colombia, consagran que los menores de catorce años no serán

juzgados ni declarados penalmente responsables. En concreto, así lo establece el artículo 3 de la LO 5/2000, en España⁵, y el artículo 142 de ley 1098 de 2006⁶, en Colombia.

La CDN, además de reconocer a los menores de edad su condición de persona, también consagra, en su artículo 40.1, unos derechos sustantivos del menor responsable de la comisión de un delito, tendentes, sobre todo, al reconocimiento de su dignidad y de la importancia de promover su reintegración social.

Esta Convención proporciona, también, normas concretas y detalladas a los Estados partes para el buen funcionamiento del sistema de responsabilidad penal diferente y diferenciado al de los adultos; promueve el respeto por la dignidad humana y los derechos humanos; reclama de los Estados el establecimiento de una edad mínima, antes de la cual los menores no respondan penalmente, y la disposición de recursos para promover la reinserción social del niño, tal como lo mencionamos en el párrafo precedente.

También la CDN plasma en su articulado unas garantías procesales reconocidas al menor infractor, que deben ser acatadas por los diferentes países que la suscribieron. Entre ellas están:

El principio de legalidad

El artículo 40.2 de la CDN establece: “Con este fin, y habida cuenta de las disposiciones pertinentes de los instrumentos internacionales, los Estados Partes garantizarán, en particular: a) Que no se alegue que ningún niño ha infringido las leyes penales, ni se acuse o declare culpable a ningún niño de haber infringido esas leyes, por actos u omisiones que no estaban prohibidos por las leyes nacionales o internacionales en el momento en que se cometieron”. A su vez el artículo 37 numeral b dispone: “Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda”. Es claro el llamado que hace la CDN sobre la necesidad, en los diferentes ordenamientos jurídicos, de la existencia de una conducta descrita en el código penal o en leyes especiales como delito, y la exigencia de que previamente estén definidas las sanciones o medidas a imponer a los menores hallados penalmente responsables de esas conductas. Tanto en España como en Colombia las conductas definidas como delito son las consagradas en el Código Penal o leyes especiales, y son utilizadas en el sistema de adultos como en el de los adolescentes. De igual manera, cada legislación consagra las medidas a imponer, criterios para su selección y topes mínimos y máximos de duración de las mismas.

⁵ Artículo 3 LO 5/2000: “Régimen de los menores de catorce años: cuando el autor de los hechos mencionados en los artículos anteriores sea menor de catorce años, no se le exigirá responsabilidad con arreglo a la presente ley...”.

⁶ Artículo 142 de la ley 1098 de 2006: “...las personas menores de catorce (14) años, no serán juzgadas ni declaradas responsables penalmente, ni privadas de libertad, bajo denuncia o sindicación de haber cometido una conducta punible...”.

El principio de culpabilidad

En España se encuentra reconocido en la ley reguladora de responsabilidad penal para menores, al disponer en su artículo 5 de LO 5/2000 que los menores serán responsables con arreglo a la ley y si no concurre en ellos ninguna de las causas de exención o extinción de la responsabilidad criminal. A su vez, la ley de enjuiciamiento de menores en Colombia no tiene norma expresa que hable de la culpabilidad, sino que remite a lo dispuesto en el Código de procedimiento penal de adultos, que establece que solo se podrá imponer penas (sanciones) por conductas realizadas con culpabilidad.

En Colombia el Código de infancia y adolescencia no aborda todo lo relativo al procedimiento y juzgamiento de los menores infractores, solo hace referencia a algunas reglas que consagran derechos y garantías. Por remisión expresa del mismo Código se estableció que lo que no se encuentre definido para el procedimiento de los menores, se rige por las normas consagradas en el sistema acusatorio de los adultos, exceptuando aquellas reglas que sean contrarias al interés superior del adolescente. En España, la LO 5/2000 también establece la aplicación supletoria del Código penal de adultos y las leyes procesales para aquello que no esté recogido en la ley, siempre atendiendo al interés superior del menor.

Principio de proporcionalidad

El principio de proporcionalidad se refiere a que la gravedad de la sanción prevista en la ley e impuesta por el Juez debe atender a la gravedad del delito en abstracto y de la conducta concreta del menor que lo ha cometido, respectivamente, pues en abstracto se refiere a la establecida en la ley, y en concreto a la que impone el Juez en la sentencia.

Beccaria en su obra “De los Delitos y de las penas” hizo referencia al principio de proporcionalidad, al mencionar que la “pena proporcional a la culpabilidad era la única pena útil” y “Las penas deben ser proporcionadas entre sí y en relación a los delitos, no solo en la fuerza, sino también en el modo de infligirlas”. Luego en el año 1789, al ser proclamada la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano se incluye como principio la proporcionalidad, al proclamar que la ley no debía establecer otras penas que las evidentes y estrictamente necesarias. El principio de proporcionalidad encuentra expreso reconocimiento en el Convenio Europeo de Derechos humanos y libertades fundamentales, al indicar que la intervención a las libertades y otras garantías, solo es admisible en tanto sea necesaria en una sociedad democrática.

Como elementos constitutivos del principio de proporcionalidad, se encuentran: la utilidad o adecuación, que consiste en el análisis sobre la utilidad que representa la restricción al derecho para lograr el fin pretendido; la necesidad o indispensabilidad, que evalúa si la restricción a un derecho es la menos drástica de las posibles; y, por último, la proporcionalidad en sentido estricto, que hace referencia a la ponderación entre los intereses contrapuestos y las circunstancias en cada caso, según lo expone PERELLÓ⁷.

⁷ Perelló, Isabel (1997). “El Principio de Proporcionalidad y la Jurisprudencia Constitucional”. Jueces para la Democracia.n.28. pp. 69-75

Principio de igualdad

Este principio hace alusión a dispensar un mismo tratamiento a los jóvenes en condiciones o situaciones similares, motivo por el cual el sistema de responsabilidad penal para menores debe ser diferente al brindado a los adultos, en atención a que los adolescentes se encuentran en proceso formativo, de desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social. Lo que se busca con este principio es brindar oportunidades para su integración a la sociedad y la prevención de la comisión de otros delitos. Así lo establece el numeral b del artículo 37 de la CDN: “todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño”. Además, ordena el respeto por los derechos enunciados en la Convención y su aplicación a todos los niños sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales (artículo 2, numeral 1).

Principio de reintegración

Artículo 40.1: “Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad”. Exige, entonces, la Convención, que la respuesta penal al menor infractor sea acorde a los derechos humanos y las libertades individuales, y no que atienda solo a la mera retribución que en nada ayuda a reducir o evitar la violencia.

Lo que implica el principio de reintegración o reinserción es que la respuesta se base en la prevención especial positiva, es decir, en conseguir su rehabilitación, y no centrarse en la retribución, la intimidación o la inoquización (y por supuesto, tampoco en la prevención general). Intenta evitar respuestas básicamente dirigidas a intimidar al menor o a la sociedad (otros que pretenden o piensan en delinquir), o a fortalecer las normas (prevención general positiva), o a castigar al menor para darle una lección o mantenerlo alejado de la sociedad.

Principio de humanidad

Los castigos duros y humillantes son factores de actitudes y acciones violentas. El encarcelamiento de niños aumenta la probabilidad de reincidencia, y de que los delincuentes no violentos se vuelvan violentos; por lo tanto, el principio de humanidad busca la prohibición de sanciones contrarias a la dignidad y demás derechos humanos.

Tanto en el sistema de adultos como en el de menores infractores tienen plena vigencia el respeto y garantía a los derechos fundamentales de todas las personas vinculadas a

un proceso penal, siendo el principio de humanidad un límite a ese poder sancionatorio del Estado para no causar más daño, dolor o sufrimiento al sancionado del que conlleva el trámite penal.

Como ejemplo de sanciones a menores que infringen el principio de humanidad, se encuentran los internamientos muy prolongados, el uso de contención más allá de lo estrictamente necesario para evitar que se autolesione o lesione a los demás, portar vestimentas especiales o signos que llamen la atención sobre la condición de penado cuando se encuentre cumpliendo la sanción en medio abierto, cumplimiento de sanciones muy lejos de donde reside el menor, dificultando así que pueda mantener contacto con sus seres queridos, etc.

La CDN sobre los Derechos del Niño señala en su artículo 37a.: “Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de dieciocho años de edad... c. Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales”.

Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad)

Fueron adoptadas y proclamadas por la ONU en su resolución 45/112, de 14 de diciembre de 1990. Las Directrices de Riad buscan prevenir la delincuencia juvenil y orientar a los Estados en la implementación de políticas sociales tendientes a ello. Así mismo, estas directrices hacen un llamado a los gobiernos para promulgar leyes y procedimientos especiales que fomenten y protejan los derechos y el bienestar de todos los jóvenes. También invitan a los Estados a que prohíban la victimización de los niños, los malos tratos, su explotación, su utilización en actividades delictivas, las medidas de corrección o castigos severos o degradantes, y la estigmatización de los menores. Adicionalmente, las Directrices exhortan a los Estados a promulgar leyes que garanticen que ningún acto que no sea considerado delito ni sea sancionado cuando lo comete un adulto, se considere delito y sea objeto de sanción cuando es cometido por un joven (artículo 56).

Las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los menores privados de la libertad

Las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los menores privados de la libertad fueron adoptadas por la ONU, mediante resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990. Dichas reglas se crearon, por un lado, ante la preocupación por la privación de la libertad de menores en centros de reclusión en compañía de adultos, su alto grado de vulnerabilidad a malos tratos, su victimización y la violación de sus derechos. Y también

para llamar la atención a los estados miembros, en el sentido de adaptar sus legislaciones, políticas y sus prácticas nacionales a establecer reglas para la adecuada intervención en la justicia de menores.

El objeto de las presentes Reglas es establecer normas mínimas aceptadas por las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad en todas sus formas, compatibles con los derechos humanos y las libertades fundamentales, con miras a contrarrestar los efectos perjudiciales de todo tipo de detención y fomentar la integración en la sociedad (artículo 3).

Las recomendaciones para la acción con jóvenes en el sistema de justicia criminal, anexo a la resolución del Consejo Económico y Social 1997/30 de 21 de julio de 1997

Las recomendaciones para la acción con jóvenes en el sistema de justicia criminal, anexo a la resolución del Consejo Económico y Social, hacen un llamado para aplicar la Convención sobre los derechos del niño, a hacer cumplir los objetivos de la Convención en el contexto de la administración de justicia de menores, y a la utilización y aplicación de las reglas y normas de las Naciones Unidas en materia de justicia de menores.

Con respecto a las medidas de internamiento de menores, el numeral 18 del anexo dispone: “Debe reducirse el ingreso de niños en instituciones de régimen cerrado. La reclusión de niños en esas instituciones debe tener lugar únicamente de conformidad con lo dispuesto en el inciso b) del artículo 37 de la Convención y como medida de última instancia y durante el período más breve. Deben prohibirse las penas corporales en los sistemas de justicia y atención social de menores”.

ESTADO DEL ARTE SOBRE NATURALEZA Y FINALIDAD DE LA MEDIDA DE INTERNAMIENTO EN RÉGIMEN CERRADO, EN AMBOS PAÍSES

España

La LO 5/2000 en España regula el sistema de responsabilidad penal de los adolescentes mayores de 14 años y menores de 18 años, que sean hallados responsables de la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas en el código penal o las leyes penales especiales, quienes gozarán de todos los derechos reconocidos en la Constitución, en el ordenamiento jurídico, la Convención sobre los derechos del Niño, y en todas las normas sobre protección de menores contenidas en los tratados válidamente celebrados por España. Esta ley es de naturaleza sancionadora-educativa, y está encaminada a la adopción de unas medidas no represivas, sino preventivo-especiales, orientadas hacia la efectiva reinserción y el superior interés del menor.

Tanto el procedimiento como las medidas que se adopten, deben estar prevalidas del superior interés del menor, y del principio de flexibilidad, consistente este último en la discrecionalidad que tiene el Juez de Menores en la selección de la medida a imponer, su duración, sustitución y su terminación.

La LO 5/2000 consagra principios garantistas como el principio acusatorio; el principio de defensa; el principio de presunción de inocencia; y el principio de intervención mínima, que permite optar por otras posibilidades jurídicas menos aflictivas, como la no apertura del procedimiento, su renuncia, el resarcimiento anticipado, la conciliación, o la suspensión o sustitución de la medida.

Contempla la norma una diferencia en el trato a los menores, según su edad al momento de la comisión de la conducta punible, y para ello establece dos rangos, uno para los mayores de catorce y menores de dieciséis y otro para los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años, al considerar que existen diferencias, y por lo tanto requieren, desde el punto de vista científico y jurídico, un tratamiento diferenciado.

Las medidas que pueden imponer los Jueces de menores es la consecuencia jurídica de haber realizado una conducta tipificada en el código penal y en leyes especiales, como delito, por un menor imputable y con capacidad de actuar con dolo. La medida de internamiento en régimen cerrado conlleva la privación o restricción de derechos fundamentales y se impone al momento de desvirtuar el principio de presunción de inocencia, mediante un debido proceso garantista y especial, como el que contempla el sistema de responsabilidad juvenil en España.

Según la exposición de motivos de la LO 5/2000, “las medidas de internamiento responden a una mayor peligrosidad, manifestada en la naturaleza peculiarmente grave de los hechos cometidos, caracterizados en los casos más destacados por la violencia, la intimidación o el peligro para las personas”. Como respuesta a esa mayor peligrosidad, el legislador considera necesario asegurar en régimen físicamente restrictivo de su libertad a los menores, de manera temporal y con el fin de que reorienten su comportamiento.

La medida en régimen cerrado, semiabierto o abierto tiene un fin preventivo especial, retributivo y con una orientación reeducativa. Su objetivo es que el menor vuelva al ámbito social con mayores oportunidades educativas y laborales, más habilidades sociales, mayor capacidad de controlar su impulsividad, agresividad y frustración. En este sentido, la medida busca o pretende la adquisición por parte del menor, de recursos de competencia social para permitirle un mejor comportamiento en comunidad.

La medida de internamiento terapéutico tiene por objetivo la intervención de especialistas o facultativos para el tratamiento de deshabitación de los jóvenes adictos a bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o sustancias psicotrópicas y/o presenten anomalías o alteraciones psíquicas.

La LO 5/2000 modificada por LO 8/2006, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, en su artículo séptimo define la medida en régimen cerrado susceptible de ser impuesta a los menores. Consagra dicho artículo la obligación al menor de permanecer en el centro especializado⁸. Es la medida más severa por contener la mayor limitación de derechos.

⁸“El internamiento en régimen cerrado: “las personas sometidas a esta medida residirán en el centro y desarrollarán en el mismo las actividades formativas, educativas, laborales y de ocio”.

Por su parte, el internamiento en régimen semiabierto consagra la obligación por parte de los jóvenes para que residan en el centro especializado, pero pueden realizar fuera del mismo alguna o algunas actividades formativas, educativas, laborales o de ocio. La realización de actividades fuera del centro está condicionada a la evolución del joven y el cumplimiento de objetivos establecidos en el programa individualizado. Y el internamiento en régimen abierto supone que las personas lleven a cabo todas las actividades del proyecto educativo en los servicios normalizados del entorno, residiendo en el centro como domicilio habitual, con sujeción al programa y régimen interno del mismo.

La medida de internamiento en régimen cerrado sólo podrá ser aplicable cuando los hechos estén tipificados como delito grave; en delitos menos graves, en cuya ejecución se haya empleado violencia o intimidación en las personas, o se haya generado grave riesgo para la vida o integridad física de las víctimas; o cuando los hechos tipificados como delito se cometan en grupo o el menor perteneciere o actuare al servicio de una banda, organización o asociación, aunque sea de carácter transitorio.

Según el artículo 7 de la LO 5/2000 de España, aparte de las medidas de internamiento en régimen cerrado atrás mencionadas, se contemplan como otras medidas susceptibles de ser impuestas a los menores:

Tratamiento ambulatorio: las personas habrán de asistir al centro designado con la periodicidad requerida por los facultativos que las atiendan, y seguir las pautas fijadas para el adecuado tratamiento de la anomalía o alteración psíquica, adicción al consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o sustancias psicotrópicas, o alteraciones en la percepción que padezcan.

Asistencia a un centro de día: las personas sometidas a esta medida residirán en su domicilio habitual y acudirán a un centro, plenamente integrado en la comunidad, a realizar actividades de apoyo, educativas, formativas, laborales o de ocio.

Permanencia de fin de semana: las personas permanecerán en su domicilio o en un centro hasta un máximo de treinta y seis horas entre la tarde o noche del viernes y la noche del domingo, a excepción, en su caso, del tiempo que deban dedicar a las tareas socioeducativas asignadas por el Juez, que deban llevarse a cabo fuera del lugar de permanencia.

Libertad vigilada: en esta medida se ha de hacer un seguimiento de la actividad de la persona sometida a la misma y de su asistencia a la escuela, al centro de formación profesional o al lugar de trabajo. La persona sometida a esta medida también queda obligada a cumplir según el caso las reglas de conducta impuestas por el Juez, que podrán ser alguna o algunas de las siguientes:

- Obligación de asistir con regularidad al centro docente correspondiente.
- Obligación de someterse a programas de tipo formativo, cultural, educativo, profesional, laboral, de educación sexual, de educación vial u otros similares.

- Prohibición de acudir a determinados lugares, establecimientos o espectáculos.
- Prohibición de ausentarse del lugar de residencia sin autorización judicial previa.
- Obligación de residir en un lugar determinado.
- Obligación de comparecer personalmente ante el Juzgado de Menores o profesional que se designe, para informar de las actividades realizadas y justificarlas.
- Cualesquiera otras obligaciones que el Juez, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, estime convenientes.

La prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez.

Convivencia con otra persona, familia o grupo educativo: la persona debe convivir, durante el período de tiempo establecido por el Juez, con otra persona, con una familia distinta a la suya o con un grupo educativo.

Prestaciones en beneficio de la comunidad: la persona ha de realizar las actividades no retribuidas que se le indiquen, de interés social o en beneficio de personas en situación de precariedad. Esta medida no puede imponerse sin consentimiento.

Realización de tareas socio-educativas: la persona sometida a esta medida ha de realizar, sin internamiento ni libertad vigilada, actividades específicas de contenido educativo encaminadas a facilitarle el desarrollo de su competencia social.

Amonestación: consiste en la reprensión de la persona, llevada a cabo por el Juez de menores. Es verbal.

Privación del permiso de conducir ciclomotores y vehículos a motor, o del derecho a obtenerlo, o de las licencias administrativas para caza o para uso de cualquier tipo de armas.

Inhabilitación absoluta: produce la privación definitiva de todos los honores, empleos y cargos públicos sobre el que recayere, aunque sean electivos; implica también la incapacidad para obtener los mismos o cualesquiera otros honores, cargos o empleos públicos, y la de ser elegido para cargo público, durante el tiempo de la medida.

