

# Ficciones Constitucionales en el nuevo Reino de Granada y la Gran Colombia: entre la hispanidad y la nación (1808-1830)

**David Orrego Fernández**

Abogado y aspirante a Magíster en Historia.  
Profesor Facultad de Derecho y Ciencias Políticas,  
Universidad de Antioquia.  
Correo electrónico: [davidowar@hotmail.com](mailto:davidowar@hotmail.com)

## Resumen

En el presente artículo se estudiará el influjo que tuvo la ruptura del mundo hispánico y las luchas de independencia en la redacción de las primeras constituciones en el Nuevo Reino de Granada y la Gran Colombia. Para ello será de suma importancia leer estas cartas fundamentales, no como un mero cúmulo de artículos, derechos y deberes, sino como *ficciones* que pretendían configurar realidades y construir nuevas identidades. En este sentido, el enfoque metodológico que se propone es un análisis histórico-hermenéutico que interpele las fuentes documentales para abrir su lectura a nuevas interpretaciones sobre el arribo de la modernidad en nuestros países.

**Palabras clave:** Nuevo Reino de Granada; Gran Colombia; ficciones constitucionales; hispanidad; nación.

## Ficciones Constitucionales en el nuevo Reino de Granada y la Gran Colombia: entre la hispanidad y la nación (1808-1830)

### Introducción

El presente estudio quiso recorrer un camino ya trasegado por la historia política y jurídica en Colombia: se trata de la historia de las constituciones como *normas fundamentales* y su relación con el mundo del cual ellas emergen, para regular y fundamentar la vida de las instituciones en el Estado de Derecho colombiano.<sup>1</sup> Las fuentes a las que se remite este trabajo, se podría decir, son las mismas en las cuales se han basado los historiadores de las cartas fundamentales, por lo que en una primera impresión, este camino se tornaría en algo predecible y su exploración algo tediosa.

Sin embargo, los enfoques teóricos, historiográficos y metodológicos que se quieren aportar, pretenden minar la linealidad con la que se ha trazado el sendero de la historia constitucional, para poner allí otras vías que multipliquen su lectura. Por lo tanto, poco importa que las fuentes sean las mismas que han trabajado los historiadores de las constituciones, sino la inquietud con las que se las interpela, proporcionándoles una posibilidad interpretativa infinita.

De allí que el enfoque apostará por la interrogación crítica y hermenéutica para interpelar los textos que se estudiarán a lo largo de esta ponencia. Crítica en el sentido moderno, es decir, en establecer las condiciones de posibilidad desde la cual los textos surgen y producen efectos en la cultura de las que forman parte; hermenéutica en la manera de que éstas fuentes, de acuerdo a la pregunta que realice el investigador, se abren de modos infinitos. La hermenéutica, en este sentido, busca torcer los renglones establecidos por las lecturas positivistas que dan a las constituciones un criterio exclusivamente *racional-normativo*.<sup>2</sup> Por lo tanto, aquí serán de especial ayuda las herramientas que ofrecen la historia, la filosofía y la antropología, para entender a los textos constitucionales como un entramado de signos, símbolos y elementos míticos. Es allí donde la apuesta se dirige para insertar el concepto de ficción, y desde éste leer las diferentes *normas fundamentales*.

Con relación al periodo de tiempo que se quiso trabajar en esta investigación, es igualmente un corte ya estudiado por la historiografía. El momento que va desde 1808 a 1819, es decir, el acontecer de la independencia hispanoamericana y la consolidación del Estado Nacional. Así mismo, el propósito es interrogar de tal manera que se nos ofrezcan nuevas perspectivas de comprensión de este período.

---

<sup>1</sup> Para ver un análisis crítico de la historiografía constitucional, se puede consultar: Valencia Villa, Hernando (1997). *Cartas de batalla. Una crítica del constitucionalismo colombiano*, Bogotá, Fondo editorial Cerec, págs. 35-36.

<sup>2</sup> Es por ejemplo el tipo de constitución que define Manuel García Pelayo como “el complejo normativo establecido de una sola vez y en el que de una manera total, exhaustiva y sistemática se establecen las funciones fundamentales del Estado y se regulan los órganos, el ámbito de sus competencias y las relaciones entre ellos. La constitución es pues un sistema de normas”. García Pelayo, Manuel (1993). *Derecho constitucional comparado*, Madrid, Alianza editorial, pág. 34.

## Hispanismo

El proceso constitucional neogranadino es el producto de una gran ruptura del mundo hispánico que deja una compleja red de elementos dispares que contribuyeron a su redacción. Por lo tanto, la identificación de los proyectos constitucionales con los modelos importados de Francia o Estados Unidos, limita la comprensión de los acontecimientos y sus particularidades culturales.<sup>3</sup> Este trabajo apela al azar como condición de posibilidad de las normas fundamentales. De allí que las constituciones sean discursos de gran complejidad, ya que enmarcan un constante devenir entre antiguo régimen y modernidad. Su violencia se hace evidente cuando se observan la consagración de sujetos, objetos y valores de antigüedades remotas para justificar la inserción de instituciones de corte moderno.<sup>4</sup>

La constitución cumple, retomando la obra de Paul Ricoeur, tres operaciones que determinarán las condiciones del relato. Primero una concepción (pre-comprensión) de la realidad, segundo la construcción propiamente narrativa y por último el encuentro del mundo del texto con el mundo del lector.<sup>5</sup>

En cuanto a la primera elaboración del relato, las constituciones parten de una concepción de la historia; tal fue el caso del Constitucionalismo hispánico que apeló a la teoría de cortes para legitimar la nación española. Tanto fidelistas como liberales apelaron a una interpretación del pasado para explicar el presente.<sup>6</sup>

En cuanto al constitucionalismo neogranadino, la relación con el mundo hispánico resulta ambigua debido a que en escritos anteriores a las constituciones se apela a los valores españoles para justificar la ruptura, pero también se apela a la diferencia americana para el ejercicio de la autonomía.<sup>7</sup> En varios de los prefacios de las primeras constituciones podemos observar la visión pesimista de un presente asediado por las tropas francesas, y de la autonomía como la única forma de enfrentar la diseminación de los territorios.<sup>8</sup>

Es aquí donde ingresan unos personajes ficcionales para dar coherencia y sentido a las normas. Ante la ruptura fáctica del poder soberano, se construye una trascendencia simbólica en la figura del Rey ausente.<sup>9</sup> Por otro lado, se inserta la ficción de un sujeto

<sup>3</sup> Urueña Cervera, Jaime (2007). *Nariño, Torres y la Revolución Francesa*, Bogotá, Ediciones Aurora, pág 68

<sup>4</sup> Guerra Francois-Xavier (2001). *Modernidad e Independencias. Ensayos sobre las revoluciones hispánicas*, México, Editorial Mapfre y Fondo de Cultura Económica, pág. 51.