Luego del recuento de las medidas previstas en la LO 5/2000, cabe detenernos en la medida de internamiento en régimen cerrado, toda vez que ella ocupa el centro de esta investigación. Así, con respecto a la duración de esta medida, la norma establece unos límites mínimos y máximos, según la edad del menor y la pluralidad de delitos cometidos, como se muestra en el siguiente cuadro, donde se resumen también otras características de la medida:

Tabla 1. Características de la medida en régimen cerrado

Edad	Duración	Extrema Gravedad: Reincidencia	1. Delitos graves, 2. Menos graves con empleo de violencia o intimidación o se haya generado grave riesgo para la vida o integridad física. 3. Delitos cometidos en grupo o se actuare al servicio de una banda.	Delitos de los artículos 138, 139, 179, 180 y 571 a 580 del código penal. Delito con de prisión igual o superior a 15 años	Pluralidad de infracciones. 138, 139, 179, 180 y 571 a 580 del código penal.
14 y 15 años	Hasta tres años		1-3 años	1 a 5 años complementada por otra de hasta tres años.	Tiene una duración máxima de seis años
16 y 17 años	Hasta seis años	De 1 a 6 seis años, complementada con otra medida hasta un máximo de 5 años. Solo se puede modificar transcurrido el primer año.	1 a 6 años de duración solo se podrá modificar, suspender o sustituir la medida, cuando haya transcurrido, la mitad de duración de la medida de internamiento	1 a 8 años complementada por otra de hasta 5 años.	Tiene una duración máxima de 10 años.
Forma de cumplir medida de internamiento: La primera parte de la medida se llevará a cabo en el centro correspondiente y la segunda en régimen de libertad vigilada.					
Criterios para la elección de la medida o medidas: La prueba y valoración jurídica de los hechos, edad, circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés del menor.					

Modificación de la medida: El Juez podrá en cualquier momento dejar sin efecto la medida impuesta, reducir su duración o sustituirla por otra, siempre que la modificación redunde en el interés del menor.

Mayoría de edad: Cuando el menor cumpla su mayoría de edad, y no haya finalizado la medida en régimen cerrado, puede terminar la sanción en establecimiento penitenciario. Cuando alcance los 21 años y no ha terminado de cumplir la medida, pasará establecimiento penitenciario.

Centro de ejecución de las medidas privativas de la libertad: En centros específicos para menores infractores.

Fuente: elaboración propia

Colombia

El sistema de responsabilidad penal para adolescentes se encuentra regulado en el Código de la Infancia y la Adolescencia (ley 1098 de 2000), libro segundo. El artículo 139 define el sistema como: “El conjunto de principios, normas, procedimientos, autoridades judiciales especializados y entes administrativos que rigen o intervienen en la investigación y juzgamiento de delitos cometidos por personas que tengan entre catorce (14) y dieciocho (18) años al momento de cometer el delito”. Su entrada en vigencia derogó el decreto 2737 de 1989 o Código del menor, que consideraba a los menores en situación irregular o como inimputables, era eminentemente asistencial o tutelar, y donde primaba el trámite inquisitivo, toda vez que era el Juez quien cumplía con las funciones de investigar, acusar y fallar.

El nuevo modelo de responsabilidad fue creado con la intención de atender a la demanda internacional sobre el acogimiento e implementación de la CDN proclamada en el año 1989, a fin de asegurar en la judicialización del menor, como responsable de la comisión de una conducta punible, el debido proceso, y evitar la criminalización de la pobreza, las desventajas sociales, la inequidad y la falta de oportunidades.

En Colombia, la implementación de un modelo de juzgamiento juvenil ha conllevado muchas dificultades, pues no ha sido fácil asimilar el cambio de sistema tutelar-asistencial a un sistema de juzgamiento con contenido punitivo disminuido bajo la doctrina de la protección integral. Estas dificultades tienen que ver con la concepción del nuevo modelo, en tanto la intervención frente a los menores infractores es de contenido jurídico y no moral, ni mucho menos de protección para el restablecimiento de sus derechos vulnerados. Sobre esta dificultad escribe BELOF⁹: “Cuando se habla de sistemas de justicia juvenil en América Latina es fundamental tener en cuenta que se habla de sistemas de justicia, que nada tienen que ver ni con el ‘bien’ ni con ‘hacer el bien’. Si la intervención de la justicia penal juvenil genera un bien al adolescente, este es un valor agregado, pero no es su fundamento”. Y añade: “Para superar el modelo tutelar es necesario asumir que estos sistemas de responsabilidad

⁹ Beloff, Mary (2001). “Algunas confusiones en torno a las consecuencias jurídicas de la conducta transgresora de la ley penal en los nuevos sistemas de justicia latinoamericano”. *Justicia y derechos del Niño. Unicef*. pp. 9-37.

son sistemas penales, y como tales, implican un mal que el Estado dirige con la intención de provocar un sufrimiento en la persona que infringió la ley penal. Se trata de un sufrimiento mínimo, proporcionado a las circunstancias de que el destinatario es un adolescente y al delito que haya cometido, pero eso no le hace perder el carácter de restricción coactiva de bienes y derechos, y de reproche”.

El ordenamiento jurídico colombiano de responsabilidad penal para menores contempla siete sanciones penales que van desde la más suave a la más severa, ellas son:

La amonestación: consiste en la recriminación que la autoridad judicial le hace al adolescente sobre las consecuencias del hecho delictivo y la exigencia de la reparación del daño. El joven deberá asistir a un curso educativo sobre respeto a los derechos humanos y convivencia ciudadana que estará a cargo del Instituto de Estudios del Ministerio Público.

La imposición de reglas de conducta: es la imposición por la autoridad judicial al adolescente de obligaciones o prohibiciones para regular su modo de vida, así como promover y asegurar su formación. Esta sanción no podrá exceder los dos años.

La prestación de servicios a la comunidad: es la realización de tareas de interés general que el adolescente debe realizar, en forma gratuita, por un período no superior de 6 meses, durante una jornada máxima de ocho horas semanales, preferentemente los fines de semana y festivos o en días hábiles, pero sin afectar su jornada escolar.

La libertad asistida: es la concesión de la libertad que da la autoridad judicial al adolescente con la condición obligatoria de someterse a la supervisión, la asistencia y la orientación de un programa de atención especializada. Esta medida no podrá durar más de dos años.

La internación en medio semi-cerrado: es la vinculación del adolescente a un programa de atención especializado al cual deberá asistir obligatoriamente durante horario no escolar o en los fines de semana. Esta sanción no podrá ser superior a tres años.

La privación de la libertad en centro de atención especializada: el menor debe permanecer allí, y no se le permite salir por su propia voluntad. Tienen una finalidad protectora, educativa y restaurativa.

Tabla 2. Características de la sanción de privación de libertad en centro de atención especializada

Procedencia de la sanción	Edad	Duración de la sanción
Delitos cuya pena mínima sea o exceda de seis años de prisión.	16-18	1 a 5 años

Delitos de homicidio doloso, secuestro, extorsión en todas sus formas y delitos agravados contra la libertad, integridad y formación sexual.	14-15-16-17	2 a 8 años, sin lugar a beneficios para redimir penas.
Forma de Cumplir la sanción: Parte de la sanción de privación de la libertad podrá ser sustituida por cualquiera de las otras sanciones no privativas de libertad por el tiempo que fije el Juez.		
Criterios para la definición de la sanción: Naturaleza y gravedad del hecho, proporcionalidad e idoneidad de la sanción, las circunstancias y necesidades del adolescente y las necesidades de la sociedad, edad del joven, la aceptación de cargos, incumplimiento de compromisos e incumplimiento de las sanciones.		
Mayoría de edad: Si estando vigente la sanción de privación de la libertad el adolescente cumpliera los dieciocho años de edad continuará cumpliéndola hasta su terminación en el centro especializado.		
Centro de ejecución de la medida privativa de la libertad: Se lleva a cabo en un centro especializado para adolescentes.		

Fuente: elaboración propia

ANÁLISIS SOBRE LOS PRINCIPALES DEBATES LEGISLATIVOS DE LAS REFORMAS A LA LEY ORGÁNICA 7/2000-8/2006 DE RESPONSABILIDAD PENAL DE MENORES EN ESPAÑA, SOBRE LA MEDIDA DE INTERNAMIENTO EN RÉGIMEN CERRADO Y LA INFLUENCIA DE INTERESES POLÍTICOS

Análisis del nivel argumentativo de los diferentes debates tanto en el Congreso de los Diputados como en el Senado, en relación con el trámite de las iniciativas legislativas sobre la LO 7/2000 sobre terrorismo y la LO 8/2006, según información obtenida de los diferentes diarios de sesiones encontradas en la página web del Congreso de los Diputados.

España

De la lectura de las diferentes sesiones del Congreso de los Diputados realizadas los días 16, 24 y 30 de noviembre de 2000, se pueden conocer los argumentos en favor y en contra de los diferentes partidos políticos a la iniciativa legislativa presentada por el Gobierno del proyecto de ley orgánica de modificación de la ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del código penal y de la ley orgánica 5/2000, de 12 de enero de 2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, en relación con los delitos de terrorismo, dentro del expediente 121/000018. Como también de los debates surtidos en el Senado los días 7 y 14 de diciembre de 2000¹⁰.

¹⁰ Información obtenida de la página sitio web del Congreso de los Diputados de España.

El Proyecto de ley fue presentado por el ministro Ángel Acebes Paniagua con el ánimo de reforzar la lucha contra el terrorismo, creando nuevos tipos penales y aumentando las penas, para evitar lagunas que conlleven a la impunidad y puedan los terroristas evadir su responsabilidad penal. Frente a la ley de responsabilidad penal de menores se buscó dotar al Juez de menores de los instrumentos necesarios, para que, valorando el delito cometido, la gravedad del mismo y las circunstancias del menor, pueda aplicar las medidas idóneas para el cumplimiento de los fines previstos en esta norma especial, y evitar que las bandas terroristas utilicen a los menores de edad en hechos graves.

Además, y según lo manifestado por el Ministro de Justicia, la propuesta legislativa tiene como justificación principal de reforma, los numerosos delitos de terrorismo que se cometen por aquellas personas que sin pertenecer a una banda armada, organización o grupo terrorista, comparten sus ideales de subvertir el orden constitucional mediante actos graves que alteran la paz pública y la democracia¹¹, y también como respuesta a la sociedad española quienes mediante movilizaciones claman la terminación de la violencia terrorista: “La sociedad española lleva ya muchos años negando de forma admirable lo que los terroristas no pueden arrancarle por la fuerza, no sólo mediante la confianza en que sus instituciones democráticas han de hacer lo que mejor corresponda en cada momento para perseguir a los criminales, sino participando activamente, con una movilización social persistente, especialmente emocionante en el País Vasco, que les dice a diario clamorosamente a quienes solo saben utilizar las armas que sólo se puede convencer por las ideas y en las urnas”¹².

Entre las reformas presentadas por el Ministro estaba la creación de un nuevo tipo penal sobre la exaltación o justificación del terrorismo, la prohibición de ejercer un cargo público a quien sea condenado por terrorismo, entre seis meses y veinte años, el conocimiento de los hechos de terrorismo realizados por menores por la Audiencia Nacional, el aumento de hasta diez años de la medida de internamiento en régimen cerrado y el no sometimiento de las personas de 18 a 21 años a ley de responsabilidad penal de menores por hechos graves de terrorismo.

Ante la propuesta de reforma presentada por el Gobierno, los diferentes partidos políticos de España, presentaron sus opiniones, advirtiendo que ninguno estuvo en total acuerdo con el proyecto legislativo y los más cercanos a la reforma legislativa dejaron ver su inconformidad, en especial con el aumento en la duración de la medida de internamiento en régimen cerrado, al considerarla excesiva, inútil y contraproducente con los fines educativos y resocializadores de la ley de responsabilidad penal. Y peor aún, con la imposibilidad de acceder a la modificación, sustitución de la medida de internamiento hasta el cumplimiento efectivo de la mitad inicialmente impuesta.

11 Intervención del señor ministro Acebes Paniagua, el día 16 de noviembre de 2000 ante el Congreso de los Diputados “los reiterados ataques, arrojando cócteles molotov a las fachadas de edificios donde viven un concejal, un periodista o un funcionario público, o los incendios de autobuses, vehículos, cajeros automáticos, y otros tantos que a diario conmocionan a los ciudadanos, no merezcan la consideración de delito terrorista por el simple hecho de que no conlleven un riesgo a las personas.”

12 Palabras del Ministro de Justicia, Acebes Paniagua, en el Congreso de los Diputados, el día 16 de noviembre de 2000

Entre los grupos políticos que se opusieron a la reforma legislativa se presentaron varios argumentos en su contra. Se destacó de la reforma su “dudoso”¹³ aspecto Constitucional y de afectación al sistema de garantías”, desconocedora de los tratados internacionales sobre los derechos de los menores, de los Convenios del Consejo de Europa, las directrices y recomendaciones del Consejo de Ministros, del principio de interés superior del menor y el principio de igualdad, pues establece la competencia para conocer de la investigación y juzgamiento por terrorismo a la Audiencia Nacional¹⁴, hasta señalar que la reforma carecía de falta de técnica en su redacción, era arbitraria y subjetiva¹⁵.

La mayoría de parlamentarios que intervinieron en el debate desaprobaron la reforma propuesta por el Ministro de Justicia, haciendo manifestaciones como que era innecesaria, al existir en el ordenamiento jurídico español las leyes suficientes, los mecanismos y recursos para combatir el terrorismo y su impunidad. Que la reforma era desproporcionada en relación con los hechos cometidos, al no exigir daño grave sobre la vida e integridad física de las personas, sino simplemente la existencia de ayuda o colaboración con una banda o grupo terrorista. Y que la reforma no solo es ineficaz, sino también contraproducente para los menores¹⁶, pues iba a facilitar la estigmatización de los jóvenes investigados, al formalizarlos como terroristas.

El señor Aymerich Cano, no solo criticó el proyecto de reforma de la ley de responsabilidad penal de menores, sino que pronosticó en su intervención el día 30 de noviembre de 2000 el fin del interés superior del menor, eje central de la norma, al decir: “Modestamente, permítanme que lo dude. Lo que acaban de hacer es extender a nuevos supuestos lo que, para muchos diputados de esta Cámara, incluso para muchos diputados integrados en los grupos que van a dar apoyo al proyecto, constituye una violación flagrante de los principios inspiradores de la Ley del menor: la claudicación de la reeducación frente a la retribución, la claudicación de la prevención especial frente a la general, en fin, el arrumbamiento del interés superior del menor”.

Mediante el expediente 121/000076 el día 23 de marzo de 2006 el señor Ministro de Justicia Juan Fernando López Aguilar (del partido Socialista), presenta ante el Congreso de Diputados el proyecto de ley orgánica por la que se modifica la ley orgánica de la responsabilidad penal de los menores. Entre las razones aducidas para la reforma están: Dar cumplimiento al compromiso adquirido por el Gobierno del cual hace parte, ante la comunidad de modificar y actualizar la ley penal del menor¹⁷, por mandato de la ley LO 15/2003 al instar al gobierno para revisar y evaluar la ley de responsabilidad penal de

13 El señor Saura Laporta, sección del 16 de noviembre de 2000.

14 Parlamentario Lasagabaster Olazábal, sección del 16 de noviembre de 2016

15 Parlamentario Puigercós I Boixassa, sección del 16 de noviembre de 2000 27 Parlamentario Saura Laporta, sección del 16 de noviembre de 2000

16 Parlamentario Llamazares Trigo, sección del 16 de noviembre de 2000.

17 está cumpliendo, aquí está su cumplimiento, y desde luego se correspondía con una reflexión, con una elaboración que habíamos hecho con carácter previo en la anterior legislatura” (Ministro de Justicia, en la presentación de la reforma de la LO 5/2000, el día 23 de marzo de 2006).

menores, pasados cinco años desde su entrada en vigencia. Por el aumento impactante de la delincuencia juvenil, dando a conocer que para el año 2002 existían 11.000 causas y 22.000 en el año 2004. Por la protección de las víctimas, y, por último, permitirle al Juez de menores ordenar que los jóvenes que se encuentran con medida de internamiento en régimen cerrado en centro especializado, que alcancen su mayoría de edad y no tengan cambios positivos en su comportamiento, ni adherencia a los programas de resocialización y rehabilitación, ordenar su salida del sistema especializado y que pasen a un centro penitenciario.

Sobre la restricción del derecho fundamental de la libertad de los menores se propuso que la medida cautelar pasará de tres meses a seis y sobre la medida de internamiento en régimen cerrado, se propuso ampliar los presupuestos normativos para su procedencia, como la participación de menores en la comisión de delitos en bandas organizadas, aunque el delito no sea de naturaleza violenta, sobre ello dijo el señor Ministro ante el Congreso de los Diputados: “Es una medida que se introduce en esta ley y que, a juicio del Gobierno, es sensata, adecuada y oportuna, porque ayuda a sustraer al menor del ambiente criminógeno que muchas veces -demasiadas- ha condicionado su conducta delincencial o antisocial”.

Entre las sesiones llevadas a cabo los días 23 de marzo, 7 de junio, 22 de junio, el 10 y 18 de octubre y consultadas a través de la página web del Congreso de los Diputados, se puede conocer cada una de las intervenciones de los representantes de los diferentes grupos políticos, en especial el pronunciamiento del señor ministro donde reconoce que dicha reforma fue un compromiso en campaña del Gobierno al cual pertenece.

Entre los diferentes reparos a la reforma legislativa, se hizo alusión a la falta por parte del Ministro, del informe evaluativo sobre la aplicación y el funcionamiento de la ley de responsabilidad penal de menores desde el 13 de enero de 2001, fecha en que entró en vigencia, el abandono de los principios básicos que inspiraron la ley orgánica de responsabilidad penal de menores como el interés superior del menor, su naturaleza sancionadora-educativa del procedimiento y de las medidas, de la excepcionalidad de la privación de la libertad. Situaciones todas estas desconocedoras de los tratados y convenios internacionales protectoras de los derechos humanos de los menores de edad.

Fue cuestionada la reforma presentada por el Gobierno por no contar con datos que acreditaran el aumento de la delincuencia de menores, ni del aumento de impunidad. También se hicieron críticas a la reforma por desconocer el fin educativo y resocializador del sistema penal de menores, al acercarlo cada vez al sistema de adultos, y por no garantizar los logros del sistema respecto de aquellos jóvenes que cumplen la mayoría de edad, al disponer que pueden pasar a centro penitenciario de adultos. Situación puesta de manifiesto por el señor Lasagabaster Olazábal en su intervención el día 23 de marzo de 2006 donde dijo: “Hacen referencia al incremento punitivo, nuevo artículo 10, que tiene relación con el artículo 14 y que lleva a los menores a la cárcel desde los

18 años, excepcionalmente, y desde los 21, ordinariamente. Creemos que esto no ayuda en nada al menor afectado, ni en general a quienes consideran que para qué aplicarse a una reinserción, a una reeducación, si, al final, de manera ordinaria, a los 21 años, van a terminar en una cárcel igual que los adultos.”

En igual sentido lo manifestó la señora García Suárez por el grupo Parlamentario de izquierda Unida-iniciativa per Catalunya, del día 7 de junio de 2006 “el menor podrá ir al centro penitenciario a cumplir una pena de cárcel de hasta 10 años, sin ser imputable con arreglo al Código Penal en el momento de haber cometido el delito. Pero aún en el caso ordinario, deberá pasar del centro de menores a la cárcel a cumplir la pena hasta el final, frustrando toda opción de dar continuidad al proceso educativo y de inserción social, laboral o personal que se haya iniciado”.

También fue motivo de controversia en el trámite legislativo la figura de la acusación particular, donde la víctima u otra persona que tenga interés en el procedimiento puede estar presente de manera activa, y con la obligación de las autoridades de convocarla a todas las diligencias y tenerlas enteradas de las decisiones que se tomen, motivo por el cual consideran algunos parlamentarios que es un retroceso de la ley, toda vez que la norma inicial desde un principio descartó esta posibilidad.

En su artículo sobre la tendencia del legislador español a una política legislativa securitaria¹⁸, García Magna analiza de manera crítica cómo el modelo penal de seguridad ciudadana, parece estar desplazando al modelo garantista del derecho penal juvenil, al considerar que las reformas aprobadas en LO 8/2006 apuntan a ello. Señala cómo la reforma a la LO 8/2006 clausuró definitivamente la posibilidad de aplicar la ley de responsabilidad penal de los menores a los jóvenes entre 18 y 21 años, al haber modificado totalmente el artículo cuarto e introducir derechos a las víctimas y a los perjudicados, como personarse y ser parte, situación no contemplada en la inicial LO 5/2000, al rechazar la ley otras finalidades esenciales del derecho penal diferentes al interés superior del menor.

El hecho de establecer la norma algunos derechos de las víctimas y otros perjudicados, permitiéndoles una participación activa sobre las decisiones que tomen al interior de cada proceso, permite identificar que la tendencia del legislador apunta a un modelo de seguridad ciudadana.

Colombia

En Colombia para el año 2010 fue presentado ante el Congreso de la República el proyecto de ley 164 de 2010 del Senado y 160 de 2010 de la Cámara de Representantes, por medio del cual se pretendió reformar el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de Infancia y adolescencia, las reglas sobre la extinción de dominio y se dictan otras disposiciones en materia de seguridad ciudadana. Fue presentada por el Gobierno Nacional

18 García, Deborah (2018). “Un ejemplo más de política legislativa securitaria; análisis del discurso del legislador español en el ámbito del derecho penal juvenil”. *REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS*, vol 47.

a través de los ministros de Interior y de Justicia y de Defensa Nacional, y la Fiscalía General de la Nación.

Mediante el proyecto de ley 164 de 2010 de Senado, se inició el trámite legislativo de la ley 1453 de 2011, también conocida como ley de seguridad ciudadana, donde no solo fue modificado el código de la infancia y la adolescencia, sino que también se modificaron otros códigos, se crearon nuevos delitos, se aumentaron algunas penas, se agravaron delitos ya existentes en el código penal y se procuró mejorar la redacción de algunas normas.

De manera general esta reforma legislativa tuvo por finalidad enfrentar la nueva criminalidad que se estaba presentando en el país, había reorganización de nuevas estructuras criminales al servicio del delito que habían participado en procesos de dejación de armas, con reclutamiento de menores, y para quienes la ley no les representaba consecuencias muy drásticas. Fueron cuatro los objetivos que pretendía el Gobierno con esta reforma: eliminar la impunidad, luchar contra la criminalidad organizada y el terrorismo; aumentar la efectividad del procedimiento penal, la extinción del dominio y la responsabilidad juvenil; y vincular a la comunidad en la prevención del delito.

En materia de infancia y adolescencia los motivos que llevaron al legislador a plantear las modificaciones, tienen que ver con la impunidad y la falta de mecanismos específicos en la ley 1098 de 2006 que le permitan al menor infractor una reintegración adecuada. Tal y como estaba inicialmente redactado el código de infancia, solo permitía la intervención a los menores infractores hasta que cumplieran los 21 años, existiendo la posibilidad que llegaran a esa edad sin culminar el juicio, o en caso de contar con sentencia sancionatoria el tiempo era muy corto para su resocialización.

El debate legislativo que tuvo el proyecto de ley 164/2010 Senado y 160/ cámara de representantes inició con unas pretensiones demasiado altas, en relación con el aumento de medidas limitativas a los derechos de los menores infractores. Se solicitaba que a partir de los catorce años se les sancionara a los menores con privación de la libertad en centro especializado por delitos cuya pena de prisión sea o exceda de cuatro años. También se solicitó la creación de centros penitenciarios para jóvenes responsables de delitos graves, como terrorismo, genocidios, etc.¹⁹

Además, se debatió que la finalidad del sistema de menores no solo fuera la protección, sino que tuviera contenido sancionatorio. Así lo expresó la senadora Gilma Jiménez Gómez, en el debate del 10 de noviembre de 2010, cuando dijo: “incorporemos el concepto Senador Andrade de sanción penal y no riñe para nada con el acuerdo de Beijing, el acuerdo de Beijing señala que a diferencia de los adultos los menores de edad van a tener unos tratamien-

¹⁹Proposición numero 4 presentada por la senadora Gilma Jiménez Gómez, al proyecto de ley 164 de 2010. “En los casos en que los adolescentes mayores de catorce (14) y menores de dieciocho (18) años sean hallados responsables de delitos de homicidio doloso, secuestro, extorsión en todas sus modalidades, delitos agravados contra la libertad, integridad y formación sexuales y delitos de competencia de los jueces penales del circuito especializado, la privación de la libertad tendrá una duración máxima de siete (7) hasta quince años.

tos de protección, de resocialización nunca reclusión, al lado de mayores de edad, nunca nadie ha propuesto eso, a nadie se le pasa por la cabeza, pero el mismo acuerdo de Beijing habla de la proporcionalidad de la pena de acuerdo con la gravedad del delito”.

Entre los reparos hechos al proyecto de ley 164 de 2010 Senado, se hizo alusión a la falta de los estudios de política criminal que permitieran identificar cuáles delitos son aquellos que logran alterar la paz y tranquilidad ciudadana, y sobre cómo se va a atender el aumento de cupos en las cárceles. Así lo expresaron los senadores Avellanada Tarazona: “no estoy de acuerdo con el aumento de penas básicamente por lo siguiente, aquí no hay ningún estudio de académicos, no hay un estudio de criminólogos, de sociólogos que nos indique que una política de aumento de penas es buena para disuadir a la comisión de delitos”, y García Valencia: “este tipo de proyectos deberían estar precedidos por un verdadero estudio de política criminal, estudio que nos diga cuál es la incidencia de los delitos cuyas penas se van a o se quieren tipificar en la alteración de la convivencia colectiva, de la misma manera un estudio que nos explique cómo va a incidir esto en los problemas que de por sí ya tiene el sistema penitenciario”.

Sobre la discusión planteada para modificar el artículo 140 de la ley 1098 de 2006, para que la finalidad del sistema de responsabilidad penal en Colombia, no solo fuera pedagógica, específica y diferenciada al sistema de adultos, sino que también fuera sancionatoria, la sub-comisión que la estudió no encontró pertinente el artículo propuesto, porque contraviene la idea de que el sistema de responsabilidad penal de menores no busca la sanción sino la atención del menor para garantizar su socialización, y sobre el aumento de la sanción a un máximo de quince no hubo acuerdo, terminando por no incluir en la reforma estas pretensiones (cárcel para delitos graves, sanciones hasta quince años y la finalidad sancionatoria).

BIBLIOGRAFÍA

Beccaria, Cesar (s.f.). “De los Delitos y de las Penas”. Edición 250 años-estudio preliminar y notas de Nódier Agudelo Betancurt. pp. 181.

Beloff, Mary (2001): “Algunas confusiones en torno a las consecuencias jurídicas de la conducta transgresora de la ley penal en los nuevos sistemas de justicia latinoamericano”. *Revista Justicia y derechos del Niño*. núm.3, Unicef. pp. 9-36.

Castellón Giraldo, Yaens Lorena (2012): “La privación de la libertad en el sistema de responsabilidad penal para adolescentes en Colombia”. *Serie Documentos de Investigación en Derecho*. núm. 14. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda. pp.1-147.

Cillero Bruñol, Miguel (1999): “*El interés Superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del niño*”. *Revista Justicia y derechos del Niño*.

Cartilla ley de seguridad ciudadana del Ministerio del Interior y de Justicia de Colombia (2011). num.1, pp.12-13

García Magna, Deborah (2018): “Un ejemplo más de política legislativa securitaria; Análisis del discurso del legislador español en el ámbito de derecho penal juvenil”. *Revista Brasileira de ciencias criminais*, vol. 147, pp. 115-140.

Jiménez Fortea, Francisco Javier (2014): “La evolución histórica del enjuiciamiento de los menores de edad en España”. *Revista Boliviana de Derecho*, núm.18 pp. 160-181.

Perelló, Isabel (1997). “El Principio de Proporcionalidad y la Jurisprudencia Constitucional”. *Jueces para la Democracia*”. núm.28. pp. 69-75.

Pozuelo Pérez, Laura (2013): “Delincuencia juvenil: distorsión mediática y realidad”. *Revista Europea de Derechos fundamentales*, núm. 21, pp. 117-156.

Soto Navarro, Susana (2005): “La influencia de los medios en la percepción social de la delincuencia”. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*. núm.07-09, pp. 09:1-09:46.

LEGISLACIÓN

Colombia:

Ley 1098 de 2006, “por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia”. Promulgada el 8 de noviembre de 2006.

Ley 1453 de 2011, “por medio de la cual se modifica el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de Infancia y Adolescencia, las reglas sobre extinción de dominio, y se dictan otras disposiciones en materia de seguridad”. Promulgada el 24 de junio de 2011.

Gaceta del Congreso de Colombia número 737. “Proyecto de ley número 164 de 2010”, 5 de octubre de 2010.

Gaceta del Congreso de Colombia número 850. Ponencias para primer debate al proyecto de ley 164 de 2010. 2 de noviembre de 2010.

Gaceta del Congreso de Colombia número 1.045. Actas de Comisión. 9 de noviembre de 2010.

Gaceta del Congreso de Colombia número 1.046. Actas de comisión. 10 de noviembre de 2010.

Gaceta del Congreso de Colombia número 975. Ponencias para segundo debate al proyecto de ley 164 de 2010. 25 de noviembre de 2010

Texto conciliado el proyecto de ley número 160 de 2010 en Cámara número 164 de 2010 en Senado.

España:

Ley Orgánica 5/2000, “reguladora de la responsabilidad penal de los menores”. Promulgada el 12 de enero de 2000. Con entrada en vigor el 13 de enero de 2001. Ley Orgánica 7/2000, “modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, en relación con los delitos de terrorismo”. Publicada el 23 de diciembre de 2000 y con entrada en vigor el 13 de enero de 2001.

Ley Orgánica 9/2000, “sobre medidas urgentes para la agilización de la Administración de Justicia, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial”. Publicada el 22 de diciembre de 2000 y con entrada en vigor el 13 de enero de 2001.

Ley Orgánica 15/2003, “por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal”. Publicada el 25 de noviembre de 2003. Con entrada en vigor el 26 de noviembre de 2003.

Ley Orgánica 8/2006, “por la que se modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores”. Publicada el 4 de diciembre de 2006. Con entrada en vigor 5 de febrero de 2007.

Ley Orgánica 8/2012, “de medidas de eficiencia presupuestaria en la Administración de Justicia, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial”. Publicado el 27 de diciembre de 2012. Con entrada en vigor el 28 de diciembre de 2012.

LA DIÁSPORA INESPERADA (Cuento)

Por: Ricardo Vera Pabón
Miembro de Número de la
Academia Antioqueña de Historia
ricardoverapabon@gmail.com

*“Sigo pensando en los motivos que pudo haber tenido Wittgenstein cuando dijo,
palabras más, palabras menos: no se puede guiar al hombre hacia el bien,
sólo se le puede guiar hacia alguna parte”.*

Fernando Cruz Kronfly (*La tierra que atardece. Ensayo sobre la modernidad
y la contemporaneidad*. Ed. Ariel, 1998, página 39)

I

Pocos meses después de pasar la página de la violencia, 1949 a 1958, en Titiribí, un municipio del suroeste antioqueño, todo transcurría con tranquilidad, sin que ningún suceso llamara la atención de sus moradores. Corría el año 1960 y los habitantes gozaban de la providencial tregua que para esta comarca se dio a mediados de 1953, que llevó a muchos campesinos a tener en sus modestas viviendas un altar con rústicos cuadros del Corazón de Jesús, la Virgen del Carmen y del general que gobernó a Colombia hasta el 10 de mayo de 1957, con una vela encendida a cada imagen como expresión de gratitud.

Con un glorioso pasado y en espera de algo inédito, los pobladores identificaban a esa tierra grata como “un pueblo con futuro”, al decir de sus fundadores y donde “se conservó el fuego sagrado del trabajo”, como lo dijo don Manuel “el sabio venerable de cabeza blanca”. Ese poblado seguía a la zaga de otras localidades de la región y del resto de Antioquia, que poco a poco habían iniciado la desbandada de sus grupos familiares hacia Medellín, uno o dos años antes. Tal vez se pensaba que era el inicio de la creación y que más allá de los altos de Otramina, La Candela, El Retiro, Corcovado y Caracol, no corrían los ríos ni crecían los árboles ni se daban otras manifestaciones de vida. Los pocos informados a través de la radio, la televisión o los periódicos, concluían que allí tenían bienes y costumbres que hacían la vida igual o más placentera que en la metrópoli.

En tal aislamiento y monotonía, no se rompía la tradición de las historias, que sería como borrar el pasado, ni había menoscabo del orgullo que marcaba el terruño con su bello parque principal, su circo-teatro Girardot, en homenaje a don Louis Girardot Bressant; su escuela de varones Juan Bautista Montoya y Flórez, en honor a un prestigioso médico e historiador y la casa consistorial donde funcionaba la alcaldía municipal, edificación diseñada por el arquitecto belga Agustín Goovaerts, cuando todavía se hallaba en pleno apogeo la Empresa Minera del Zancudo. Entonces, en ese año 1960 sobrevino un acontecimiento que en principio resultaba insignificante, el cual cambiaría la sensación permanente de que todo quedaba allí, entre montañas sin caminos y sin ruido ni otras contingencias o distracciones de ciudad.

II

Como lo hacía el segundo lunes de cada mes, un comerciante de abarrotes entró a su establecimiento hacia las cuatro y media de la madrugada y varios minutos después, aseguró bien las llaves y candados de una de las tres puertas que tenía el negocio y caminó media cuadra dentro de la plaza principal hacia la flota Tratam, cuya primera escalera lo llevaría a realizar los negocios en las distribuidoras al por mayor de la capital. Cuando tomaba el café, palpó su cuerpo y notó que no llevaba consigo el paquete contentivo del dinero con el que haría los pagos en Medellín. Dio un sorbo al tinto y se devolvió al granero con la precaución de transitar la misma ruta que utilizó minutos antes, miró atento al piso y no obstante su esmero, no encontró el elemento extraviado.

Guardando una esperanza, abrió los cajones del escritorio y al instante recordó que el numerario que tenía seleccionado en varios fajos asegurados con cauchos, los había metido en un sobre parafino. Solitario y ansioso volvió a la casa y comentó a su esposa y a uno de sus hijos mayores lo que acababa de sucederle. Después de la preocupante noticia, éste último salió a indagar discretamente, cuál persona de la zona urbana podría haberse encontrado tan elevada suma de dinero, que en billetes de varias denominaciones sumaban en total sesenta mil pesos. De nada valió el sigilo del iniciado en las lides detectivescas, porque en la misma mañana empezó un comentario general especulativo, como el de algunos indiscretos que decían que con esa plata se podrían comprar dos o tres casas muy buenas en Envigado y en especial, se inició una cacería de brujas para individualizar al fortuito dueño de la suerte.

Los círculos de curiosos hacían sus brujuleos en voz baja y decían que había sido un beodo que amaneció al pie de uno de los bustos del parque y no faltó quién llevara la invención de que la persona afortunada, había sido una mozuela de la zona de tolerancia que apenas recogió el fardo, se devolvió hasta el barrio Marquetalia y solo viajó a Medellín en la escalera de las nueve.

III

Los que no se quedaron en meras conjeturas fueron el descendiente y el mismo damnificado. Al término del día contaban con versiones de testigos indirectos, como el garitero del Café

Pilsen, que desde la oscuridad aparecía como un cocuyo y desde muy temprano estaba limpiando las mesas para los iniciales clientes del bar; del afable sacristán que sabía cuáles personas habían asistido a la misa de las cinco de la mañana y quiénes habían comulgado y, de un apuesto y furtivo amante que iba a visitar a su querida desde las primeras horas del amanecer. Con ese trabajo de campo ya tenían una teoría del caso. Había una señora muy casera y piadosa que todos los días llegaba con 15 minutos de antelación a la primera eucaristía y participaba de la comunión, vivía en la calle del pedrero abajo, frente a la escuela de niños y, por obligación tenía que pasar por el granero de don Heriberto Bolívar. Era la esposa del relojero, una señora delgada y de baja estatura, sobre la que desde un principio recayeron todas las sospechas.

Esta dama siguió su habitual devoción litúrgica, su costumbre de no salir a la calle durante el día y encerrarse desde las seis de la tarde, a media luz o “a punta de vela”, cuando se dañaba la planta eléctrica de Sinifaná, práctica que se vio modificada el día jueves por dos hechos relevantes. Primero, cuando fue a adorar al Santísimo que estaba expuesto y aprovechó para cumplir el sacramento de la confesión, que goza del sigilo sacramental y no puede comunicarse a otros. Las intrigadas señoras del casco urbano murmuraron en el atrio de la iglesia, que cuando le infirió el hallazgo del sobre contenido de los fajos de billetes al bondadoso sacerdote Juan María Gómez Sánchez, éste le advirtió que debía devolver el paquete, siempre y cuando tuviera certeza de quién era su dueño y luego dedujeron las beatas que había sido absuelta, cuando observaron que el confesor le había impartido la bendición. La actora principal de esta crónica salió inalterable, haciendo caso omiso al bisbiseo de sus gratuitas comadres. Y segundo, cuando al finalizar la tarde descendía por la plaza, fue abordada por don Oscar, hijo del perjudicado, quien le indagó sobre el encuentro de la bolsa y pese a que éste fue afable durante el trayecto hacia su residencia, al tiempo que le hacía las preguntas, la prevenida señora respondió con pausadas negativas a cada una de las calculadas interrogaciones.

Al día siguiente, el secretario de la alcaldía la hizo comparecer a su despacho. Este escribano que en todo se metía, menos en cumplir el manual de sus funciones, era un oficial de plantilla que patrullaba con un arma de fuego de la cual se salió apropiando, aunque hacía parte de un expediente como elemento material de prueba, alardeaba de aplicar la ley con dureza para que supieran cuál era el funcionario que estaba al frente de la más importante oficina de la casa consistorial. Había llegado de Venecia, una municipalidad vecina, y era menester pagarle la cuenta de lo ingerido en la cantina, para estar en la cercanía de su amistad.