<sup>5</sup> Por *mimesis* no podemos entender imitación (un calco de la realidad), sino una acción compleja de transformación del mundo en los marcos del texto escrito. Esta funciona como mediación entre el devenir temporal y la narración que representa los objetos imitados. Su función corresponde a un acto creador y de apertura en el texto escrito a la ficción. Ricoeur ( 1987) pág. 106.

<sup>6</sup> Portillo, José María (2004). *Autonomía y Constitución. La historiografía y la crisis atlántica de 1808*. En *Istor, Revista de historia*, Año IV, Num, págs. 1-13.

<sup>7</sup> Phelan, John Leddy (1980). *El pueblo y el Rey: La revolución comunera de 1771*. Bogotá: Carlos Valencia Editores.

<sup>8</sup> Torres Camilo (1996). Representación del muy ilustre Cabildo de Santafé a la Suprema Junta Central de España En, Instituto Colombiano de Cultura casa-museo del 20 de julio, *Revolución del 20 de julio de 1810, Sucesos y Documentos*. Santafé de Bogotá D.C.

<sup>9</sup> Uribe Vargas, Diego (1977) (comp.). *Las constituciones de Colombia (Historia, crítica y textos)*, 2 tomos. Madrid: Ediciones Cultura Hispánica.

trascendente en tanto funda las instituciones, se trata del *Pueblo* quien opera con una sola voz para enunciar e instaurar las instituciones que deberán regir.<sup>10</sup>

Luego, esta producción constitucional debe llegar a un lector, que se ha formado en torno a la prensa, por ejemplo, y que realiza una labor interpretativa de las constituciones, desbordando los límites del texto, asignándoles múltiples sentidos. Sin embargo, los lectores son pocos y se recurre a estrategias de proclamas y pequeñas hojas que se pronuncian en público y de las cuales el pueblo raso se convierte en escucha y en sujeto activo de la opinión y la interpretación pública.<sup>11</sup>

Pero es en la retórica donde estas ficciones seducen al receptor de la norma, ya que su construcción es un intento estratégico y político por atraer, enmascarando una voluntad de poder.<sup>12</sup> El Rey y el pueblo asumen la voz que garantiza la verdad y el orden de los textos, se comina al lector y al escucha a la obediencia.

Pese a la pretensión de la norma de asignar orden y coherencia de este nuevo espacio social y político, la infinita diferencia política, social, económica, cultural y étnica, confluye en este espacio, poniendo en cuestión las certezas del mundo hispánico huérfano del poder trascendente. Las constituciones asumirán ese papel de contener lo dispar, lo radicalmente inmanente.

### **Procesos constitucionales. *La diferencia y la representación***

Por lo visto hasta el momento se debe dejar claro que las ficciones que se entrecruzan en el ejercicio narrativo de las diferentes constituciones son un intento por construir unidades donde se de coherencia al mundo hispánico en erosión. El miedo a la *diferencia* y singularidad de los disimiles territorios de esa informe organización intentan resolverse con la constitución de una ley general que represente y acomode el Uno. Esta *representación* es un principio racional que constituye una estrategia de ocultamiento de lo diferente. Es un intento por dar orden a aquello que no tiene conexión alguna en los marcos en un texto normativo que establece relaciones de necesariedad.<sup>13</sup>

La *diferencia* debemos entenderla como el cúmulo sin vínculos causales de elementos en el espacio (*inmanencia radical*); son infinitas formas de Ser en el mundo. A este estado, los textos fundacionales lo denominaron como *anarquía*,<sup>14</sup> ficción construida para legitimar

<sup>10</sup> Acevedo y Gómez, José (1996). Acta del cabildo extraordinario de Santafé. En *Revolución del 20 de julio de 1810, Sucesos y Documentos*. Santafé de Bogotá D.C: Instituto Colombiano de Cultura Casa-Museo del 20 de julio.

<sup>11</sup> Almario, Oscar (2011). *Continuidades y cambios en la percepción del tiempo, los acontecimientos y los imaginarios políticos durante la Independencia neogranadina*. En Yobenj Aucardo Chicangana Bayona y Francisco Ortega (eds.) *Nuevos abordajes a las culturas políticas de las independencias y sus legados*. Medellín: Universidad Nacional de Colombia, sede Medellín (en prensa).

<sup>12</sup> Ricoeur, Paul (2003). *Tiempo y narración*, vol. III, *El tiempo narrado*. México: Siglo XXI editores.

<sup>13</sup> Si la *diferencia* es la infinitud de elementos y sentidos sin conexión alguna con una autoridad trascendente, la *representación* es recopilación y ocultamiento de la diversidad. En ese sentido, la *inmanencia controlada* es una especie de *Representación*. Estas nociones son retomadas de Deleuze, en donde, igualmente, se interpretarán conceptos filosóficos al campo político y jurídico. Deleuze (2009), pág.63.

<sup>14</sup> Gutiérrez Ardila, Daniel (2010b) *Un nuevo reino, Geografía política, pactismo y diplomacia durante el interregno en Nueva Granada (1808-1816)*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

tanto un rediseño institucional, como la reconstrucción de los lazos rotos del antiguo virreinato. De allí que se instauren varios sujetos trascendentes, habitando en un plano controlado por las autoridades constituidas.

Un primer ejemplo de ello es la noción de lo *público*, como lugar moral donde confluye el *pueblo* para la decisión política.<sup>15</sup> Esta estrategia retórica se consolida para arrebatar progresivamente la autoridad del Rey y poner, tal como lo muestra la Constitución del Estado de Cundinamarca, varios de sus privilegios en manos de la Representación Nacional.<sup>16</sup> La instrucción, el Tesoro, los funcionarios, etc. son lugares insertados en el naciente Estado al estar adjetivados por lo *público*.<sup>17</sup>

Pero, al mismo tiempo, lo *público*, como el plano donde se encuentran todos, es una inmanencia controlada, porque allí solo habita una forma de subjetividad, se trata del criollo libre, católico, padre de familia, con idoneidad física y moral, etc.<sup>18</sup> En los títulos de las Constituciones sobre representación política se dibuja esta forma única de ser y en los títulos relacionados con lo electoral, se esbozan una serie de mecanismos minuciosos para seleccionar los electores y para segregar al Otro.