Ya era viernes de la semana en que la piadosa dama había recogido el paquete. -Vaya al frente de la escuela y le dice a la mujer del relojero que se presente de inmediato en la alcaldía-, ordenó el arrogante secretario al joven citador. Así se hizo y en el término de la distancia llegó la compareciente a la oficina del temido administrador.

-Usted sabe para qué la cité-, fue la cortante pregunta para la tranquila señora, quien de inmediato respondió: -Yo no sé para qué me mandó a llamar-

-No se me haga la de las nuevas doña Celina, que usted sabe el motivo de este requerimiento- inquirió el amanuense del alcalde, pero la réplica no se hizo esperar: -Ni idea don Miguel, usted es el que sabe-

Vanas resultaron las preguntas siguientes del farragoso interrogatorio formuladas por el instructor, pues la cautelosa ama de casa se cerró a la banda y con certeras respuestas y negaciones, fue desmoronando el cuestionario, incluso en el momento más crucial, cuando el primario investigador la conminó, so pena de ir a la cárcel, a que retornara al comerciante el dinero que había extraviado y que ella había encontrado en la vía a su rutinaria devoción.

Sin sospecha y muy dueña de sí misma, se encaminó con paso lento y seguro hacia el templo parroquial. En su dominada tribulación permaneció por largo rato, salió de la iglesia con el corazón liberado, pasó el atrio y bajó las escalas, cruzó el parque Nito Restrepo y en un minuto llegó tranquila a su casa. Eran las once y media de la mañana, cuando de costumbre los muchachos salían de la escuela y su único hijo y yo empezábamos a jugar canicas al frente de su casa, a quien por lo regular le ganaba algunas bolas de cristal, ya fuera “al pipo y cuarta” o al arroyuelo, cuando no estábamos chutando sin descanso un balón que no era del todo redondo, por lo deforme que lo hacía parecer el pitongo.

IV

No vi a doña Celina en los días que pasaron, hasta el sábado subsiguiente, a las nueve y media de la mañana, cuando mi amiguito Camilo me entró a su casa. En el pequeño corredor de la vivienda había varias cajas de cartón empacadas, dos camas desarmadas y amarradas con cabuya, lo mismo que las tablas y los dos colchones que ya estaban enrollados. Mi inquietud era saber para cuál casa del perímetro urbano iría el pequeño menaje. No pregunté y la inteligente mujer nos envió a los dos niños a botar algunos papeles a la cabecera del barrio Guanteros, pero nos advirtió que no los fuéramos a arrojar al vertedero de la quebrada del Medio. En el camino de ida y en reserva, Camilo Botero, que así se llamaba mi amigo, me confesó que ese día se iban a vivir a Medellín.

Regresamos a su casa y me guardé la noticia, que era una aflictiva forma de despedida entre dos niños que no sabían de adioses con sabores a no volverse a ver en la vida. La señora me regaló una cajita de madera de fina elaboración, para que guardara mis lápices y colores, con el consejo de no llevarla a la escuela porque se me podía perder y me mandó a almorzar a mi casa. En menos de la hora estaba de regreso. El relojero, un señor de contextura delgada y de gafas, le dijo a su esposa que el alcalde le había dado el permiso de trasteo. Ya tenía sus elementos guardados y la mesita de trabajo estaba protegida por colchas y algunos cartones doblados, para sortear los amarres y vaivenes del viaje.

A la una de la tarde llegó de Medellín un carro tres y medio de modelo viejo y de color desgastado, que pasó inadvertido en el cruce por la calle larga y la plaza. Entre el conductor, el acompañante y el jefe del hogar, empezaron a subir los enseres, cuyo mueble más pesado era un escaparate mediano, pues para ese tiempo los hogares pobres no tenían nevera, la-

vadora, tocadiscos y menos televisor, que eran electrodomésticos exclusivos de las familias más pudientes. Mi compañerito y yo sacamos las matas y los paquetes más livianos. A las dos de la tarde arrancó el camioncito con la mudanza. Atrás y encima de una parte del equipaje iban el ayudante y Camilo, adelante el chofer, en la mitad el señor Botero y a la derecha su esposa. Antes de partir, me dijo: -Niño, siga así tan juicioso- y me dio su bendición.

Por la época en que se dio la pérdida del dinero de don Heriberto y el inmediato encuentro del mismo a escasos veinte o treinta metros del templo parroquial, concretamente cerca de la esquina suroccidental del parque-plaza municipal, también en inmediaciones del atrio, pero esta vez al otro extremo, en el costado suroriental, un hombre dedicado en el lugar a herrar bestias, recogió un sobre color crema que contenía seiscientos pesos, que se le había caído a una dama de apellido Granados cuando bajaba de la Caja de Ahorros. Aquí y ahora, con las luces y sombras de esta clase de episodios, es difícil sacar en claro si los rumores que en ambos casos circularon, correspondan a la realidad. Allí y entonces, se dijo que Jesús Rodas, a quien se conocía con el sobrenombre de “Jijue”, al igual que la señora del relojero, sabía a quién se le había caído esa buena suma y quizá con la intención de devolverla, acudió al padre Juan María Gómez en busca de orientación. En los corrillos del atrio también se habló de contrarias respuestas morales del ministro religioso, derivadas de la insolvencia de la señora Granados y de la comodidad económica del señor Bolívar. Otra diferencia que se resaltó de estos hechos por la opinión pública y no obstante que la confesión de los hombres era cara a cara, fue que al momento de conocer el veredicto del confesor, Rodas se hizo el sordo y repetía: -No se oye nada mi padre, no se oye nada mi padre-. Esta vez la absolución quedó condicionada a la devolución del dinero, lo que nunca se hizo, pues “de buenas intenciones está empedrado el infierno”.

En aquel poblado siguieron los rumores sobre la persona que había encontrado el paquete del comerciante y las especulaciones aumentaron cuando los murmuradores empezaron a decir que ese traslado tan intempestivo a la capital del departamento, era la prueba reina de que esta dama era quien había hallado el numerario.

V

Tras la partida de los Botero, como una epifanía, los habitantes de Titiribí empezaron a reflexionar sobre su situación socio-económica y a pensar en la posibilidad de seguir los pasos de la familia del relojero, pues lo peor había pasado y en esa aventura no tendrían nada que perder. Fue así como al final de la semana siguiente al acarreo, empezaron a desfilar hacia Itagüí las familias Marín, Medina, Miranda, Montes y Muñoz. Una semana después, casi todos con escasos enseres, hacia Envigado y Medellín salieron los Estrada y nueve hogares más, entre ellos los Betancur-Taborda, los Escobar-Mejía, los Ochoa-Bernal, los Upegui-Madrival y los Uribe-Restrepo. En ese período, unos tres meses, emigraron varios grupos, quizá animados por los coterráneos que prontamente encontraron trabajo en las textileras de la antípoda Bello, lugar de llegada de quienes procedían del norte antioqueño.

Las costumbres de los nuevos residentes del Valle de Aburrá cambiaron diametralmente para bien de ellos, sus parientes y el país. Así como estas familias de los pueblos tuvieron que acomodarse a las formas de vida citadina, la ciudad también se preparó en la formación y capacitación de estos conjuntos humanos. En las factorías se daban unas condiciones laborales lejanas a la explotación que vivieron las mujeres en tiempos de la dirigente sindical Betsabé Espinal en Bello o las vividas en la época de la primera revolución industrial en Inglaterra, recreadas en forma magistral por Charles Dickens en *Tiempos difíciles* y otras obras.

En verdad, ya el movimiento obrero no era poderoso ni la economía del país pasaba por su mejor época; sin embargo, las productoras de telas, químicos, vidrios, metalmecánicos, alimentos y muchos bienes más, tenían al frente a moderados empresarios formados en la ciencia, el humanismo y el espíritu emprendedor. En un ambiente favorable, los hijos de los trabajadores de Fabricato, Coltejer, Pintuco, Peldar, Simesa, Nacional de Chocolates, por mencionar algunos, pudieron estudiar y destacarse como médicos, ingenieros, abogados, arquitectos, economistas y en otras profesiones, pues una relativa prosperidad económica de la ciudad permitió que tuvieran unas mejores condiciones de vida. El salto social que se dio a estas alturas de la segunda mitad del siglo XX, permitió superar la continuidad de un pueblo de peones y el surgimiento de la clase media, convirtiéndose cada familia en puente natural entre pasado y futuro y, los titiribiseños que habían migrado en un caminar que conducía a muchas partes, se sintieron satisfechos con la decisión tomada en conexión o como efecto del hallazgo de la señora esposa de Botero, de quien nadie se enteró con certeza qué rumbo tomó al lado de los suyos. Y de Titiribí se sabe que, sin olvidar el camino al campo, llegaron gentes de Salgar, Ciudad Bolívar y poblaciones cercanas, a plantar nuevos árboles y a construir su propio destino.

Los sueños de la vida nos encaminan por distintas rutas y quehaceres humanos. Siempre pensé que en algún lugar insospechado encontraría a Camilo. Averigüé en algunos documentos oficiales, pregunté sin señales de curiosidad a los paisanos de la época y, ninguna evidencia obtuve que me acercara a esta familia que apenas tres años antes se había residenciado en el área urbana. Tenía un santo y seña definido para descubrir a mi amigo de infancia en caso de encontrarme una persona de sus características morfológicas y cromáticas, pues le hubiera dicho que mi tierra natal se distinguía por ser cuna de la copla y que los muchachos de entonces repetían un estribillo que decía: “Camilo Botero, le falta la cola pa’ ser caballero” y a renglón seguido, le diría que la cola era la del smoking que algunos hombres utilizaban para casarse. Inicialmente se recogió la información de que estuvieron viviendo por algún tiempo en la capital paisa y algunos miembros de la colonia tuvieron fugaces encuentros con el señor Botero, cerca del palacio nacional en el centro de la ciudad. En los años posteriores se llegó a la presunción de que se habían mudado a otro departamento, sin que nadie pudiera precisar en cuál región del país invirtieron el capital, que por un golpe de suerte llegó a manos de una devota hija de parroquia.

Respecto a su madre, era una posibilidad remota llegar a ella y si los avatares del destino nos hubieran conectado con la protagonista de este relato, no iba a haber pregunta ni comen-

tario alguno. Ella tendría la misma serenidad que exhibió frente al inquisidor secretario, reforzada por un enigma de 60 años. Sí, después de tanto tiempo de ocurrencia de los hechos, seguimos con las mismas cualidades y defectos. Un secreto de 60.000 pesos de la época, derivado de un afortunado hallazgo, no se descubre sino por un buen cronista en búsqueda del verdadero dorado y no se revela sino hasta la cuarta generación.

Ricardo Vera Pabón

Poeta, ensayista y abogado. Se graduó en Derecho y Ciencias Políticas en la Universidad Autónoma Latinoamericana (1977). Especialista en Derecho Penal y Criminalística de la Universidad de Medellín (1999). Exfiscal Seccional Delegado. Miembro del Colegio de Jueces y Fiscales de Antioquia. Miembro de Número de los Centros de Historia de Bello, Envigado, El Santuario y Santa Rosa de Osos. Miembro de Número de la Academia Antioqueña de Historia, donde actualmente es secretario general. Por su gestión cultural y académica, ha recibido varias condecoraciones y reconocimientos.

Autor de las obras: *La tierra me dijo bienvenido* (poemas), *Parroquia de Titiribí. Doscientos años de evangelización y progreso* (investigación), *Titiribí: cuna de la copla. Literatura y folclor* (investigación), *Música y músicos de Bello* (ensayo), *Don Quijote de la Mancha: La sabiduría perdurable* (ensayo), *El corazón del Juez humaniza la Justicia* (ensayo), *Las seis estaciones de la lírica* (ensayos). Algunos de sus poemas han sido publicados en *Antología de poetas inmortales de Antioquia* y *Antología de poemas a Cristo*. Ha publicado artículos, semblanzas de personajes, ensayos y poemas en más de cien periódicos y revistas especializadas. Dice doña Lucila González de Chaves, la Maestra del Idioma, que “su vocación es el derecho, su obsesión la historia y su pasión la poesía”.

PARA-SUBORDINACIÓN Y DESLABORALIZACIÓN: ¿UN NUEVO MODELO JURÍDICO DEL DERECHO DEL TRABAJO? UNA PROPUESTA DESDE EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

Por: José Domingo Ramírez Gómez*

Dos reflexiones iniciales.

El saber o conocer sobre un tema determinado debe tener un impacto en nuestras vidas personales. Y en nuestro quehacer colectivo. El conocimiento no debe ser la simple erudición, mecánica e irreflexiva, o información actualizada sobre algo, sin que toque una forma de transformación en nuestras vidas. El saber debe tener una dimensión libertaria y transformadora en cada uno de nosotros, tanto en nuestra dimensión subjetiva como colectiva.

Cada uno de nosotros debe preguntarse ¿Por qué hago lo que hago? ¿Para qué lo hago? ¿Cuál es la posibilidad de vida que he elegido y que he podido construir? ¿Cómo puedo crear otras posibilidades en mi Vida? ¿Cómo me relaciono con los demás? ¿Con mi comunidad? ¿Con mi familia? ¿Conmigo mismo? La cualidad que hace al ser humano, tal es la posibilidad de elegir una forma de actuar, dentro de unos márgenes vivenciales o de vida que, no sin esfuerzo, a veces podemos trascender.

Y la otra reflexión. La pandemia de la Covid-19 que este año (2020) ha venido padeciendo el mundo y nuestro país, nos está mostrando, en toda su crudeza, la exclusión social, la inequidad económica y la falta de capacidades reales de construir una mejor vida en cada uno de nosotros, pues socialmente no nos hemos propuesto crear capital humano y capital social. A lo sumo nuestro Estado ha ayudado a paliar, a morigerar o a mitigar los efectos de la adversidad, dentro de ellas, la pandemia.

Sea esta la oportunidad para, como Sociedad, poner nuestro enfoque en la superación estructural de las condiciones de exclusión, inequidad y estado de necesidad permanente en que las fuerzas económicas y políticas que dominan el país, y las que han dominado a través de nuestra historia, nos han mantenido. Es decir, ya basta de actividades desarticuladas de mitigación social, pero sí a los procesos articulados de superación de la exclusión, la inequidad y a la construcción de comunidades empoderadas de su presente y su futuro.

* Juez tercero laboral del circuito de Medellín. Docente universitario.

El Estado social de Derecho: Una aproximación conceptual.

El Estado social de Derecho es la expresión suprema de la solidaridad institucionalizada por oposición a la caridad individualizada o al asistencialismo eventual del Estado (propio del Estado de derecho). Se entendió que la solidaridad institucionalizada es necesaria, tanto para cubrir las contingencias a lo largo del ciclo vital de las personas como para concretar el concepto abstracto de libertad promulgado en la revolución francesa.

En el cuadro que a continuación se presenta, se realiza un contraste entre el Estado de derecho y el Estado social de derecho, el cual muestran las más importantes diferencias entre estas dos formas político-jurídicas y las cuales tienen profundas consecuencias en la garantía relativas al derecho del trabajo.

Estado de Derecho	Estado social de derecho
1) Individualismo	Solidaridad. Artículo 1 C.P.
2) Las Instituciones son el fin	La persona es el fin. ¿Para qué existe el Estado colombiano? Art. 2 C.P.
3) Justicia formal y legal	Justicia distributiva y material. Arts. 13 y 228 C.P.
4) Propiedad privada	Función social de la propiedad. Art. 58 C.P.
5) Democracia representativa	Democracia participativa. Art. 40 C.P.
6) Concentración de la propiedad	Acceso progresivo a la propiedad. Arts. 60 y 64 C.P.
7) Inversión extranjera depredadora y especulativa.	Empresarismo social y ambientalmente responsable. Arts. 78 y 333 C.P.
8) Solo la ley formal es la fuente del derecho	Las normas constitucionales son prevalentes en el sistema jurídico. Art. 4 C.P.
9) Necesidad de reglamentación legal para vigencia de los DD.FF.	Inviolabilidad de los Derechos fundamentales. Arts. 5 y 93 C.P.
10) Decisiones son unilaterales por la administración pública.	Participación de todos en las decisiones que nos afectan. Derecho social fundamental a la consulta en los temas decisivos y cercanos a nuestra comunidad. Art. 2 C.P.

¿Por qué decimos que la nuestra es la Constitución del derecho fundamental al trabajo?

Antes que nada, sobre el trabajo, razonó de la siguiente manera la Asamblea Nacional Constituyente en 1991:

“El trabajo es toda actividad humana libre, consciente y noble, necesaria para la vida y generadora de capital y de instrumento de labores. Es bien del hombre y de la humanidad. De ahí su valor humano. Está superado el concepto de que el trabajo es una mercancía sometida

a las leyes del mercado sin consideración a la persona que los presta. El nuevo concepto de la actividad laboral se aparta de la simple valoración material de ella, elevándola al rango de un derecho consustanciado con la vida y la esencia del ser humano, Por eso llega a la incorporación del trabajo en los nuevos textos constitucionales con alta significación de los valores inmanentes que deben reconocerse y respetarse. El trabajo exige respeto para la dignidad de quien lo presta, o sea, el hombre. Este es un ser con fines propios que cumplir por sí mismos, no es ni debe ser un simple medio para fines ajenos a los suyos”¹

En consonancia con este pensamiento, el preámbulo de nuestra Constitución señala que el pueblo de Colombia emite esta Constitución con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y para asegurar a sus integrantes el trabajo, dentro de un marco democrático y participativo. Además dentro los valores de justicia, igualdad, entre otros.

Así también, el artículo primero de nuestra Constitución declara que Colombia es un Estado social de derecho fundamentado en la dignidad humana, en el trabajo y en la solidaridad de las personas que la integran.

Obsérvese, entonces, que la dignidad humana, el trabajo y la solidaridad son los principios constitucionales en los cuales se manifiesta, se desdobra o se concreta el Estado social de derecho.

El artículo 25 C.P. indica que el trabajo debe ser digno y este es así cuando el trabajo reúne las siguientes características: 1) Cuando respeta a cada persona como un fin en sí mismo; 2) Cuando es participativo: De allí la amplitud del artículo 39 de la Constitución en ordenar el respeto al derecho de asociación sindical y el artículo 55 constitucional sobre negociación colectiva; 3) Cuando el trabajo no es alienante; el trabajo, aunque sea por cuenta ajena, debe procurar el desarrollo del potencial humano de cada persona; 4) Cuando es creativo: No mecánico, inflexible o rígido; y, 5) Cuando el trabajo es desarrollado en condiciones plenamente saludables.