Otro tipo de la *inmanencia controlada* se ubica en la ficción del *contrato* como acuerdo primigenio de la Nación. Su origen mítico y su fastuosa presencia son los artificios narrativos que ocultan la compleja red de alianzas políticas entre las familias más influyentes de las provincias; es emblemático el caso del Colegio Electoral de Antioquia, donde el equilibrio de los ayuntamientos divergentes se garantiza con las transacciones burocráticas y con vínculos matrimoniales.<sup>19</sup>

De allí que las ficciones constitucionales sean formas de contener los diferentes conflictos regionales y locales, con cabildos y parroquias que reclamaban para sí soberanía por privilegios adquiridos siglos atrás con la Corona. En el caso de Juntas como la de Cartagena, se enfrentará a la divergencia de Mompós, quienes serán determinantes para la independencia absoluta de la Provincia, y con Santa Marta último bastión realista en el norte;<sup>20</sup> Popayán se enfrentará a Cali y a Pasto, bastión realista en el sur;<sup>21</sup> Tunja con cabildos como el de Sogamoso; y así las grandes unidades fundadas por las cartas políticas cubren las pequeñas guerras que se viven en lo local. De ahí que podemos entender en la denominada *patria boba*, un conflicto entre distintas formas de asumir la modernidad política.

El poder de la Constitución está garantizado por la inmanencia del *constituyente*, controlada por un cuerpo de doctores que administran el poder, la verdad y la

<sup>15</sup> Uribe Vargas. Op. Cit. p 312.

<sup>16</sup> Ibid. Pág. 313.

<sup>17</sup> Ibid. Pág. 314.

<sup>18</sup> Gutiérrez, Ardila Daniel (Ed) (2010a), *Actas de los Colegios Electorales y Constituyentes de Cundinamarca y Antioquia*, Tomo I. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010. Consultado el 28 de febrero de 2011 en: <http://cultural.uis.edu.co/files/FINAL%20TOMO%201%20ACTAS.pdf>

<sup>19</sup> Ibid. pág. 44.

<sup>20</sup> Martínez, Garnica Armando (1998). *El legado de la patria boba*. Bucaramanga: Universidad Industrial de Santander.

<sup>21</sup> Almario, Oscar (2005). *La invención del suroccidente colombiano*, Tomo II: *Independencia, Etnicidad y Estado Nacional entre 1780 y 1930*, Medellín: Editorial Universidad Pontificia Bolivariana.

interpretación de la Constitución. El desconocimiento de las funciones jurídicas de lo *constituyente* como instancia legitimadora de sus actuaciones, los conduce a construir edificios normativos sobre bases falsas. Esa fue la crítica de Antonio Nariño al Colegio Electoral de Cundinamarca por destinar la revisión a desplazar la trascendencia del poder soberano, en la reforma a la Constitución de 1812.<sup>22</sup>

Estas ficciones, con sus ambigüedades, representan la frenética obsesión por construir unidad y coherencia. Sin embargo, la irreprimible diferencia explotará las bases de sus nacientes instituciones, las reformas constitucionales como las de Cundinamarca y Antioquia en 1815, para insertarse y armonizarse con la federación, no fueron suficientes; la guerra, la diversidad social y cultural, y la reconquista son los aspectos que harán perecer a la *primera república*. Habrá que esperar algunos años para que la inmanencia se replante en otro sentido y las constituciones que se erijan, construyan otros vínculos para la formación de esa etérea y esquiva ficción que denominamos Nación.

### **La Guerra como operador de la nación**

Ante los fracasos en las representaciones de la diferencia suscitadas tanto por la diversidad territorial, como por las variadísimas posibilidades étnicas, el proyecto de la independencia, liderado por Bolívar, quiso replantear las dinámicas de la guerra mediante una normatividad que suspendiera las convenciones del orden civil y proclamara la *guerra a muerte* hacia los españoles europeos.<sup>23</sup>

Para el coronel Simón Bolívar, la derrota de los proyectos republicanos se debía a la falta de visión de una realidad política que estaba siendo atravesada por las infinitas violencias que se vivían en todo el territorio. Además, el federalismo en Venezuela y la tolerancia frente a las provincias que se declaraban disidentes en el proyecto republicano, eran los defectos de la proyección de *repúblicas aéreas*, espacio sin sustento, que eran objeto fácil para la reconquista española.<sup>24</sup>

Pese a la ambigüedad de la proclama, su finalidad es clara, dibujar un enemigo que construyera la oposición entre un *nosotros* y *ellos*, y ordenara el sentido de la guerra.<sup>25</sup> Esta invitación a la eliminación absoluta del *otro* realizó la operación de encauzar la violencia y afianzar *artificialmente* la unión entre los territorios de Nueva Granada y Venezuela.<sup>26</sup>

Con la derrota definitiva de los proyectos constitucionales en la Nueva Granada, el repliegue a los llanos constituirá una guerra irregular que atrajera una población para la

<sup>22</sup> Nariño Antonio (1812, enero 5) *La Bagatela*, No. 28. Consultado el 6 de marzo de 2001 en: <http://www.banrepicultural.org/sites/default/files/lablaa/historia/la-bagatela/la-bagatela28.pdf>

<sup>23</sup> Lynch, John (2009). *Simón Bolívar*. Bogotá: Editorial Planeta Colombiana S.A.

<sup>24</sup> Bolívar Simón (2009) Memoria dirigida a los ciudadanos de la Nueva Granada por un caraqueño” (manifesto de Cartagena) Diciembre 15 de 1812. En, Pérez Vila Manuel (Comp.), *Doctrina del libertador* (pp4-23). Caracas: Biblioteca Ayacucho.

<sup>25</sup> *Ibid.* pág. 132.

<sup>26</sup> Thibaud Clément (2003). *República en armas, los ejércitos de Independencia en Colombia y Venezuela*. Bogotá: Planeta S.A.

causa republicana,<sup>27</sup> utilizando su habilidad en la guerra para transformar un *espacio liso* que hay que *estriar* por medio de las normas.<sup>28</sup>

Es así como surge la constitución de Pore en 1818, como un intento por enunciar la presencia de un Estado y *normalizar* las armas mediante reglamentos y prácticas de premio y castigos.<sup>29</sup> Por otra parte, esa constitución tendrá la función de recrear una ficción donde Casanare se convierta en el legatario de las Provincias Unidas, legitimado para continuar sus actividades diplomáticas y burocráticas.<sup>30</sup>

Al año siguiente se erigiría el proyecto constitucional a orillas del Orinoco en Angostura; su propósito es la construcción de una Nación que unifique los territorios liberados hasta el momento. Allí se crea un ciudadano sagrado por su sacrificio en la guerra. Este es el origen de una élite militar que simbólicamente se adjudicará la paternidad de la naciente república.

Ante la diferencia, la propuesta de Bolívar se dirige a construir una *ficción legal* que cubra la profundidad racial de los territorios colombianos.<sup>31</sup> De alguna manera, esta posibilidad busca acentuar la *diferencia*, para *naturalizar* una desigualdad y legitimar las prácticas de un Estado firme que homogeneice legalmente la república. Prueba de ello radica en su propuesta del *poder moral*, reglamentación jurídico-religiosa de disciplinamiento de los ciudadanos.<sup>32</sup>

Al triunfar los ejércitos patriotas en Nueva Granada y gran parte del Territorio venezolano, en la Villa del Rosario de Cúcuta en 1821 se redacta la constitución que institucionalizará la nación colombiana. Pese a sus intentos por romper radicalmente con España, aún sobreviven los prejuicios de la sociedad colonial.<sup>33</sup> Su proyecto de ciudadano sigue siendo a imagen y semejanza de una élite civil y militar.

Con relación a lo último, lo civil y lo militar serán dos actitudes que vivirán en constante tensión; cuando se minimice la amenaza de los ejércitos realistas, estas oposiciones se acentuarán y determinarán la lucha por concepciones del orden sustentadas en la fundación por medio de la *voluntad general*. Allí reside el germen del fracaso de Colombia como *Gran Ficción*.

<sup>27</sup> Lynch, John (1976). *Las independencias hispanoamericanas, 1808-1826*. Barcelona: Editorial Ariel.

<sup>28</sup> Si bien el concepto de los llanos neogranadinos y venezolanos como un *espacio liso* ajeno a los efectos normalizadores del Estado, es una categoría trabajada por Clément Thibaud, éste ya había sido estudiado desde la filosofía por Deleuze y Guattari. Para, ambos un espacio liso corresponde a la construcción de lugares desde lo nómada (nomos), lo desordenado, lo que no se puede medir. En cambio, el *espacio estriado* es el lugar que se puede medir, clasifica, compartmentar; es el hábitat de lo sedentario de un principio de autoridad. Deleuze, Guattar (1994). págs. 483-509.

<sup>29</sup> Thibaud. Op. Cit. pág. 418.

<sup>30</sup> Almario, Oscar (2009). *Del nacionalismo americano en las Cortes de Cádiz al independentismo y nacionalismo de Estado en la Nueva Granada, 1808-1821*. En Manuel Chust e Ivana Frasquet (eds.) *Los colores de las independencias iberoamericanas. Liberalismo, etnia y raza (197-219)*. Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas - Colección América.

<sup>31</sup> Bolívar, Simón (2007). *Obra política y constitucional*. Madrid: Editorial Tecnos (Grupo Anaya).

<sup>32</sup> Ibid. pág. 109.

<sup>33</sup> Wills, María Emma (1998). *La convención de 1821 en la Villa del Rosario de Cúcuta: Imaginando un soberano para un nuevo país*. En *Historia Crítica*, No. 17. Bogotá: Universidad de los Andes, Julio-diciembre, págs. 105-139.

## El desmonte de la gran ficción

La fundación de Colombia por medio de la Constitución de Cúcuta, se erige en un proyecto contenido en el rostro del enemigo y en la figura de Bolívar;<sup>34</sup> sin embargo, las oposiciones se encontraban latentes, entre una casta militar y una élite constitucionalista. La campaña hacia el Sur, asignaba sentido a la presencia de Bolívar, para quien la guerra aún no había terminado.<sup>35</sup>

Cuando se desvanece el enemigo, las diferencias se escapan en un movimiento que es representado por las facciones militares, civiles e independentistas. La Constitución de Bolivia, que fue el proyecto que retomaba elementos de Angostura, fue el objeto que sentó las bases del desacuerdo. En oposición a Bolívar, las tendencias constitucionalistas veían en ella el retorno a la monarquía.<sup>36</sup>

Pero el año de 1826 sería el momento en el cual la rebelión de Páez con los federalistas venezolanos, minaría las bases constitucionales de la república, mediante la afirmación de su soberanía, instaurando la excepción, es decir, la posibilidad de suspender la vigencia de la constitución del 21, para conservar sus intereses.<sup>37</sup> Por otro lado, el acto de Bolívar de absolver y condecorar a Páez, tiene efectos en la normatividad vigente; él también reclama el poder soberano instaurando la excepción de indultar la rebelión y prometer una reforma; todo ello para contener la fragmentación del territorio.<sup>38</sup>

En consecuencia, las distintas facciones piensan en los distintos modos de legitimarse como poder constituido para instaurar la excepción, al proclamar una reforma en contravía a lo ordenado por el artículo 191 de la Constitución que postergaba cualquier revisión hasta 1831.<sup>39</sup> La convención de Ocaña, fue el campo de batalla, en el que todos lucharon por obtener la soberanía para suspender la constitución y operar la reforma.<sup>40</sup>

Esta contienda quedó sin ganadores, en cambio abrió un inmenso abismo normativo, al no haber ninguna constitución rigiendo en Colombia.<sup>41</sup> Por ello, con un cierto apoyo popular, Bolívar declara el Decreto orgánico para la dictadura; retomando a Carl Schmitt, podemos comprender que aquí se promulga una *dictadura soberana*, en tanto el libertador construye ficcionalmente una relación de inmediación con el poder constituyente.<sup>42</sup> Sus motivaciones, la inminente ruina del proyecto colombiano, al igual que un gran desencanto por el desencuentro de los imaginarios ilustrados de una *moral racional*, en contraste con las contingencias históricas de cada pueblo.<sup>43</sup>

<sup>34</sup> Uribe Vargas. Op. Cit. pág. 727.

<sup>35</sup> Carrera Damas, Germán. (1987) *El culto a Bolívar*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

<sup>36</sup> Restrepo Piedrahita, Carlos (1993). *Primeras Constituciones de Colombia y Venezuela 1811-1830*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia

<sup>37</sup> Lynch. Op. Cit. pág. 298.

<sup>38</sup> Vázquez Carrizosa, Alfredo (1979). *El poder presidencial en Colombia, la crisis permanente del derecho constitucional*, Bogotá, Enrique Dobry editor.

<sup>39</sup> Ibid. pág. 57.

<sup>40</sup> Lynch. Op cit. pág. 312.

<sup>41</sup> Vasquez. Op cit. pág. 58.