El trabajo deber ser justo y lo es cuando realiza el valor y el principio constitucional de la justicia. En el Estado social de derecho la justicia se realiza, en lo económico con la justicia distributiva y en lo político-jurídico con la justicia material (no la meramente formal o legal propia, esa sí, del Estado de derecho). El trabajo justo, que es el que el Estado debe garantizar, significa que éste no debe proteger:

1) El trabajo parasitario, el cual es aquél que absorbe riqueza sin aportar valor al circuito económico. Es muy estudiado el caso del sector financiero. 2) El trabajo que abusa del estado de necesidad de las personas (la mayoría del trabajo se moviliza actualmente a través de la tercerización, el trabajador como recurso o como mercancía); 3) Está proscrito el trabajo que crea situaciones ficticias como la especulación y el acaparamiento para encarecer los bienes de consumo básico (caso de comercialización de alimentos o la cartelización de empresas cuasi-monopólicas); 4) La mera actividad rentística de la propiedad, no se puede

¹ Dialéctica del sujeto, dialéctica de la Constitución. De Cabo Martín, Carlos. Editorial Trotta S.A. Madrid. 2010.

exclusivamente vivir de la renta (analícese el caso de la concentración de la propiedad urbana y rural en nuestro país).

Y, como poniéndole el moño a esta construcción jurídica, el artículo 53 de la Carta superior contempla expresamente los siguientes derechos fundamentales, en favor de los trabajadores: 1) Igualdad de oportunidades para los trabajadores; 2) Remuneración mínima vital y móvil proporcional a la cantidad y calidad del trabajo; 3) Estabilidad en el empleo; 4) Irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales, 5) Facultades para transigir sobre derechos inciertos y discutibles; 6) Situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del Derecho; 7) Primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; 8) Garantía a la seguridad social; 9) Garantía a la capacitación y el adiestramiento necesario; 10) Garantía del descanso necesario; 11) Protección especial a la mujer y a la maternidad; 12) Protección al trabajador menor de edad; 13) Pago oportuno y reajuste de las pensiones legales; 14) Eficacia de los derechos de los trabajadores, es decir, ni la ley ni los contratos ni los convenios y acuerdos de trabajo pueden menoscabar los derechos de aquéllos (los trabajadores).

También, el artículo 95 de nuestra Carta Magna contiene el catálogo de los deberes de las personas. Allí se enuncian las siguientes obligaciones: numeral 1º, de la C.P., dice que no se debe abusar del propio derecho, infortunadamente tan violentado en el derecho del trabajo. El numeral 2º: enuncia la solidaridad social como principio jurídico fundante del Estado colombiano y el numeral 4º indica que es obligación de todos defender y difundir los derechos humanos (el trabajo como uno de ellos, es decir, como derecho humano, artículo 23 de la DUDH).

El artículo 215, inciso final, de la C.P, reza así: “El gobierno no podrá desmejorar los derechos sociales de los trabajadores mediante los decretos contemplados en este artículo”.

Interpretando esta última norma dijo la Corte Constitucional:

“En nuestra Carta Política no se permite desmejorar, mediante los decretos legislativos dictados con fundamento en el estado de emergencia económica, social y ecológica, los derechos sociales que tal Estatuto confiere a los trabajadores, algunos de los cuales se encuentran consagrados en el Capítulo 2o. del Título II, v.gr.: el derecho de huelga, el de negociación colectiva, etc.”
Sentencia C-252-10.

La imposibilidad de desmejorar los derechos sociales de los trabajadores es precedente judicial constitucional, dicha *ratio decidendi* o sub-regla de decisión constitucional hace parte de la Constitución que actualmente nos rige.

En la sentencia C-645-11, la Corte Constitucional declaró lo siguiente:

“..., así, lo que protege la Carta no es el trabajo como concepto abstracto, sino al trabajador y su dignidad”.

Es por todo lo anterior por lo que la jurisprudencia constitucional consolidada tiene establecidos conceptos como el de “derecho social fundamental al mínimo vital”: Para atender la congrua subsistencia de Todos y Todas dentro de los conceptos de solidaridad y dignidad humana. El de estabilidad laboral reforzada y el principio constitucional, ya indicado que nos señala que el “trabajador persona natural” es sujeto de especial protección constitucional.

La omisión legislativa por no expedición del nuevo estatuto del trabajo

La omisión legislativa se manifiesta cuando el Congreso de la República no cumple con una orden constitucional o cuando no se discute y aprueba, adquirida la obligación en el ámbito internacional, una norma perteneciente al derecho internacional de los derechos humanos.

En materia del Derecho del Trabajo el Congreso de la República no ha obedecido la orden dada por el constituyente primario de discutir, aprobar y promulgar el nuevo estatuto del trabajo. A pesar de esto último, al ser la Constitución la norma que debe imperar (artículo 4 ibidem), los jueces y magistrados deben aplicar las normas constitucionales en esta materia.

El concepto de subordinación.

Según el Código sustantivo del trabajo (C.S.T.) se presenta relación laboral, por lo tanto, relación protegida jurídicamente, cuando una persona natural realiza actividades o tareas en beneficio de otra persona (natural o jurídica) a cambio de un pago periódico pero cuando tal relación se presenta de manera subordinada.

Efectivamente, el numeral primero del artículo 22 de la codificación enunciada reza de la siguiente manera:

“Contrato de trabajo es aquél por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración”.

La subordinación se convierte así en el concepto central de la relación de trabajo, relación ésta protegida por el tradicional derecho laboral. Más adelante observaremos que este concepto no está armonizado con las actuales circunstancias socio-económicas y con la nueva principialística constitucional.

La subordinación, un concepto que se debe re-significar en la era de la economía de servicios y en la economía digital.

El derecho del trabajo, tal como lo entiende la judicatura y la doctrina, sigue entrampado en el concepto tradicional de subordinación. Pero la Constitución nuestra, que es la Constitución del trabajo, no menciona la subordinación, como parte del derecho del trabajo, por parte alguna. Entonces, ¿Por qué no podemos trascender este concepto (el de subordinación)?

La subordinación, como elemento central del contrato de trabajo, se aplicó correctamente en el contrato típico laboral que predominó hasta la década de los setentas del siglo pasado. El Contrato típico laboral hoy en día es excepcional: A término indefinido, en el establecimiento del empleador y cuarenta y ocho horas a la semana.

En conclusión, en las tres Altas Cortes se ha reiterado la necesidad de acreditar necesariamente los tres elementos propios de una relación de trabajo, **como son la prestación personal del servicio, la remuneración y, en especial, la subordinación y dependencia del trabajador respecto del empleador** para declarar la ineficacia o la nulidad del contrato de prestación de servicios en la ejecución de labores misionales permanentes.

A pesar de ello, de manera implícita o soslayada, se admite que, al ser el contrato de prestación de servicios de vocación temporal, una labor permanente y propia del giro de actividades de la entidad, no puede ser prestada a través de aquel contrato.

Clasificación para la protección expansiva constitucional del derecho del trabajo.

De acuerdo con el sentido protector, garantista y realizador del derecho fundamental del trabajo, base de nuestro Estado social de derecho, debe construirse una nueva clasificación del trabajo y del trabajador. En este sentido, la subordinación laboral es un concepto que se debe re-significar en la actual era de la economía de servicios y de la economía digital.

Es por lo anterior por lo que, para concretar la protección constitucional al trabajo y a los trabajadores, debe re-clasificarse en tres categorías o clases al trabajador – persona natural:

- 1) Trabajador subordinado: Es el trabajador-persona natural que recibe instrucciones directas del empleador. Corresponde al contrato de trabajo típico: a término indefinido, ocho (8) horas diarias, en la sede o local del empleador y con instrucciones de éste o de su representante. Este tipo de relación de trabajo es, actualmente, de carácter excepcional.
- 2) Trabajador auto-gestionario por cuenta ajena o trabajador para-subordinado: Es el trabajador que presta sus servicios personalmente, a cambio de una remuneración y en favor de un tercero pero recibe las instrucciones en un contrato civil, comercial, o por un interventor del contrato, o un tercero intermediario, o cualquier otra figura jurídica que soslaya la instrucción directa del beneficiario del trabajo. Por eso se denomina a esta modalidad de trabajo “para-subordinación” o trabajador para-subordinado.

Entonces, el trabajador asalariado, que es el protegido constitucionalmente, es el que presta sus servicios de manera personal a otra (natural, jurídica o de derecho público), sea de carácter subordinado o para-subordinado. Y en este último caso, su remuneración es la única posibilidad de subsistencia propia y de su familia.

3) Trabajador auto-gestionario por cuenta propia (informales, micro y fami-empresarios): El trabajador autogestionario por cuenta propia es aquél que realiza una tarea, actividad o proceso por cuenta propia, a su propia iniciativa y bajo su propio riesgo, siendo dicho trabajador el exclusivo beneficiado o perjudicado con el resultado de su gestión. En este caso específico no se presenta subordinación ni para-subordinación para establecer relación de trabajo. El trabajador autogestionario por cuenta propia también debe ser protegido como lo ordena la Constitución, pues todas las formas de trabajos tienen orden constitucional de protección. Pero esta protección se hace por la Sociedad y por el Estado (el Estado es la Sociedad jurídicamente organizada). Y se protege, no por la existencia de una relación de trabajo y en relación con su contra-parte, sino por otra institución propia del Estado social de derecho, el “sistema de protección social”, sistema que incluye las garantías, la solidaridad y la universalidad del sistema de seguridad social.

A pesar de todo, todavía en los tiempos que corren el Estado social de derecho es más teórico que real y es verdad, especialmente en el derecho del trabajo, la sentencia fatal de un pensador del siglo XIX, que dijo:

“Las leyes son como las telas de araña a través de las cuales pasan las moscas grandes y quedan atrapadas las pequeñas” Honorato de Balzac.

La concreción del Estado social de derecho, y la protección especial al trabajador, es una ardua tarea. La lucha por el derecho es permanente y continúa como nos lo enseñara el gran maestro alemán Rudolph Von Ihering.

Diferencias entre el trabajador subordinado y el trabajador autogestionario por cuenta ajena (trabajador para-subordinado):

Para visualizar de mejor manera las diferencias estructurales en trabajador subordinado y trabajador para-subordinado, examinemos el siguiente cuadro:

Trabajador subordinado	Trabajador autogestionario por cuenta ajena (para-subordinado)
Propio de la economía industrial	Propio de la economía de servicios y de la economía digital
El trabajador recibe órdenes directas del empleador, o de su representante	El trabajador recibe instrucciones en un contrato civil, comercial, o por un interventor, o un tercero intermediario, o cualquier otra figura jurídica que soslaya la instrucción directa. Por eso se denomina “para-subordinación”.
Relación bilateral empleador – trabajador	Relación tri o multilateral. Caso de la tercerización. Caso de la economía digital: operador plataforma, usuario- consumidor y trabajador autogestionario por cuenta ajena.

Por medio del contrato de trabajo, verbal o escrito (art. 22 del código sustantivo del trabajo).	Por medio de la relación de trabajo, la cual puede ser expresa, tácita o presunta (valores, principios y derechos constitucionales).
En el establecimiento de propiedad o usufructuado por el empleador	En cualquier lugar, ya sea físico, o virtual, o público. Concepto de “deslocalización” del trabajo.
Persona natural que presta servicios a otra, bajo continuada subordinación (recibiendo instrucciones directas del empleador) a cambio de una remuneración.	Persona natural que solo tiene para subsistir la venta de su fuerza de trabajo y que realiza tareas, actividades o funciones por cuenta ajena, a cambio de una remuneración, y que es “para-subordinado”.
Concepto restringido de la solidaridad laboral, por la relación principalmente bilateral.	Concepto amplio de la solidaridad laboral, por la relación principalmente tri o multilateral.
Regulado legalmente	Regulado constitucionalmente
Horario fijo	Sin horario fijo. Eufemísticamente se le denomina “flexibilidad laboral”.

¿Por qué hasta ahora ha estado tan desprotegido judicialmente el trabajador autogestionario por cuenta ajena?

Porque la doctrina y la judicatura, como lo vimos antes, están entrampadas en el concepto de subordinación como el concepto central y definitorio de la relación de trabajo. Y ello producido por la definición de contrato de trabajo que trae el desueto y pre-constitucional Código sustantivo del trabajo.

En la práctica, se ha desobedecido la orden constitucional (contemplada en el artículo 25 superior) de proteger todas las formas de trabajo; entiéndase, toda clase de trabajadores. Con mayor razón, a los trabajadores-persona natural que solo tienen para subsistir la venta de su fuerza de trabajo, bajo condiciones de para-subordinación. Es por lo anterior por lo que la protección laboral de la relación de trabajo debe incluir el trabajo para-subordinado cuando es realizado por una persona natural, dependiente de su salario.

Si se continúa protegiendo, en sus derechos fundamentales constitucionales, al trabajador que exclusivamente demuestre una relación de trabajo subordinada, en la realidad se protege a una ínfima población trabajadora, pues, por las circunstancias históricas de sobre-oferta laboral, de desarrollo tecnológico y de formas de trabajo actuales, el 55% de los colombianos son trabajadores autogestionarios por cuenta propia, el 35% son trabajadores autogestionarios por cuenta ajena (trabajadores para-subordinados) y solo una pequeña parte de los trabajadores tienen relación de trabajo subordinada o de carácter formal.

Semejanzas entre el trabajador autogestionario por cuenta ajena (trabajador para-subordinado) y el trabajador subordinado.

Ambos realizan el trabajo (tarea, actividad, función o proceso) personalmente, se podría decir que es “intuitio personae”. Es a cambio de una remuneración, es decir, recibiendo una contraprestación económica. Y por encargo de otra persona, natural o jurídica. Ambos reciben instrucciones o mandatos, solo que en caso del trabajador autogestionario por cuenta ajena éste recibe instrucciones en un contrato civil, comercial, o por un interventor, o un tercero intermediario, o cualquier otra figura jurídica que soslaya la instrucción directa.

Es por lo anterior por lo que el trabajador-persona natural, para-subordinado y dependiente de su remuneración para subsistir, es también un trabajador asalariado, y como tal debe ser protegido por la Sociedad y por el Estado, así como lo ordena la Constitución política.

Diferencias del trabajador autogestionario por cuenta ajena del trabajador autogestionario por cuenta propia.

El trabajador autogestionario por cuenta propia es aquél que realiza una tarea, actividad o proceso por cuenta propia, a su propia iniciativa y bajo su propio riesgo, siendo dicho trabajador el exclusivo beneficiado o perjudicado con el resultado de su gestión. En este caso específico no se presenta subordinación laboral ni para-subordinación para establecer relación de trabajo.

El trabajador autogestionario por cuenta propia también debe ser protegido, pues todas las formas de trabajos tienen orden constitucional de protección. Pero se hace por la Sociedad y por el Estado (el Estado es la Sociedad jurídicamente organizada). Y se protege, no por la existencia de una relación de trabajo y en relación con su contra-parte, sino por otra institución propia del Estado social de derecho, la cual se denomina “sistema de protección social”, sistema este último que incluye las garantías, la solidaridad y la universalidad del sistema de seguridad social.

El trabajador protegido constitucionalmente es el trabajador asalariado y el trabajador asalariado es el que presta sus servicios personalmente a otra persona (natural, jurídica o de derecho público), sea de carácter subordinado o para-subordinado. Y en este último caso, su remuneración es la única posibilidad de subsistencia propia y de su familia.

La administración de justicia, protectora del trabajo y del Estado social de derecho.

Cuando se restablezca la plena normalidad judicial después de esta pandemia del Covi-19, los Despachos judiciales nos veremos avocados a estudiar y decidir un amplísimo conjunto de temas relativos al derecho humano del trabajo, violentados con las medidas gubernamentales en los decretos de emergencia. Por ello, se hace necesario realizar una corta disquisición sobre el papel del Juez en el Estado Social de Derecho.

Antes que nada, el Juez no puede ser mero replicador de las sentencias de las Altas Cortes. A los magistrados de las Altas Cortes todo el respeto y todo el reconocimiento por su dedicación al estudio del Derecho pero no la reverencia irracional cuando no aplican y no dan preferencia a los principios y normas jurídicas del Estado social de derecho. Si el Juez de instancia no estudia las particularidades del caso puesto a su conocimiento y estudio, antes que nada bajo la óptica protectora de la Constitución, y solo se dedica a hurgar la solución más parecida dada por las Altas Cortes en casos similares, sin adaptarlas y profundizar en los elementos jurídico-constitucionales, renuncia a construir un Derecho viviente y dinámico, renuncia a aplicar un derecho materialmente justo y digno, y lo que es peor, las más de las veces sigue plasmando y concretando un Estado de derecho que se pretendió superado por nuestro Estado social de derecho.

Después de dos cruentas guerras mundiales, provocadas por los intereses territoriales de países que, como se indicó antes, habían consolidado sistemas políticos que ahogaban la libertad individual, se enuncia y se argumenta una nueva función del Derecho: Ser constructor de inclusión social, equidad económica y libertad real y efectiva para participar en la vida económica y política de la Sociedad por Todos.

En el Estado social de derecho el Juez debe ser proactivo, asertivo y propositivo, es decir, es un agente público que promueve, integra y ordena ejecutar, por las instituciones formalmente organizadas, las acciones y políticas públicas necesarias para que la igualdad sea real y efectiva, para que la propiedad cumpla su función social y para que la libertad sea, en verdad, un conjunto de capacidades desarrolladas en las personas para que se adquiera la posibilidad efectiva de discernimiento, análisis y crítica, tanto por el acceso a la educación como por la obtención de los bienes básicos primarios que aseguren la dignidad humana.

A este respecto, la democracia no es el poder de la mayoría sobre la minoría sino un conjunto de instituciones que se respetan por todos para no re-caer en totalitarismos populistas ya padecidos por la humanidad. También sobre este punto entiéndase que el Estado social de derecho es la conciliación del capital y el trabajo sobre la base central de la dignidad humana. También que el E.S.D. es la aplicación del principio de realización de los Derechos humanos (además de los principios de respeto y garantía de ellos), principio éste, que junto a los de indivisibilidad en interdependencia de los Derechos Humanos, llevan a entender que éstos son los derechos sociales (especialmente el derecho humano del trabajo y de la seguridad social, pues de estos dependen los otros).

DEPORTE, SOCIEDAD Y CIVILIZACIÓN*

Carlos Mario González Restrepo**

Para Lucas, mi amigo de once años, con quien compartí la insondable tristeza del asesinato de Andrés Escobar, a cuya memoria, él y yo, dedicamos estas líneas.

I

Ambivalente, por decir lo menos, es la posición de la sociedad actual frente al deporte. Por una parte, lo prohija, lo promueve, le brinda el estatuto de fenómeno de masas con una capacidad de planetarización como a ninguno otro. Es evidente el peso que tiene el deporte, ya sea en calidad de practicante o de espectador, para la gran mayoría de la humanidad en los tiempos que corren. Pero de otra parte esta misma sociedad, en la escala de valores con que mide lo importante, lo considera secundario, ligero y sin trascendencia. De un lado, con relieve especial, se ponen el trabajo, la inteligencia y la seriedad, mientras de otro, como expresiones no fundamentales, aparecen el ocio, el cuerpo y el placer. Esta partición, que reproduce a su manera la ya secularmente arraigada en nuestra cultura entre espíritu y materia, da cuenta de la oposición entre inteligencia y deporte que se expresa en las sociedades del presente y que cobra forma en el deportista inculto y tosco (puro cuerpo) y en el intelectual debilucho y enclenque (puro espíritu), además que señala una de las causas del sensible alejamiento y arrogancia con que el mundo académico excluye al deporte del ámbito de sus preocupaciones y reflexiones.