<sup>42</sup> Schmitt, Carl (2003). *La dictadura. Desde los comienzos del pensamiento moderno de la Soberanía hasta la lucha de clases proletaria*. Madrid: Alianza Editorial.

<sup>43</sup> Castro Leiva, Leiva (1984). *La Gran Colombia, una ilusión ilustrada*. Caracas: Monte Ávila editores.

De allí que la Gran Colombia sea una “Nación con un solo ciudadano”, y este era Bolívar, de acuerdo a lo afirmado por Carrera Damas.<sup>44</sup> Tras el retiro de Bolívar, la constitución de 1830, solo fue un pálido reflejo del manifiesto de Cúcuta; la enunciación de una identidad colombiana no sería contenida en la constitución venezolana, que días después, iba a enunciar una identidad venezolana, fragmentándose de Colombia y recortándose en estrechos márgenes.<sup>45</sup>

Sin embargo, las ideas de la Unión, y Bolívar como su gran mártir, se convertirán en un fantasma que acompaña las pretensiones de lo político, en su afán de legitimar prácticas y discursos.<sup>46</sup> Por otra parte, la historia fundará un gran escenario para relatar secuencialmente los acontecimientos, entre héroes y constituciones, como los eventos que progresivamente conducirán a la afirmación de la Nación.

## Conclusiones

### 1. La complejidad cultural del constitucionalismo hispánico

Un estudio desde las influencias ideológicas del movimiento de independencia, resulta insuficiente para comprender el entramado teórico, simbólico y vital que llevó a la lucha de emancipación hispanoamericana. Hay que apostar por una lectura que proponga como modelo la complejidad cultural donde se instala un constante ir y venir entre *antiguo régimen* y *modernidad*. Esto nos permitirá observar en cada manifestación del período, la red donde se superponen ideologías, signos, referentes míticos, etc.<sup>47</sup>

De lo anterior, debe quedar claro que los cambios culturales no se mueven a una misma velocidad; a fines del siglo XVIII, los intelectuales que se enlistaban en el proyecto de la ilustración se encontraban, al mismo tiempo, insertos en las redes culturales de la colonia hispánica; ello se reflejará con evidencia después de 1808, cuando la monarquía colapse, encontrándose sus manifiestos en una profunda ambigüedad, propendiendo por la autonomía, en ocasiones, o por la integridad de la monarquía en otras. La tradición y la trasgresión confluyen en estos textos, demostrando una gran indeterminación en un espacio que perdía sus lazos trascendentales con la Corona.

### 2. La Constitución como objeto narrativo, ficción que configura realidades.

La fractura del mundo hispánico contenido en la figura del Rey, se commociona con los hechos acaecidos en Bayona; no hay un referente soberano y tanto en las provincias americanas como en la península, los distintos pueblos erigieron sus autonomías como una manera de contener la ruptura. La clave para esto la encontraron en la escritura de las constituciones.

<sup>44</sup> Ver la introducción hecha por Germán Carrera Damas. .Castro Leiva (1984). pág. 12.

<sup>45</sup> Restrepo Piedrahita. *Op cit.* pág. 451.

<sup>46</sup> Castro Leiva. *Op cit.* pág. 38.

<sup>47</sup> “Creyendo con Max Weber que el hombre es una animal inserto en tramas de significación que él mismo ha tejido, considero que la cultura es esa urdimbre y que el análisis de la cultura ha de ser por tanto, no una ciencia experimental en busca de leyes. Sino una ciencia interpretativa en busca de significaciones”. Geertz, Clifford (2003). *La interpretación de las culturas*, Barcelona, Editorial Gedisa, pág. 20.

Con los lazos rotos con el Rey, las constituciones se convierten en textos semantizados que construyen relatos donde se retoma un mundo para ordenarlo y convertirlo en un espacio armónico y coherente. En ese sentido, las constituciones funcionan como una ficción que configura la realidad; en modo alguno son falsificaciones de ésta: son textos productores de sentido, que fundan espacios a imagen y semejanza de sus redactores.

De allí que las imágenes que crean los primeros proyectos constitucionales (por ejemplo el Rey y el pueblo) son objetos narrativos que se erigen para sustituir la trascendencia perdida. Sin embargo, el ejercicio de lectura resulta insuficiente en un espacio donde los lectores son tan pocos; por lo que el ejercicio de encuentro entre los autores y lectores, se convierte en un fenómeno más complejo, debido a las estrategias de difusión; por medio de las proclamas y bandos, la lectura deviene en escucha.

Por todo esto, las constituciones se harán tan importantes, ahora que el rostro del Rey se desvanezca; la *anarquía*, es decir, la división del territorio al infinito, se convierte en el objeto de temor que hay que conjurar con el diseño institucional de las nuevas constituciones. Por lo tanto, los territorios, para conservar las divisiones trazadas con anterioridad, y adjudicarse el derecho para contener las poblaciones disidentes, deben fundarse con proyectos constitucionales que las legitimen en su acción de contención y anexión.

Por otro lado, las constituciones proyectan un espacio ficticio que sirva para controlar la radical inmanencia, es decir, el confluir azaroso de un pueblo profundo que les es extraño. Con la construcción de lo público, se moraliza un espacio donde puede habitar un sujeto, blanco, propietario, mayor, etc.; es el único que puede ser llamado ciudadano.

Sin embargo, este esfuerzo por racionalizar y contener la diferencia y construir sobre ella la unidad ficticia representada en las mismas Provincias, no fue suficiente, los ruidos de la división estallan en el corazón de los distintos territorios. La guerra interna, se convierte en un factor de definición en el reordenamiento del mapa neogranadino. Pronto la reconquista truncará el proyecto de construcción de Estados modernos; solo una reconfiguración de la guerra será determinante para inclinar la balanza en contra de los bandos realistas.

### **3. La guerra como operador de la identidad**

Puede afirmarse que el período posterior a 1816, fue un interludio en los manifiestos constitucionales. El reordenamiento de la guerra suspende los diferentes proyectos normativos, en un esfuerzo por superar la guerra de castas, instrumento que había sido funcional para el bando español. Esta operación proviene de la antigua capitánía de Venezuela, como efecto de la caída de las dos repúblicas que se habían erigido.

Por ello, el decreto de *guerra a muerte* no es un llamamiento al desorden, al contrario, es un ejercicio de racionalización y representación de la diferencia. En su lógica, hay que reordenar los conflictos al focalizar un enemigo que se convierta en sujeto-objeto sacrificial para contener la violencia desbordada en lo racial e integrar la causa republicana.

De allí que lo que no había podido lograr las Constituciones hasta el momento, lo estaba consiguiendo *la guerra a muerte*: construir la ficción de un enemigo, con un rostro definido, para lograr la unidad. La guerra es el operador que logra la identidad en este vasto territorio.

Además, la operación de la *guerra a muerte* será funcional para convertir a Nueva Granada y Venezuela en un espacio amplio que servirá de escenario de las batallas; los antecedentes de la nación grancolombiana se planean desde el quiebre de las antiguas fronteras para desatar desde allí una guerra que controle la violencia al infinito, en los márgenes trazados por un ejército patriota y en la visualización de un enemigo perfectamente dibujado.

Sólo después del declive del ejército realista, hacia 1818 se comienza un proyecto por normativizar la guerra. Los bandos patriotas veían en ello algo necesario, debido a la utilización de las tropas llaneras, *máquina de guerra* por su actuar inclasificable y nómada, para subsumirla en la racionalidad de un *aparato de Estado* colmado de jerarquías, estatutos de obediencias y sistemas de premios y castigos.

Este es uno de los propósitos de un manifiesto constitucional como el de Pore Casanare hacia 1818, estriar el espacio indómito de los llanos, disciplinando y normalizando la guerra. Los efectos de esta *ley fundamental* son mucho más significativos de lo que parece: la construcción de un Estado en un lugar apartado de cualquier centro institucional, requiere de una enunciación normativa, como de una violencia encauzada en las reglas de un ejército libertador.

Al final el ejército libertador, no solo se erige en un cuerpo ordenado, sino en un referente sacralizado, hasta tal punto de convertirse en un sujeto sagrado, que con su sacrificio, fundó la patria. Bolívar sería algo así como la concreción, la cabeza única sobre la cual descansa la autoridad sobre las armas y la legitimidad para enunciar un manifiesto como el de Angostura en 1819.

#### **4. Normalidad y excepción**

Ante la élite militar semantizada por las batallas y la figura de Bolívar como fundador de la naciente república de Colombia, las élites neogranadinas anteponen a la norma fundamental de Angostura un texto que contenga las facultades del poder ejecutivo. Pero lo que es particularmente significativo, es que de esta nueva ficción legalizada, surge una élite de constitucionalistas que quieren erigir el poder civil, ocultando los efectos de la *guerra a muerte* y su capacidad configuradora de la Nación.

Sin embargo, el poder soberano simbolizado en Bolívar y la presencia del enemigo en el Sur, serán los diques que sustenten la unidad colombiana en los límites de Colombia y Venezuela. De este modo se normaliza el espacio sobre el cual años atrás se libraba una guerra, administrando el poder del ejecutivo y controlando la guerra sobre el enemigo español. En pocas palabras, el requisito para la normalidad era mediante la administración de la fuerza.

Adicionalmente, una forma de controlar la integridad de la Constitución de 1821 y su capacidad normalizadora descansa en el artículo 191, en el cual se aplaza cualquier

intención de revisión y eventual reforma para después de 1831. Así se garantizaba ficcionalmente la estabilidad de un espacio que desde sus vasos capilares ya comenzaba a fragmentarse.

Ahora, desde la erradicación del enemigo como objeto único de la guerra, los contornos colombianos comienzan a removese; las facciones se posicionan en una tensión constante entre los militares, los constitucionalistas, los federalistas, etc. La constitución de Bolivia de 1826, obra del *Libertador*, se inserta como forma de minar la norma de 1821. Por otro lado, los constitucionalistas comienzan a inclinarse por una constitución que declare las autonomías de las diferentes regiones. Se comenzaba a ver el conflicto social, como un *estado de necesidad* que legitimara el fin de la normalidad para imponer la fuerza de la excepción y de la reforma con toda su violencia.

Pero el momento del conflicto llega con la rebelión de los caudillos venezolanos encabezados por José Antonio Páez, en un acto que desatiende el reconocimiento de la Constitución de Cúcuta, para fundar un nuevo orden que recortara el territorio oriental de Colombia en los límites de un naciente nacionalismo venezolano. La segunda irrupción significativa, en la afirmación de una especie de solidaridad militar, fue el quitar del camino cualquier mediación institucional para establecer lazos de obediencia, solo con la figura de Bolívar.

La tercera irrupción significativa de la constitución del 21 radica en la aceptación de Bolívar y la negociación para una eventual reforma. El poder soberano representado en Bolívar suspende la aplicación del ordenamiento jurídico vigente para proteger la integridad de la República. Por su parte, los congresistas en Bogotá se ponen de acuerdo para adelantar la reforma a la Constitución y desconocer la vigencia de la cláusula del artículo 191.

Las facciones estallan en la convención de Ocaña en 1828, en la lucha por la titularidad de la reforma; con el legalismo, los constitucionalistas se adjudican la titularidad de la reforma por ser los únicos representantes del poder constituyente, la facción liderada por Bolívar ven en las prerrogativas del legislativo, el síntoma de una organización mal constituida, por lo que se necesitaba de un gobierno más fuerte. En consecuencia los desacuerdos llevan al fracaso del colegio; imponiéndose en el horizonte de sentido un abismo normativo ya que no había ninguna constitución que rigiera.

Este vacío es el *estado de necesidad* perfecto en el cual Bolívar establecerá un puente directo con un pueblo construido ficcionalmente para legitimar la excepción máxima, es decir, la *dictadura soberana*, en términos de Carl Schmitt; ya no se trata de la suspensión transitoria de la constitución, sino de su sustitución para conservar el orden y la unidad que se estaba desmoronando.

La renuncia de Bolívar marca un final anunciado, la Constitución Colombiana de 1830, intenta contener la división con la enunciación de una *colombianidad*, sin embargo el libertador ya se había ido y días después Venezuela reclamaría, mediante su constitución, su afirmación como venezolanos. Las fronteras se habían trazado de nuevo y el desmonte de una nación sustentada en el proyecto de 1821 ya se había consumado; lo que seguirá será un fantasma representado en la silueta dramática de Bolívar en la que se construirán proyectos ficcionales de la unión perdida.

### 5. La Nación no es un a priori

Con lo visto hasta aquí, podemos concluir que la Nación, como la entendemos hoy en día, no es un espíritu que yacía dormido hasta el despertar de las luchas de emancipación. Es un fenómeno extraño, producto de una modernidad que conmocionó lo más profundo de los territorios atlánticos, resultado de un choque de fuerzas donde intervino cierta dosis del azar de la historia; su fundamento fue construido paso a paso por la violencia, bélica y simbólica, que atravesaron estos años.