No obstante, esta actitud de la sociedad en general cuando relega en sus valores a un lugar secundario al deporte, y de los intelectuales en particular cuando lo menosprecian como objeto no digno de su atención, no es otra cosa que un prejuicio anclado en el desconocimiento de la naturaleza sublimatoria y de la función social civilizatoria de hondo calado que él desempeña. No menos que la inteligencia y el trabajo, el deporte hoy por hoy, es un instrumento fundamental de civilización, siendo común para los tres las dificultades que suscita el quedar atrapados en las mallas de la frenética lógica de la mercancía y la ganancia que impone el capitalismo.

Pero de momento cabe resaltar al deporte como un instrumento civilizatorio que despliega sus positivos efectos a nivel de participantes y espectadores y en dimensiones como la na-

* Artículo de la Revista Berbiquí No. 4. págs. 44-53.1995SISIX

**Miembro de la Fundación Entrelíneas y profesor de la Universidad Nacional de Colombia

cional y la mundial. Y, para decir lo esencial de su papel en el proceso civilizador, el deporte es ante todo un invento que permite ejercer la agresividad propia del ser humano coartando, sin embargo, su expresión destructiva: la violencia. Para poder afirmar esto y asignarle al deporte un papel que va más allá de ser una mera e inocua diversión, que lo hace garante mismo de la preservación de la sociedad y mecanismo de satisfacción del individuo en lo más profundo de sí, se hace necesario caracterizar al ser humano en su íntima relación con la agresividad.

El ser humano, todo ser humano, sin excepción de ninguno, está dotado de una cuota de agresividad que siempre está presto a realizar sobre la naturaleza, sobre su prójimo o sobre sí mismo. Lejos de lo que piensan los humanistas que lo presentan como un ser pacífico y bueno por principio, para quien la violencia -así llegue él a ser su agente- sería algo exterior y ajeno a su naturaleza, el sujeto humano está habitado por un impulso al daño y a la agresividad que requiere de fuerzas y medios, interiores y exteriores a él, capaces de inhibir ese empuje a lo peor, esa pulsión a la destrucción que lo embarga. Más aún: la inclinación agresiva no sólo está presente en todos los hombres -incluso, y sobre todo, en quienes gustan de creerse y presentarse como paradigmas del bien y emblemas de la moral-, sino que ella constituye un rasgo indestructible de la condición humana y el obstáculo mayor que debe sortear la cultura. En esta característica omnipresente e indestructible de la dimensión violenta que nos habita, radica buena parte del malestar humano, malestar que no es circunstancial, sino fundamental. Pero, así sea de paso, es conveniente cerrar la puerta a un equívoco: la agresividad humana no es del mismo orden que la agresividad de los animales, pues en nosotros el origen, los medios y la forma de materialización de ella no son tributarios ni de instintos ni de genes, es decir, no obedecen a un esquema de comportamiento heredado ni a un patrón universal. No es en el reino animal en el que se explica la agresividad del hombre, sino en el del lenguaje, esto es, es nuestra condición de seres del lenguaje la que da cuenta de la especificidad de nuestra agresividad, que si bien está presente en todos hace, no obstante, una articulación particular para cada sujeto -lo que explica que no sea la misma la relación con la agresividad de Andrés Escobar que la de su asesino- y, cosa importantísima, que por las mismas vías de lo simbólico la agresividad humana pueda hallar salidas distintas a la destrucción, siendo esta la suprema tarea de la cultura y una de cuyas ejecuciones es, precisamente el deporte.

La palabra cultura (que para efecto de lo que quiero expresar en estos renglones es sinónimo de civilización) puede significar, a secas, todos los recursos materiales y espirituales de que se puede dotar una sociedad en un momento histórico y que están puestos al servicio de la magna misión de defender, preservar y profundizar la vida como experiencia individual, social, de especie y planetaria. De ahí que el problema mayor que tiene que resolver todo proceso civilizatorio es el de la indestructible inclinación que tienen los seres humanos a ejercer la violencia sobre la naturaleza, sobre sus semejantes y sobre sí mismos. A partir de esta disposición a la hostilidad, la colectividad social, amenazada de disolución, define una contradicción fundamental con el sujeto como tal, pues su meta cultural es poner un límite a la violencia con la que ese sujeto goza. Una manera de poner límite a la violencia indivi-

dual es delegando el ejercicio de ésta, de manera exclusiva, en un ente representativo de la comunidad, el Estado, lo que constituye un paso cultural decisivo. Una segunda manera, la que representa la conquista cultural por excelencia, es la que consigue situar en el interior del propio sujeto, sin necesidad de ninguna vigilancia ni sanción exterior, la prohibición tajante a ejercer la violencia por su propia cuenta. El Estado como monopolizador exterior de la violencia según una ley jurídica y un orden de derecho, y la prohibición interiorizada bajo la forma de una ley moral a la que se somete el sujeto, constituyen las dos herramientas claves en el proceso de civilización, valga decir, del proceso por el cual una sociedad busca concretar las condiciones óptimas posibles para la vida.

Pero la tarea cultural no puede limitarse a la construcción de estos mecanismos de eliminación de la violencia individual y arbitraria, pues la imposibilidad de destruir ese empuje a lo peor, en condiciones en las cuales a su vez le está vedada toda satisfacción del mismo, resultaría no sólo en la desdicha del individuo, sino en un inevitable estallido de violencia por acumulación de insatisfacción que terminaría desbordando los límites que la misma cultura había erigido, con lo cual su obra sería vana. En pocas palabras, dada su condición de indestructible, es decir, de estructural en el sujeto humano, el éxito en la limitación de la agresividad no puede estar en la represión de la misma, sino en su elaboración, esto es, en su sublimación, que no es otra cosa que la utilización de la fuerza del empuje coartando el fin original -la destrucción- y ofreciéndole otros fines sustitutivos. Esta utilización modificada del empuje agresivo es la compensación que la cultura le depara al sujeto por la represión que le impone a los fines originales y es posible precisamente por el orden simbólico que regula la agresividad humana, lo que, decía al principio, la diferencia sustancialmente de la agresividad animal atrapada irrecusablemente en el imperativo imaginario que la naturaleza le transmite. Por eso un tigre mientras está hambriento matará a su presa según un monótono y universal -para su especie- patrón de conducta, mientras el ser humano podrá desplazar su agresividad a la configuración, por ejemplo, de un partido de fútbol. Ese es el carácter simbólico de nuestra agresividad y su diferencia fundamental con la agresividad animal: por eso un hombre puede jugar un partido con su oponente, pero nunca se ha visto un tigre jugando a nada con su presa. Y por aquí vamos delineando el papel civilizador del deporte, más allá de quienes piensan que los galones de la tarea cultural sólo le pueden ser impuestos al arte, la ciencia y la filosofía...

II

Un proceso distintivo que han seguido las sociedades occidentales con el paso del tiempo, ha sido la disminución del nivel de violencia abiertamente expresado. Se ha conseguido un progresivo grado de seguridad mayor y en ello ha jugado un importante papel el afinamiento de los mecanismos de autocontrol y autorrestricción individual. Este proceso civilizador caracterizado por un refinamiento de los modales y normas sociales, por una morigeración de las conductas agresivas y eróticas y por una mayor sobriedad en la expresión de los sentimientos, ha cobrado forma principalmente a partir del siglo XVI y ha acompañado al proceso de formación en Europa de los Estados nacionales como monopolizadores del

ejercicio de la fuerza, a la complejización social de las sociedades, a la democratización entre los grupos y a los controles que a través de la ciencia y la técnica se despliegan sobre la naturaleza. Para no mencionar sino un solo aspecto, el de la expresividad de la conducta, en la Edad Media los ruidos, los gritos, los gestos exaltados y los movimientos bruscos eran mucho más frecuentes que en las sociedades que la siguieron y que se fueron caracterizando por un mayor refinamiento en las costumbres, esto es, porque su grado de restricción se acentuó, produciendo con ello menos espontaneidad y más inhibiciones en la expresión de los sentimientos y conductas. Este proceso, consecuentemente, ha conducido a la formación de una psicología colectiva en Occidente, mucho más sensible a la manifestación de expresiones violentas y crueles. No quiero con esto decir que conductas violentas, más aún: terriblemente violentas, no hayan seguido aconteciendo, sino que el umbral de la resistencia sensible a ellas es mucho más elevado y por eso, para poner un ejemplo, los genocidios -que siguen realizándose- encuentran hoy un rechazo moral casi unánime que no existía en Grecia y Roma, donde pese a su elevado desarrollo artístico y filosófico, el exterminio de poblaciones enteras enemigas, era considerado normal y su realización común.

El proceso civilizatorio que acomete Occidente desde finales de la Edad Media conduce a limitar cada vez más el ejercicio de la violencia, sobre todo como voluntad personal del individuo, pero, no siendo suficiente para ello el mero ejercicio de la represión a la agresividad, fue menester hallar formas que permitieran una expresión de ésta, simultáneamente satisfactoria para el individuo y tolerable para la sociedad. La creciente tarea civilizadora consistía en encontrar configuraciones que, en materia del ejercicio de la agresividad, dispensaran el equilibrio necesario entre las demandas individuales y las exigencias de la comunidad. Es ahí donde se sitúa la aparición del deporte, por lo menos en su acepción moderna, y en donde radica el éxito que estaba llamado a tener en las sociedades de la modernidad: él ofrecía la configuración apropiada para satisfacer la doble y contradictoria demanda proveniente del sujeto y de la colectividad en términos de agresividad, es decir, el deporte emergía como un poderoso invento -no de alguien en particular, sino del proceso social en su conjunto- que permitía poner en operación el caudal de agresividad, eliminándole su fin originario: la violencia, esto es, el deporte se ofrecía como un magnífico mecanismo de sublimación y con ello entraba a jugar un papel capital en el proceso de civilización en el que se empeñaba Occidente.

Efectivamente, el deporte permitía configurar una rivalidad en la cual el uso de la fuerza corporal y de la habilidad se efectuaba de manera no violenta, enmarcado en un sistema de reglas obligatorias que velaban por la reducción del daño físico al mínimo. El goce que deparaba esta puesta en escena de la agresividad sin destrucción (lo que, por otro lado y como beneficio secundario eximía al sujeto de cualquier remordimiento) no sólo estaba al alcance del practicante del deporte, sino también del espectador con tal que en éste se pongan en marcha los necesarios mecanismos psíquicos de la identificación.

Por eso es impropio remontar, sin más, los orígenes del deporte moderno a los antiguos juegos griegos romanos o medievales, pues el deporte moderno en tanto expresión del

proceso civilizador acentuado en los últimos cinco siglos, participa del mayor grado de sensibilidad a la violencia física, es decir, de la repugnancia que hoy suscita el hecho de que un ser humano inflija daño físico a otro, lo que no se puede reconocer en el caso de los luchadores griegos, de los gladiadores romanos, de la lucha entre personas y animales que también se realizaba en Roma o del juego medieval de la quema de gatos. El deporte moderno se caracteriza esencialmente por la reglamentación estricta, acogida por los participantes y supervisada por instancias especiales, que apunta a minimizar el daño físico de los participantes, lo que no sucedía en los juegos griegos, sin duda menos civilizados que los modernos deportes, como lo ejemplifica el caso de la lucha antigua en la cual no era infrecuente que un participante quedara lesionado gravemente, incapacitado de por vida o muriera. Incluso, escuetamente se puede decir que mientras el deporte moderno suple a la guerra, las competencias griegas y romanas eran ante todo un ejercicio para ella. Otro tanto se puede afirmar del juego de pelota medieval que sólo por una ligereza de apreciación se puede considerar ancestro del fútbol moderno, pues antes que un deporte era un ritual que periódicamente se realizaba para facilitar la eclosión de la violencia entre las poblaciones vecinas. Pero lo que en la Edad Media sucedía con el juego de pelota acontecía con todos los demás juegos, al punto de poder afirmar que lo único que los distinguía era el “útil” del juego, pues en todo lo demás se asemejaba su práctica. Las características comunes de estos juegos medievales los mostraban como una lucha entre grupos distintos, con una acogida casi nula de reglas fijas, con un desenfreno y un alto nivel de violencia tolerada de la cual se extraía un franco disfrute. Exactamente lo contrario, la renuncia a la violencia y a su disfrute, es lo que caracterizará al deporte moderno acorde con un proceso civilizador que apunta a la pacificación de las diversas relaciones entre los hombres.

III

Para poder situar qué es lo específico del deporte moderno hay que evitar las semejanzas superficiales y atender más bien a las configuraciones determinantes. Valga un ejemplo: “aunque los hombres del siglo XII y los del XIX acostumbraban jugar con una pelota, no por esto se debe creer que jugaban a lo mismo. Dicho de otra manera: no hay fútbol porque haya una pelota, hay fútbol porque hay unas reglas precisas, acatadas y supervisadas, que definen y delimitan la rivalidad de un juego extirpando la violencia de su acontecer. Por eso, aunque había juego de pelota en el siglo XII, no había fútbol, y sí lo hay en el siglo XIX cuando un juego de pelota queda expresamente reglamentado, reglamentación que no estará reñida con las modificaciones históricas y que darán como resultado dos formas distintas al cabo de unos pocos años: el soccer y el rugby.

Decir deporte moderno es decir una rivalidad física entre contendientes que son considerados iguales frente a un código de normas que los regulan, que despliegan su rivalidad ante una autoridad vigilante y según la lógica de una tensión de fuerzas y habilidades que debe excluir los daños físicos. El deporte suscita y contiene, al tiempo, la agresión, por eso es un mecanismo, de tensión controlada y organizada que produce como desenlace no la destrucción, sino la liberación catártica de la tensión acrecentada. Además de los contendientes y

de los agentes de control, el deporte, en ocasiones, también opera una tramitación simbólica de la agresividad para los espectadores, aspecto éste de indudable importancia en las sociedades complejas, urbanas y multitudinarias de la actualidad. Precisamente, uno de los efectos de la condición reglamentaria del deporte es que ha permitido que muchos de ellos alcancen un consenso en torno a sus reglas de funcionamiento que ensanchó su ámbito de lo local a lo regional y a lo nacional hasta alcanzar un dominio universal.

Sin duda la universalización de algunos deportes significa que son mecanismos eficaces para transar la contradicción sujeto-cultura en lo referido a la agresividad. Coartado el empuje hostil en su fin original -la destrucción- por el imperio de reglas y autoridades que así lo estipulan, la lógica de la rivalidad se encauza, para su mayor éxito, a un acrecentamiento tenso de la emoción que facilite, tras un tiempo prudente de placer-sufrimiento en la espera, alcanzar un punto de clímax que permita la resolución catártica. Pero es claro que el goce que depara el evento deportivo no depende sólo del desenlace final, sino que él se difumina a lo largo de todo el tiempo de su realización, siempre y cuando la emoción y la tensión se hayan podido sostener, razón por la cual muchos han comparado el cotejo deportivo intensamente disputado con esa forma superior del goce humano que es el acto sexual. Que la clave radica en el tenso equilibrio de la emoción lo prueba el hecho de que una victoria abultada y fácil por la notoria superioridad de uno de los contendientes más bien se puede aproximar al aburrimiento, mientras que una no resolución de la tensión, por ejemplo, por una serie de empates recurrentes, conduce a un inevitable estado de insatisfacción. La cuota de placer y satisfacción que depara el evento deportivo depende, en consecuencia, de la resolución de la tensión acrecentada y controlada que se ha operado a lo largo del tiempo. Lo importante, culturalmente hablando, es que la liberación catártica es resultado de una intensidad que se ha alcanzado a través de un recurso mimético: la confrontación deportiva imita la acción de una batalla, pero alcanzando que no haya daño físico del oponente, que nadie resulte muerto y que no queden secuelas de culpa por el triunfo, además de que permita afirmar la identidad propia frente al rival sin que tenga que implicar la destrucción de éste.

En esto consiste la gran invención cultural que es el deporte moderno: en que somete a un registro simbólico la indestructible agresividad humana, permitiendo de ello la extracción de un placer afirmador de la vida.

IV

La historia del deporte hace parte de los fenómenos sociales de larga duración que no han obedecido a una planeación consciente ni de su aparición ni de su desarrollo. Es un proceso social, autónomo y sin voluntad rectora, pero no por ello azaroso -en el sentido de inexplicable- y carente de eficacia, al contrario, la aparición del deporte y su desarrollo encuentran sentido en el rumbo global de la sociedad occidental y en particular en el proceso de civilización puesto en marcha a partir del siglo XVI, especialmente en Inglaterra, como lo formulan Norbert Elias y Eric Dunning (*Deporte y ocio en el proceso de la civilización*, Fondo de Cultura Económica, Méjico, 1992), de quienes tomo las referencias históricas

aquí expuestas y con quienes comparto la tesis del deporte como instrumento de civilización. Pero decir que la del deporte es una historia de larga duración ¿permite afirmar, por ejemplo, que los Juegos Olímpicos de la Antigua Grecia constituyen un precedente del deporte moderno? ¿Es válido decir que así como pasó en la literatura y la filosofía clásicas, el deporte del siglo XIX fue otra forma de renacimiento griego? Ya he dicho que una apreciación así se queda en las semejanzas de superficie (disputa física, útil de competencia) y deja de lado lo esencial que más bien marca una insalvable diferencia entre los juegos antiguos y el deporte moderno: que los primeros obedecen a la costumbre, con laxitud individual en la aplicación de ésta, y permiten un elevado grado de violencia, mientras que el segundo se rige por reglas razonadas, escritas, revisables y detalladas y, lo que es decisivo, somete la violencia a control.

Otro tanto se puede decir de la pretensión de hallar en el medioevo el origen del fútbol actual. Es verdad que en el siglo XIV se habla de fútbol, pero la utilización de la misma palabra no prueba que el juego medieval tenga afinidad con el deporte que se popularizó en el siglo XIX. Un indicio de esta diferencia es el hecho de que el llamado fútbol medieval era objeto de reiteradas prohibiciones por parte de los gobernantes, al punto que en Inglaterra entre 1314 y 1615 se contabilizan 23 edictos reales prohibiendo su práctica. ¿La razón? lo salvaje que era y lo propiciador de desórdenes públicos. En la Edad Media las comunidades aldeanas incluían en sus formas de solidaridad la agresividad y la violencia contra otras comunidades. Jugar a la pelota, como en general cualquier otra forma de competencia, no era sino una manera de concertar una pelea entre poblaciones vecinas. A partir del siglo XVI, como proceso global de la sociedad occidental, comienza a darse una reglamentación más estricta de las conductas y los sentimientos individuales (maneras de mesa, formas de conversar, gesticular, moverse, etc.) y esto se acompaña de una sensibilidad creciente en lo que se refiere a la violencia en los juegos, que lentamente van configurando códigos y reglas más definidas. Ya hacia el siglo XVIII en Inglaterra el proceso de civilización encauzado a la pacificación de la sociedad da lugar, de un lado, al régimen parlamentario bicameral, que es una forma de enfrentar la diferencia no con la violencia sino con la persuasión y la retórica y de constituir un mecanismo de sucesión, credibilidad y no venganza entre los contendientes por el poder, y de otro lado a deportes, esto es, a competencias reglamentadas de manera clara y prohibitivas de la violencia extrema y desnuda, tales como la caza, las carreras de caballos, el boxeo y los juegos de pelota, que denotaban ya un cambio de sensibilidad respecto a la violencia de los seres humanos.