Lo que vemos en un primer momento, es el estallido de un hispanismo como factor de identidad; a lo que los diferentes actores e instituciones gravitan en la indeterminación por restablecer los lazos perdidos con España; de allí los proyectos constitucionales de los primeros años que intentan contener las divisiones territoriales previamente establecidas en la colonia.

Como se había señalado líneas arriba, la guerra es el configurador más eficaz de una identidad nacional; ya que define la unidad a partir del enemigo que en los anteriores proyectos constitucionales era un sujeto con un rostro sin definir. La suspensión de las convenciones en el devenir de la *guerra a muerte* dibuja el mapa donde se construirá la gran Nación colombiana. Las constituciones que se inscriben en este periodo funcionan como un lugar donde se administra la violencia en la lucha por la independencia.

Esta “Gran Nación” se convierte en una de las representaciones más significativas del proyecto ilustrado, donde se enarbola un pueblo medido con las normas de la virtud y una unión establecida desde los criterios de la razón, con la imagen solar de Bolívar como centro en el que gravita las instituciones republicanas; sin entender la *diferencia* de un pueblo profundo y las divergencias en lo regional y local. Estas finalmente minarán el proyecto nacional Grancolombiano para compartmentarse en las naciones que conocemos hasta hoy.

La ficción de una Nación sustentada por lo legal, continúa en la representación de la diferencia que no puede alcanzar, esta se le escapa continuamente; aparece en las manifestaciones del pueblo profundo, como en las innumerables violencias que lo atraviesan. Las élites durante todo el siglo XIX, redactarán constituciones que denoten entornos normativos desde los cuales el Estado nacional se erige en el único representante de la Nación, además de todo un proyecto cultural de naturalización de la nación colombiana, concibiéndola como una sustancia por fuera de la historia a la cual hay que llegar.

## Referencias Bibliográficas

Almario, Oscar (2005). *La invención del suroccidente colombiano*, Tomo II: *Independencia, Etnicidad y Estado Nacional entre 1780 y 1930*, Medellín: Editorial Universidad Pontificia Bolivariana.

\_\_\_\_\_ Del nacionalismo americano en las Cortes de Cádiz al independentismo y nacionalismo de Estado en la Nueva Granada, 1808-1821. En: Manuel Chust e Ivana Frasquet (eds.) (2009). *Los colores de las independencias iberoamericanas. Liberalismo, etnia y raza*, págs. 197-219. Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas - Colección América.

\_\_\_\_\_ Continuidades y cambios en la percepción del tiempo, los acontecimientos y los imaginarios políticos durante la Independencia neogranadina. En: Yobenj Aucardo Chicangana Bayona y Francisco Ortega (eds.) (2011). *Nuevos abordajes a las culturas políticas de las independencias y sus legados*. Medellín: Universidad Nacional de Colombia, sede Medellín (en prensa).

Acevedo y Gómez, José (1996). “Acta del cabildo extraordinario de Santafé”. En: *Revolución del 20 de julio de 1810, Sucesos y Documentos*. Santafé de Bogotá D.C: Instituto Colombiano de Cultura Casa-Museo del 20 de julio.

Bolívar, Simón (2007). *Obra política y constitucional*. Madrid: Editorial Tecnos (Grupo Anaya).

Bolívar Simón, “Memoria dirigida a los ciudadanos de la Nueva Granada por un caraqueño” (manifiesto de Cartagena) Diciembre 15 de 1812. En: Pérez Vila, Manuel (2009). (Comp.), *Doctrina del libertador*, págs. 4-23. Caracas: Biblioteca Ayacucho.

Carrera Damas, Germán (1987). *El culto a Bolívar*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

Castro Leiva, Leiva (1984). *La Gran Colombia, una ilusión ilustrada*. Caracas: Monte Ávila editores.

Chust, Manuel (2007). “Un bieño trascendental: 1808-1810”. En: Chust, Manuel (Coordinador) *La eclosión juntera en el mundo hispánico*. (2007) págs.11-50. México: Fondo de Cultura Económica, págs. 11-50

Deleuze, Gilles. *Diferencia y repetición*. Buenos Aires: Amorrortu editores, 2009.

Deleuze, Gilles y Guattari, Felix (1994). *Mil mesetas, capitalismo y esquizofrenia*. Valencia: Pre-textos.

Guerra, Francois-Xavier (2011). *Modernidad e Independencias. Ensayos sobre las revoluciones hispánicas*, México, Editorial MAPFRE y Fondo de Cultura Económica.

Gutiérrez Ardila, Daniel (2010). *Un nuevo reino, Geografía política, pactismo y diplomacia*

*durante el interregno en Nueva Granada (1808-1816).* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Gutiérrez, Ardila Daniel (Ed), *Actas de los Colegios Electorales y Constituyentes de Cundinamarca y Antioquia*, Tomo I. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010. Consultado el 28 de febrero de 2011. En: <http://cultural.uis.edu.co/files/FINAL%20TOMO%201%20ACTAS.pdf>

Lynch, John (1976). *Las independencias hispanoamericanas, 1808-1826.* Barcelona: Editorial Ariel.

\_\_\_\_\_ (2009) *Simón Bolívar.* Bogotá: Editorial Planeta Colombiana S.A.

Martínez, Garnica Armando, (1998). *El legado de la patria boba.* Bucaramanga: Universidad Industrial de Santander.

Nariño Antonio (1812, enero 5) *La Bagatela*, No. 28. Consultado el 6 de marzo de 2001 en:[http://www.banrepicultural.org/sites/default/files/lablaa/historia/la-bagatela/la-bagatela28.pdf](http://www.banrepultural.org/sites/default/files/lablaa/historia/la-bagatela/la-bagatela28.pdf)

Phelan, John Leddy (1980). *El pueblo y el Rey: La revolución comunera de 1771.* Bogotá: Carlos Valencia Editores.

Portillo, José María (2004). *Autonomía y Constitución. La historiografía y la crisis atlántica de 1808.* En *Istor, Revista de historia*, Año IV, Num, págs. 1-13

Posada, Eduardo (1914) (compilador), *El 20 de julio. Capítulos sobre la revolución de 1810.* Bogotá: Imprenta de Arboleda & Valencia.

Restrepo Piedrahita Carlos (comp.), *Documentos para la historia del constitucionalismo colombiano*, No1. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 1997.

Restrepo Piedrahita, Carlos (1993). *Primeras Constituciones de Colombia y Venezuela 1811-1830.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Ricoeur, Paul (1987). *Tiempo y narración*, Volumen I: *configuración del tiempo en el relato histórico*, Madrid: Ediciones Cristiandad.

\_\_\_\_\_ (2003). *Tiempo y narración*, vol. III, *El tiempo narrado.* México: Siglo XXI editores.