Ahora, reconocer el papel civilizador que ha desempeñado el deporte en Occidente, muy particularmente en los dos últimos siglos, no equivale a desconocer las dificultades y obstáculos con los que tropieza en la actualidad para seguir cumpliendo esta función, la cual, si no completamente obturada sí se halla seriamente afectada a partir del momento en que el capitalismo, con su propiedad de Rey Midas que todo lo que toca lo vuelve oro, comenzó a someterlo de manera creciente a la implacable lógica de la acumulación y la ganancia y a las rivalidades mortíferas que ésta desata. El deporte, de instrumento pacificador ha co-

menzado a derivar en lugar de escenificación y promoción de una violencia social que él ya no logra atrapar en su malla simbólica. Entonces, protagonistas, autoridades y espectadores entran a ser sujetos u objetos de una violencia que ya no consigue elaborarse en los términos que el deporte delinea y más bien éste empieza a fungir como pretexto acuciador de la misma.

Un cambio de innegable repercusión en el funcionamiento del deporte es el que nuestro siglo le ha impuesto cuando, en buena medida, lo ha desplazado de su condición de juego y lo ha sometido a las leyes de la ganancia, esto es, lo ha constituido en espectáculo mercantil y en negocio de especialistas profesionales. Asunto entonces de disciplina, eficiencia, tecnología científica, planeación, mercadeo y explotación, el deporte ve por lo menos seriamente menoscabado su papel civilizatorio cuando, de ser una diversión espontáneamente realizada por la gente, pasa a ser blanco de manejos en función de la ganancia, incorporándole así toda la agresividad calculada que esta trae consigo.

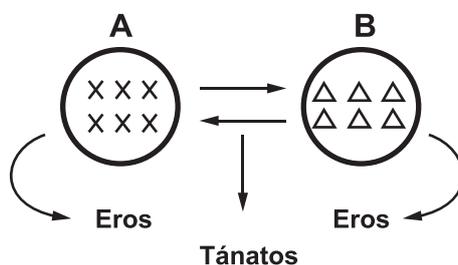
V

Pero volvamos al asunto que más me importa resaltar ahora, incluso, y sobre todo, porque es el gran valor del deporte que corresponde defender frente a la acechanza del poder contemporáneo: me refiero a la utilidad civilizadora que ha sabido deparar el deporte.

Los escenarios deportivos constituyen dominios simbólicos para la escenificación de las pulsiones, conductas y sentimientos que son reprimidos en la vida “seria”. Son lugares en los cuales se opera un descontrol controlado de la agresividad y esto, de por sí, no es poco beneficio para los intereses de la cultura. No obstante, hay algo más: una confrontación deportiva en su transcurso normal nos ofrece, en miniatura, lo que sería un proceso social casi ideal, por lo menos en lo que concierne con la tramitación de la diferencia, las rivalidades y la agresividad. Dicho en palabras simples: si una sociedad se desarrollara como, por ejemplo, un partido de fútbol, se conseguiría un estado ideal de las relaciones éticas entre los seres humanos. En la configuración de un encuentro de balompié entran en juego jatiéndose: entran “en juego”!, los elementos fundamentales del suceder humano y social: el empuje erótico, el empuje agresivo, la ley, la identidad, la rivalidad, la ilusión, el placer, el sufrimiento, la estructura, la historia, etc. Por eso, la puesta en escena y la tramitación que el partido hace de estos elementos puede servir en cierta manera de espejo ideal del funcionamiento de una sociedad democrática y civilizada. Examinemos brevemente esto.

Un partido de fútbol sitúa dos identidades, por ende, dos diferentes, que se confrontan ante un tercero, la ley, representada por un agente con potestad de juzgar y sancionar, el árbitro, el cual es acatado así sea protestado. Los dos contrarios son interdependientes, valga decir las acciones, logros, méritos o pérdidas de cada uno se dan en función del otro y requieren imprescindiblemente de su existencia y participación. Los diferentes que rivalizan lo hacen bajo una condición imperativa: preservar al oponente, pues cualquier posibilidad de obtener un goce depende de él -y en cuanto mejor el rival más placer, pues la calidad del contrinicante relleva de manera más notoria los méritos propios- ya que no se juega solo ni se juega

con los de uno: se juega -y sólo se puede gozar- con un rival, esto, es, con un diferente con el cual está en lucha la identidad propia. Un partido de fútbol es una estructura dinámica que requiere a los dos lados para poder existir y que va construyendo una “historia” por la acción de los rivales que tejen el decurso del evento, en lo bueno y en lo malo que se logre hacer como efecto de su incidencia mutua. La “historia” que va delineando el partido no está prevista -ni es posible- por nadie, y en este sentido es azarosa, pero de todas maneras es un decurso impredecible que depende de la calidad de los antagonistas y de la altura e intensidad de su rivalización y, sobre todo, es un azar que se va tejiendo por la participación de los dos en el marco de una ley que los trasciende y a la cual se someten. Así las cosas, un partido es el modelo de una relación tensa y conflictiva, pero al mismo tiempo respetuosa y preservativa de la existencia y libertad de los rivales. Es, como se ha dicho ya, una batalla que moviliza los componentes de la guerra, Eros y Tánatos, pero una batalla sin armas ni muerte y que preserva la integridad física y vital de los contendientes sea cual fuere el marcador, dejando abierta la posibilidad de una nueva confrontación con resultado incierto. Como en la guerra, el modelo básico de un partido está constituido por dos unidades cerradas cada una en si misma por fuertes lazos eróticos e interactuando con envíos tanáticos sobre la unidad rival:



Pero, a diferencia de la guerra, que busca la eliminación definitiva del otro como antagonista, al finalizar el partido de fútbol los rivales pueden intercambiar camisetas y saludos -aunque dolor y alegría no estén igualmente distribuidos- o, en el peor de los casos, quedan habilitados y prestos para una futura confrontación en la cual el resultado bien puede dar la vuelta. Sí, el modelo de la guerra es el modelo de un partido de fútbol, pero con la salvedad, ¡tamaño salvedad!, de que la flecha tanática de doble y contraria dirección ha sido coartada en su fin original de violencia y destrucción. Eso se llama sublimación y eso hace el deporte: por eso es un valioso factor de civilización, dígame: de pacificación productiva de las relaciones entre los seres humanos, esas criaturas que nunca ceden en la agresividad, razón por la cual la cultura debe inventar formas que no solo la sofoquen, sino que la elaboren.

Y aún un par de enseñanzas que nos depara para la vida social ese modelo de agresividad sometida a lo simbólico que es un partido de fútbol. La primera: los rivales en su cotejación se hacen aprendices mutuos, es decir, el trámite del antagonismo deja lecciones de las cuales se apropian los contendientes y que, independientemente del triunfo o la derrota, los hace potencialmente mejores para la próxima confrontación. La segunda: el deporte, con su vaivén de triunfo y derrota, forja un invaluable aprendizaje: el de saber tolerar la angustia del fracaso sin hundirse en la venganza y el resentimiento.

En fin, queda dicho: el deporte no sólo ha sido un invaluable factor de civilización, sino que él también nos ofrece en pequeña escala el modelo de una resolución de la diferencia y rivalidad humanas en términos de respeto y tolerancia con el otro con el cual jugamos “el partido de la vida”, aspiración suprema de toda ética que quiera sacar la vida social del imperio de la barbarie, logro del que infortunadamente seguimos estando lejanos los colombianos, como al igual que en tantos otros casos, nos lo recordó dolorosamente el asesinato de Andrés Escobar, porque la violencia que mató a Andrés, este, jugando, la eliminaba en la cancha, pero quiso el triste destino de nuestro pobre país que, una noche, el que jugaba con la violencia para desactivarla, se encontrara con uno que no sabía jugar con ella y entonces, nuestro país otra vez, a causa de la canalla, dejó de ser civilización y volvió a ser horda.

UBUNTU¹

“Por una Justicia Judicial Buena”

Jose Alejandro Gómez Orozco*

Un antropólogo les propuso un juego a niños de una tribu africana. Puso una canasta llena de frutas cerca de un árbol y les dijo a los niños que cualquiera que llegara primero ganaba las frutas dulces. Cuando les decía que corrieran, todos se tomaban las manos, y corrieron juntos, luego se sentaron juntos disfrutando de sus delicias. Cuando les preguntó por qué habían corrido así cuando uno podía haber tenido todos los frutos, ellos dijeron: “Ubuntu”, ¿cómo puede uno de nosotros ser feliz si todos los demás están tristes?

Siguiendo la filosofía de la revista del Colegio de Jueces y Fiscales de Antioquia², de “taladrar profundo”, pretendo de manera breve pero contundente llamar a la reflexión de nuestro quehacer como jueces, en momentos de crisis de salud pública y cuando se habla de manera casi desesperada de una reforma a la justicia, donde se cree que solo lo que debe cambiar y ser transformado son los medios, los instrumentos e incluso los

*Juez 1º Civil del Circuito de Oralidad de Medellín.

1 Ubuntu es una regla ética sudafricana enfocada en la lealtad de las personas y las relaciones entre éstas. La palabra proviene de las lenguas zulú y xhosa. Ubuntu es visto como un concepto africano tradicional.

Hay varias traducciones posibles del término al español, las comunes son:

- “Humanidad hacia otros”
- “Soy porque nosotros somos”
- “Una persona se hace humana a través de las otras personas”
- “Una persona es persona en razón de las otras personas”
- “Todo lo que es mío, es para todos”
- “Yo soy lo que soy en función de lo que todos somos”
- “La creencia es un enlace universal de compartir que conecta a toda la humanidad.”
- Humildad
- Empatía

Esta última, por Desmond Tutu, es una definición más extensa y adecuada: Una persona con Ubuntu es abierta y está disponible para los demás, respalda a los demás, no se siente amenazado cuando otros son capaces y son buenos en algo, porque está seguro de sí mismo ya que sabe que pertenece a una gran totalidad, que se decrece cuando otras personas son humilladas o menospreciadas, cuando otros son torturados u oprimidos. (Tomado de ubuntu: el juego en la ética sudafricana ¿cómo voy a ser feliz si los demás están tristes? Sudáfrica, 27 de mayo de 2017. fuente: <https://muhimu.es/diversidad/ubuntu>).

2 El berbiquí es una antigua herramienta manual usada en carpintería y ebanistería para hacer agujeros en maderas. Está hecho de madera y de metal.

códigos que la justicia tiene actualmente por considerarlos no solo insuficientes, sino poco prácticos y poco asimilables por los que tenemos esta función esencial y pública, donde ciertamente en esta época tan singular donde enfrentamos una pandemia de orden mundial, que no sólo afectó la salud y la vida de las personas, sino instituciones públicas y en general la economía del mundo, alterando y paralizando lo que entendemos por la “normalidad”, reconocemos las falencias y limitaciones en nuestra labor judicial³, pues de manera inesperada se nos involucró al mundo tan temido no por pocos de la virtualidad, para ello, los expertos anticiparon que una justicia virtual requiere primero planeación, estructura técnica⁴ y unas directrices claras, donde la justicia digital necesita soluciones innovadoras⁵ y herramientas prácticas.

Pero todos sabemos, que esto aún está lejos de que sea una completa realidad, poder predicar que tenemos los medios adecuados para enfrentar una justicia digital cabalmente.

Nuestra historia judicial, nos revela que pasamos de una figura del juez detrás de un escritorio, donde se refugiaba en sus lucubraciones intelectuales jurídicas para emitir una sentencia escrita, repensada, revisada cual obra literaria y no pocas veces abultada, salía a la luz pública para ser conocida la decisión que resolvía un proceso de muchos años y donde la no presencia física del juez era la nota característica, pues el método escritural no exigía una intervención directa del juez en todo el transcurso del proceso y donde solo al momento de fallar, no pocas veces, apenas entraba a conocer a fondo el proceso en sí.

3 Falencias y limitaciones marcadas por la carencia de un poder judicial fuerte, lenta, carente de medios y poco eficiente. Donde el poder político sólo ha habido interés a la hora de establecer mecanismos institucionales de “control o influencia” sobre la justicia. Como la justicia no interesa, porque no da votos, no ha habido ningún interés político por mejorar el funcionamiento del sistema judicial. Por ello no es de extrañar que los destinatarios del sistema judicial, que son tanto la ciudadanía como los profesionales consideran que la Justicia funciona mal, que su organización y funcionamiento no responde a las exigencias de la sociedad, que con los medios de que dispone no puede luchar eficazmente contra la corrupción y que todos los gobiernos han tenido siempre más interés por controlarla que por dotarla de los medios suficientes para optimizar su funcionamiento, se requiere con urgencia un Pacto de Estado por la Justicia.

4 Sobre todo, aquí cabe resaltar a “gritos” la necesidad sentida de un contar con un sistema informático único, que permita una evaluación estadística, de medición de la labor judicial confiable, comprensible y compatible con todos los sistemas de información de las distintas áreas del derecho o establecer uno único para todo el Estado y que todo redunde en una prestación eficiente del servicio de justicia al ciudadano que accede a ella.

5 “La innovación implica reconocer cómo doy una nueva respuesta a esas necesidades, es un proceso que supone no solo generar nuevo conocimiento sino una transformación que exige visiones diferentes para hacer las cosas, implica un cambio que produce mejoras, cuyo secreto no es más que el aprendizaje de la forma, elemento vital en cualquier rama del saber, y en este sentido, el derecho no es la excepción, pues como área del conocimiento supone nuevas formas, métodos, procesos y procedimientos, que no solo faciliten la aplicación de las normas y leyes, así como su comprensión, sino también, nuevas formas de acceder a la práctica profesional y desarrollar propuestas de valor que contribuyan de manera diferenciada y diferente a crear conocimiento y aportar a la sociedad, así como la aplicación y mantenimiento del marco jurídico”. (Vásquez, J.F. y Botero, D.M. Editorial: Innovar en derecho: rompiendo paradigmas. Revista CES Derecho, Vol. 9, No. 2, julio - diciembre, 164-166.

Sobre los autores: 1. Coordinador de asesorías y consultorías. Facultad de Derecho. Universidad CES. 2. Analista de transferencia tecnológica. Universidad CES).

El juez en estas condiciones escriturales, era un completo desconocido, solo se le veía en sus firmas de autos y providencias y su figura se convertía en un ser misterioso e inalcanzable para la mayoría de los mortales, donde las sentencias se podían considerar generadoras de una mayor violencia social e institucional, que la que esperaban evitar.

Luego, con la importación del sistema predominantemente oral, del cual los sistemas penal y laboral fueron sus precursores en nuestro país, marcó la aparición de una nueva forma de ser juez, de cara a la gente, donde el público podía ya identificar a quien lo juzgaría y sobre todo conocer las razones no sólo jurídicas y políticas⁶, sino humanas y sociales de su decisión, llevando a resolver una situación litigiosa para reconstruir el tejido social lesionado o las relaciones interpersonales deterioradas por las diferencias existentes, buscando el bienestar de las gentes.

Esta modalidad de juez presencial, es tal vez la mayor conquista o bondad de la oralidad, se ha reconocido que la justicia, para ser tal, tiene mucho de saber quién y cómo deciden sus jueces los asuntos a su cargo, ello representa que la justicia vuelva a ser vista, escuchada y que esta se pronuncie de viva voz.

Luego y por efecto de un evento extraordinario, pasamos al juez digital o virtual, que resulta de una combinación bastante curiosa, del juez escritural y del juez oral, pues tenemos ya un juzgador que está al otro lado de una pantalla de video, pero sin esa presencia ya física y real a una visualización por medios electrónicos que si bien interactúa con las partes, no los tiene de manera directa, se pierde ese contacto humano tan ausente en una justicia escritural ya superada en buena parte.

⁶“Las soluciones judiciales en el seno de un Estado de Derecho deben tener en cuenta los valores e intereses en pugna, calificados por el legislador previamente con carácter general y abstracto. Desde esta perspectiva, el Derecho positivo tiene que responder a una sistematicidad constructiva de un mecanismo de seguridad que remita a valores, como la libertad, la seguridad y la igualdad. En este sentido, por medio de la motivación de las sentencias, se pretende que el juzgador manifieste las razones de su decisión apoyándose en el derecho del justiciable y del interés legítimo de la comunidad en conocerlas; que se compruebe que la decisión judicial que se adopta es consecuencia de una exégesis racional del Ordenamiento; que las partes o la comunidad tengan la información necesaria para recurrir, si procede, la decisión; y que los tribunales competentes posean la información que se precisa para vigilar la correcta interpretación y aplicación del Derecho.

Efectivamente, en los Estados de Derecho contemporáneos, la motivación de las sentencias es una exigencia de los derechos fundamentales para que no se produzca la arbitrariedad del Poder, para controlarlo y para garantizar jurídicamente los derechos y libertades de los ciudadanos. La justificación judicial en el plano interno consiste en que la resolución del juez se infiera de sus premisas conforme a las líneas de inferencia que han sido aceptadas, dándose un razonamiento lógico que dirige la conclusión prevista en el fallo. Sin embargo, se requiere una justificación externa cuando las premisas de hecho y normativas, o ambas de forma simultánea, precisan de argumentaciones nuevas, siendo completa la motivación cuando contiene los dos planos. En esta línea, dice Gascón Abellán que “motivar exige aportar razones lo bastante sólidas para descartar la arbitrariedad y, por consiguiente, también (o sobre todo) las que no avalan la reconstrucción de los hechos que se justifican: la justificación no será completa si no se justifica también por qué no se han atendido estas pruebas”.

(Ius et Praxis versión On-line ISSN 0718-0012. Ius et Praxis v.15 n.1 Talca 2009. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122009000100003>. Revista Ius et Praxis, 15 (1):55-72, 2009. Artículos de doctrina. La Predecibilidad de las decisiones judiciales*. María Isabel Garrido Gómez).

Todo esto nos tiene que llevar a repensar en nuestros orígenes, en la razón de ser de la ley y de los jueces, sentido y razón muchas veces ocultas por la tecnificación del derecho y la deshumanización de las leyes, aún sin saberlo, que se promulgan de espaldas a las necesidades de las personas⁷.

Volver a aquellas premisas, bases filosóficas y morales que construyeron el derecho antiguo⁸, pero no por antiguo está superado, sino por olvidar nuestras raíces, el sentido del derecho mismo, no pocas veces vemos juzgadores que han perdido el horizonte de su función, que no son generadores de convivencia pacífica y de eficiencia en la búsqueda de la justicia, como sería una práctica seria y responsable de cada juez de la figura de la conciliación⁹ como símbolo de la verdadera justicia pues nace de las partes con la mediación de éste, nada puede ser más beneficioso y saludable a la sociedad y también a la misma administración de justicia, una buena y aceptada conciliación¹⁰, recordarle a nuestros jueces que no es deseable solo una sentencia que determine un ganador y un perdedor en un caso concreto, que esta debería ser la última ratio del derecho, donde se de prioridad a la solución de los conflictos mediante la amigable composición que surja de las partes, la solución de sus propios conflictos, esto es propiciar el *ius humani*.

No podemos olvidar, que nuestra labor judicial en otro tiempo antiguo, era considerada de origen divino, pues si bien las leyes procedían de los dioses, los que ejercían la justicia eran sus sacerdotes, luego éramos jueces-sacerdotes, con el devenir del tiempo y la desmitificación divina de las leyes humanas, pasamos a ser parte del poder del rey, como sus representantes directos, pues la función de juzgar era solo reservada al rey, luego ganamos y aún luchada esa anhelada independencia y autonomía, al instituirse la administración de justicia como uno de los tres poderes públicos de manera Constitucional.

Es ese derecho antiguo el que nos recuerda qué somos y qué debemos hacer, no en vano el profeta Isaías¹¹ sabiamente nos recuerda a los jueces que:

“Observen el derecho y practiquen la justicia”. (capítulo 56-1).

Como pilar de la función judicial y de la cual se puede perder en medio del “caos” jurídico que vivimos o de esta barbarie legislativa.

En un país donde la máxima violación que existe, como es la del orden Constitucional, sea mirada como un simple impase que no tiene repercusión social y política alguna, resulta

⁷ “Donde existe una necesidad, nace un derecho”. (Eva Perón).

⁸ Para esto recomiendo los libros: “El derecho Antiguo” de: Sir Henry Sumner Maine. Fecha publicación: 11/2014. Editorial: Tirant lo Blanch. Colección: Plural. 1ª Edición / 319 págs. / Tapa dura / Castellano / Libro. Isbn Papel: 9788416062140 y “Los principios jurídicos en el “viejo” y en el “nuevo” derecho”, examen del contraste entre el “rigor formal” y la “flexibilidad basada en principios” en la teoría jurídica romanística, de Diego López Medina. Universidad de los Andes, Facultad de Derecho. Revista de Derecho Privado N.o 47. Enero - junio de 2012. ISSN 1909-7794.

⁹ Figura a la que dedico todo un capítulo en mi última obra: “Análisis pertinentes sobre el código general de proceso”, por considerar que allí la principal labor de todo juez, ser conciliador por excelencia antes que ser un fallador, editorial Ibañez, año 2020, capítulo cuarto, páginas: 158 a 181.

¹⁰ Como decía el maestro Devis Echandía: “Una justicia judicial buena”.

¹¹ Isaías fue uno de los profetas mayores de Israel, cuyo ministerio tuvo lugar durante el siglo VIII a.C. El ministerio profético de Isaías tuvo lugar en el Reino de Judá durante las monarquías de Uzías, Jotán, Acaz, Ezequías y Manasés.

altamente preocupante en un Estado de derecho, solo mírese las múltiples acciones de tutela contra autoridades públicas, donde resulta ser tan ocurrente, como la misma delincuencia común, nos acostumbramos a ver todos los días cómo los poderes públicos son los primeros en contravenir la Carta mediante acciones u omisiones inconstitucionales de sus mandatarios locales, regionales e incluso presidencial, que mediante acciones de tutela se pretende contrarrestar, sin que ello signifique que no volverán a suceder, ello denota el olvido o desconocimiento total de para qué y qué deben hacer los funcionarios públicos con el poder que le fuera otorgado por la ley, donde el ciudadano de hoy pregunta a estos funcionarios de todas las ramas del poder público, de manera coloquial:

“Estoy buscando mis derechos ¿Alguien los ha visto?”

Los jueces por ser el tema de nuestra agremiación, donde como dice Paul Henry Spaak¹²:

“no estamos divididos, sino pavorosamente des garrados”.

Donde junto con la reflexión que comenzó este escrito: “o todos estamos bien o ninguno puede estar completamente bien”, es el llamado a un pacto o un manifiesto de los jueces a volver a la razón de ser lo que hacemos, a no perder el propósito de nuestra existencia¹³, de preguntarnos para qué somos jueces de la República, a pesar de que percibimos que tenemos un ejecutivo que aún no dimensiona la medular función judicial en la estructura de una sociedad, de una nación, recordar con Michelle Taruffo, que la imparcialidad que se espera del juez, es aquella que persigue la verdad.

Debemos hacer un examen de la justicia que aplicamos ad intra (qué dices de ti misma) y de la justicia ad extra (qué dicen de ella hacia afuera), así ello implique involucrarse en temas opinables en lo que es muy difícil decir algo permanente y también lograr el acuerdo de todos los jueces.

Examen que debe extenderse incluso a lo que debe ser la búsqueda de la justicia, que no consiste únicamente en la prevalencia de un derecho sobre el otro, no es sólo determinar un mejor derecho sobre otro derecho, sino como lo enseña la balanza de la justicia¹⁴, que no se trata de destruir un derecho para que prevalezca otro, sino de obtener el equilibrio de los derechos que tenemos todos.

12 Paul-Henri Spaak fue un político belga, uno de los iniciadores de la unión aduanera de Bélgica con los Países Bajos y Luxemburgo, que daría lugar al Benelux. Tras la invasión de Bélgica por parte del ejército alemán huyó de su país para dirigirse a Londres donde se constituyó el gobierno belga en el exilio

13 Incluso como símbolo para llamar la atención sobre esto tan importante, se dice: “que en vez de usar las togas para protestar, deberíamos colgar la toga”, para buscar los cambios que se requieren en bien de la justicia.

14 De donde la palabra Derecho se originó en el vocablo latino “drectum” que significa recto, referido “al fiel” de la balanza (fil ‘fiel de la balanza’, y este del lat. ... Aguja que juega en la alcoba o caja de las balanzas y romanas, y se pone vertical cuando hay perfecta igualdad en los pesos comparados), que mantiene en equilibrio ambos platillos, tratando de lograr un equilibrio entre los derechos contrapuestos. (La labor del derecho no es eliminar o destruir un derecho en disputa o en contraposición, sino que busca equilibrarlos). “Origen del Derecho”, del 16 de agosto de 2012. Publicado por Hilda, <https://derecho.laguia2000.com/>

Otro de los principios orientadores de nuestra labor judicial que no debiéramos perder de vista nunca, es como dice Garrigues¹⁵:

“El derecho, todo el derecho es para la vida y no la vida para el derecho”¹⁶.

Ello ubica al juez, desde donde esté debe tomar las mejores decisiones en derecho, en pro de la vida de las personas para obtener su bienestar, el derecho como medio y no fin de la realización humana, pues no podemos permitir que el ser humano destinatario de la ley, sea para servir a esta, sino al ser humano en su desarrollo humano y espiritual.

Ya se ha dicho que el principio y juramento médico de:

“no hacer daño”.

Debería aplicarse con el mismo rigorismo en el ejercicio del derecho, no son pocas las actuaciones de abogados y jueces, los unos con sus demandas judiciales temerarias o malintencionadas y los otros con sus decisiones sin una debida argumentación, el daño social y humano que pueden acometer por una mala entendida razón de ser del derecho, lo que podría darse en lo que he venido en llamar una especie de “paraderecho”, que lo defino como aquel que tiene apariencia de derecho sin serlo, no es solo una falacia o una paradoja o una antinomia¹⁷ más del derecho, pues es más parecido a un claro abuso del derecho desde el derecho mismo, tiene apariencia de derecho, porque actúa dentro de la legislación vigente, pero su uso e interpretación va en contra de la inteligencia y la teología de la norma misma.

De aquí, que se diga que el juez deba estar dotado de saberes suficientes, no sólo de los códigos, sino del conocimiento de la razón de ser para lo cual fue diseñada la ley, aplicarla en cada caso concreto y no permitir su abuso desde la misma ley, casi siempre este “paraderecho” viene acompañado de una falsa argumentación jurídica, de donde igualmente quiero denominarla: “argumentismo judicial y legal”¹⁸, para significar con él, que existe un abuso también de la argumentación jurídica por parte de jueces y abogados litigantes,

15 Garrigues es un despacho de abogados español con sede en Madrid. Fundado en 1941, es el mayor bufete español por facturación y número de abogados.

16 Carlos Fernando Sessarego, sobre la noción jurídica de la persona, en el año 1968, dijo: “Por eso en la actualidad, se percibe a la persona como la creadora, destinataria y protagonista del derecho”. El artículo ha sido publicado en el volumen “Derecho Privado”, Libro en Homenaje a Alberto J. Bueres, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2001 y en “Derecho PUC”, N° 53, Universidad Católica, 2002.

17 Para Norberto Bobbio dentro de su obra: “Teoría General del Derecho”, es definida la antinomia como aquella situación en la que se encuentran dos normas, cuando una de ellas obliga y la otra prohíbe, o cuando una obliga y la otra permite, o cuando una prohíbe y la otra permite un mismo comportamiento. Puesto que antinomia significa choque de dos proposiciones incompatibles, que no pueden ser verdaderas a un mismo tiempo y con relación a un sistema normativo, colisión de dos normas que no pueden ser aplicadas a un mismo tiempo, la eliminación de este inconveniente no podrá consistir sino en eliminar una de las dos normas. Tomado de: “Las antinomias en el derecho, el porqué de su origen y el cómo de sus posibles soluciones”. José Guillermo García Murillo. Letras jurídicas: revista electrónica de derecho, ISSN-e 1870-2155, N°. 5, 2007. file:///C:/Users/Alejandro/Downloads/48-95-1-SM%20(4).pdf

18 Término que acuño y desarrollo en mi última obra: “Análisis pertinentes sobre el código general del proceso”, editorial Ibañez, del 09 de septiembre de 2020, páginas: 190 y 192.

todo para obtener, bajo premisas que parecen ciertas y sólidas, conclusiones argumentativas erróneas o que desvirtúan la esencia de lo que busca el derecho, bajo el principio manifestado ya por Maximilien Robespierre¹⁹:

“Toda ley que viole los derechos inalienables del hombre es esencialmente injusta y tiránica, no es una ley en absoluto”.

Es urgente si se desea realmente hacer alguna reforma seria de la justicia como se espera, que no se olvide la de humanizar el derecho, para que no se presenten aberraciones como que la ley no nos deja ser justos, al momento de aplicar la ley en cada caso.

Los jueces en razón de nuestra independencia y autonomía si bien somos únicos, pero no debemos ser individuales al momento de tener claros los fines del derecho y para qué somos jueces, nuestra autoridad como su misma definición lo dice, debemos usarla para hacer crecer, como el que ayuda a crecer a otros, procurando no solo el bienestar de las gentes, sino el bien ser para los demás, los jueces debemos ser propiciadores de culturas como el Ubuntu, si queremos ver una sociedad diferente y respetuosa de los mejores principios y valores que inspiraron el nacimiento del derecho en sus inicios.

Por último, quiero terminar esta pequeña reflexión, como empecé, con una anécdota de lo que puede pasarnos a nosotros mismos, si no recobramos nuestra esencia, sea que se hagan las reformas o no de la justicia, donde el riesgo de perder el norte es el mismo.

“Una Estación de Salvamento”.

“En una costa peligrosa donde muy seguido ocurren naufragios, había una vez una pequeña y rústica estación de salvamento. El edificio era una choza y no tenía más que una barca; pero los pocos miembros devotos mantenían una vigilancia constante del mar y sin pensar en ellos mismos, salían día y noche, sin descanso, en busca de los perdidos.

Muchas vidas se salvaron gracias a esta maravillosa estación, por lo que se hizo famosa. Algunos de los que fueron salvados y otros varios de los alrededores querían estar asociados con la estación y prestar de su tiempo, dinero y esfuerzo para apoyar esta labor. Se compraron nuevos barcos y se entrenó a nuevas personas para salvar. Y la pequeña estación de salvamento creció.

Algunos de los miembros no estaban contentos de que el edificio fuera tan primitivo y estuviera tan mal equipado. Sentían que se debía ofrecer un lugar más confortable para los rescatados náufragos del mar.

Así que reemplazaron los catres y las camas de emergencia y colocaron mejor mobiliario. Ampliaron el edificio y la estación de salvamento se convirtió en un lugar popular de reunión para sus miembros. Lo decoraron y amoblaron muy diferente porque su enfoque principal cambió, ya que lo utilizaban como una especie de club.

¹⁹ Maximilien François Marie Isidore de Robespierre, más conocido como Maximilien Robespierre, fue un abogado, escritor, orador y político francés apodado «el Incorruptible». (Arras, 6 de mayo de 1758-París, 28 de julio de 1794).

Menos miembros estaban ahora interesados en ir en misiones a la mar para salvar personas, por lo que contrataron tripulaciones de botes salvavidas para hacer este trabajo. El motivo de salvar vidas seguía prevaleciendo en la estación, pero no como su prioridad, pues ahora era un club.

“Durante este tiempo, un gran barco naufragó frente a las costas; y los equipos contratados trajeron un montón de gente con frío, mojados y casi ahogados. Estaban sucios y enfermos; algunos de ellos tenían la piel negra y otros, amarilla.

Así que El hermoso nuevo club estaba hecho un desastre. En la próxima reunión se produjo una discordia entre los miembros del club. La mayoría quería interrumpir las actividades de salvamento del club por ser desagradables y un obstáculo para la vida social normal del club. Algunos miembros insistieron en que salvar vidas era su objetivo principal y señalaron que todavía se llamaban una estación de salvamento, pero la mayoría lo rechazó y dijeron que si querían salvar las vidas de diversos tipos de personas que habían naufragado en esas aguas, podrían comenzar su propia estación de salvavidas en la costa, pero un poco más alejados, cosa que hicieron.”

“A medida que pasaron los años, la nueva estación experimentó los mismos cambios que se produjeron en la antigua. Evolucionó hasta convertirse en un club; y una nueva estación de salvavidas fue fundada. La historia continuó repitiéndose; y si usted hoy visita esa costa, encontrará varios clubes exclusivos a lo largo de la misma.

Los naufragios son frecuentes en esas aguas, pero la mayoría de las personas se ahogan”

BIBLIOGRAFÍA.

-Fernández Sessarego Carlos. “¿Qué es ser “persona” para el derecho?”. El artículo ha sido publicado en el volumen “Derecho Privado”, Libro en Homenaje a Alberto J. Bueres, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2001 y en “Derecho PUC”, N° 53, Universidad Católica, 2002.

-García Murillo José Guillermo. “Las antinomias en el derecho, el porqué de su origen y el cómo de sus posibles soluciones”. Letras jurídicas: revista electrónica de derecho, ISSN-e 1870-2155, N°. 5, 2007.

file:///C:/Users/Alejandro/Downloads/48-95-1-SM%20(4).pdf

-Garrido Gómez María Isabel. “La Predecibilidad de las decisiones judiciales”. Ius et Praxis versión On-line ISSN 0718-0012. Ius et Praxis v.15 n.1 Talca 2009. <http://dx.doi.org/10.4067/SO718-00122009000100003>. Revista Ius et Praxis, 15 (1):55-72, 2009. Artículos de doctrina.

-López Medina Diego. “Los principios jurídicos en el “viejo” y en el “nuevo” derecho”, examen del contraste entre el “rigor formal” y la “flexibilidad basada en principios” en la

teoría jurídica romanística. Universidad de los Andes, Facultad de Derecho Revista de Derecho Privado N.º 47. Enero - Junio de 2012. ISSN 1909-7794.

-Origen del Derecho, del 16 de agosto de 2012. Publicado por Hilda, página web: <https://derecho.laguia2000.com/>

-Sumner Maine Sir Henry . “El derecho Antiguo”. Fecha publicación: 11/2014. Editorial: Tirant lo Blanch. Colección: Plural. 1ª Edición / 319 págs. / Tapa dura / Castellano / Libro. Isbn Papel: 9788416062140.

-Ubuntu: “el juego en la ética sudafricana ¿cómo voy a ser feliz si los demás están tristes?”. Sudáfrica, 27 de mayo de 2017. fuente: <https://muhimu.es/diversidad/ubuntu>

-Vásquez, J.F. y Botero, D.M. Editorial. “Innovar en derecho: rompiendo paradigmas”. Revista CES Derecho, Vol. 9, No. 2, julio - diciembre, 164-166. Sobre los autores: 1. Coordinador de asesorías y consultorías. Facultad de Derecho. Universidad CES. 2. Analista de transferencia tecnológica. Universidad CES.

Minicurrículum vitae

José Alejandro Gómez Orozco

Egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, Especialista en Derecho Penal y Criminología de la Universidad de Medellín, Diplomado por la Universidad del CES en el Sistema Penal Acusatorio año 2007, Especialista en Derecho Médico de la U.P.B., Facilitador y formador de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” del Consejo Superior de la Judicatura desde el año 2002, en varias aéreas del derecho y formador de Jueces de Paz.

Juez de la República desde el año 1992, como: Juez Promiscuo Municipal, Juez Promiscuo del Circuito, Juez Penal con funciones de control de garantías, actualmente ejerce como Juez 1º Civil del Circuito de Oralidad de Medellín. Autor de varios libros, ensayos y escritos publicados en revistas y periódicos de la Judicatura.

A nuestros colaboradores

Solicitamos respetuosamente a nuestros colaboradores tener en cuenta las siguientes instrucciones:

1. Envíe sus artículos después de una cuidadosa revisión. Preste atención a las convenciones ortotipográficas universalmente aceptadas. Tenga especial cuidado en incluir la información bibliográfica completa en sus citas y notas de pie de página. Remita sus trabajos digitados en una única fuente, Times New Roman. Todo artículo debe ser procesado en Word y el texto se ha de entregar impreso, además del respectivo archivo electrónico. El artículo debe estar acompañado de un mini curriculum vitae del autor.
2. Se aceptan máximo quince páginas y mínimo cinco por artículo.
3. El autor es reponsable de los enfoques y conceptos expresados en su colaboración.
4. El Comité de Redacción es autónomo para hacer las correcciones de forma, de los textos que recibe.

Diagramación: Ubeimar Muñoz Flórez

Impreso y hecho en Colombia por

Aplicaciones Impresas

Calle 50 No. 68 - 53, Medellín

Teléfono: 448 06 21



Confía en 4-72, el servicio de envíos de Colombia

Línea de atención al Cliente:
(57-1) 472 2000 en Bogotá
01 8000 111 210 a nivel Nacional

www.4-72-com.co

CRISTO DE CHATARRA

Cicatrices de humo al rojo fuego,
duelen entre las negras soldaduras
y el cuerpo todo gira en quemaduras,
dando al metal materia para el ruego.

Dura cruz de chatarra en nudo ciego,
se adhiere a las ferrosas estructuras
y en palideces y en temperaturas,
parece arder y consumirse luego.

El cuerpo de varillas retorcidas,
cruje entre las reuniones derretidas
de los residuos de la escoria inerte.

Hondos clavos de angustia lo han pasado
y la lanza que duerme en el costado,
le abre otra vez gerundios a la muerte.

Saúl Aguirre Mejía

Poeta, profesor y periodista

Titiribí, 20 de agosto 1919 - Medellín, 2 de marzo 2011

Del libro Vitral del trópico, Medellín, Seduca, 1975