Schmitt, Carl (2003). *La dictadura. Desde los comienzos del pensamiento moderno de la Soberanía hasta la lucha de clases proletaria.* Madrid: Alianza Editorial.

Thibaud, Clément (2003). *República en armas, los ejércitos de Independencia en Colombia y Venezuela.* Bogotá: Planeta S.A.

Torres Camilo, Representación del muy ilustre Cabildo de Santafé a la Suprema Junta Central de España En: Instituto Colombiano de Cultura casa-museo del 20 de julio, *Revolución del 20 de julio de 1810, Sucesos y Documentos*. Santafé de Bogotá D.C. 1996.

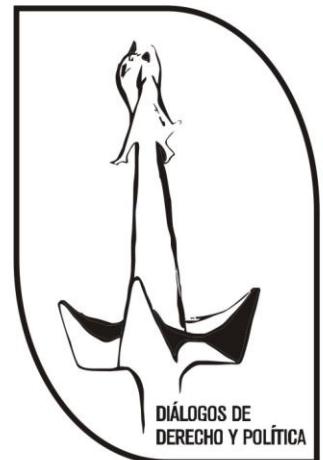
Uribe Vargas Diego (1977) (comp.), *Las constituciones de Colombia (Historia, crítica y textos)*, 2 tomos. Madrid: Ediciones Cultura Hispánica.

Urueña Cervera Jaime, *Nariño, Torres y la Revolución Francesa*, Bogotá, Ediciones Aurora, 2007. P. 68.

Vázquez Carrizosa, Alfredo (1979). *El poder presidencial en Colombia, la crisis permanente del derecho constitucional*, Bogotá, Enrique Dobry editor.

Valencia Villa, Hernando (1997). *Cartas de batalla: una crítica al constitucionalismo colombiano*. Bogotá: Fondo Editorial Cerec.

Wills María Emma, La convención de 1821 en la Villa del Rosario de Cúcuta: Imaginando un soberano para un nuevo país. En: *Historia Crítica*, No. 17. Bogotá: Universidad de los Andes, Julio-diciembre, 1998. Pp.105-139.



## Empleo público y corrupción en Colombia

**Hernán Darío Vergara Mesa**

Abogado y Magíster en Derecho. Profesor, Facultad de Derecho  
y Ciencias Políticas Universidad de Antioquia.

Correo electrónico: hernandariovergara@gmail.com

## Resumen

A propósito de una de las decisiones de tutela más audaces proferida por la Corte Constitucional de Colombia en los últimos años, en el artículo se hace un análisis de la estrecha relación que durante largo tiempo ha mantenido el fenómeno de la corrupción con las diferentes modalidades de provisión del empleo público o de cumplimiento de la función pública estatal. Allí se muestra cómo la figura de la provisionalidad ha sido utilizada, más que como un medio para atender transitoriamente las necesidades de la organización administrativa, como una forma de clientelismo político, mucho más cercana a los sistemas de patronazgo y de botín político que al de funcionamiento eficaz del sistema de mérito constitucionalmente establecido, incluso con anterioridad a la expedición de la Carta Política de 1991. Del mismo, se hace alusión a otros mecanismos que en los últimos años se vienen utilizando para encubrir con mayor sofisticación el citado patronazgo dentro de la función pública colombiana.

**Palabras clave:** empleo público; función pública; corrupción; Corte Constitucional.

## Empleo público y corrupción en Colombia

### Introducción

Hace relativamente poco se produjo una de las decisiones más controvertidas de los últimos años de la Corte Constitucional Colombiana, la sentencia SU-917 del 16 de noviembre de 2010. En esta providencia, la Corte hace una revisión aleatoria de decisiones de tutela emitidas por diferentes jueces y tribunales del país, con la finalidad de fijar el alcance de la protección de los derechos constitucionales fundamentales, de acuerdo con las competencias que le asignó la Carta Política de 1991, y determinar si los mismos, en las condiciones del caso concreto, debían ser objeto de protección judicial.

Lo particular de esta providencia, y ahí radica su importancia, es que la Corte revisa 24 procesos de tutela que tienen en común el mismo problema de constitucionalidad: aluden a demandantes que tenían la calidad de *empleados públicos nombrados en provisionalidad* que fueron a retirados del servicio mediante actos administrativos *inmotivados*. Además que, a partir de un extenso razonamiento, pronuncia una serie de medidas que, en principio, en nuestro país hemos entendido de competencia exclusiva de los jueces de la jurisdicción contencioso administrativa, como es la declaración de nulidad de los actos administrativos y el consiguiente restablecimiento del derecho. Esto ha generado lo que comúnmente se conoce como “choque de trenes” entre la Corte Constitucional y el Consejo de Estado.

Pero al margen de este conflicto institucional, uno de los fundamentos del fallo que más llama la atención es que la Corte encuentra que la relevancia jurídica y particularmente constitucional del problema de la *falta de motivación de los actos administrativos mediante los cuales se retira del servicio a empleados nombrados en provisionalidad* en la administración pública y en las demás entidades estatales, radica en que la persistente falta de aplicación de la carrera administrativa en Colombia se ha prestado para manejos clientelistas de los cargos públicos, dentro de lo cual el retiro discrecional e inmotivado de los empleados provisionales es uno de los capítulos críticos de este fenómeno. En ese contexto fáctico, la vulneración de derechos fundamentales de ciertas personas, las que tienen un nombramiento provisional en la administración pública, no solamente es posible sino recurrente, y eso es lo que lleva a la Corte a intervenir de una manera contundente, como lo hizo en otras ocasiones que ella menciona, y lo hace especialmente en esta sentencia. Dice textualmente la Corte lo siguiente:

Desde esta perspectiva, la línea argumentativa trazada por la jurisprudencia constitucional, encaminada a insistir en el deber de motivación de los actos administrativos de desvinculación de servidores públicos nombrados en provisionalidad, no puede ser interpretada como una forma de petrificar las nóminas estatales que estimule ilegítimas prácticas burocráticas, sino como un instrumento realmente transitorio, cuyos efectos prácticos deberán desaparecer conforme se realicen concursos inspirados en el mérito y el acceso al empleo bajo parámetros de igualdad. En otras palabras, la presente decisión debe ser leída como una forma de superar un estado de cosas anómalo, inconstitucional si se quiere, caracterizado por la ausencia de concursos de méritos y los nombramientos en provisionalidad, desconociendo que éste es sólo un mecanismo excepcional encaminado a solventar

problemas coyunturales, que bajo ninguna perspectiva pueden convertirse en la regla general en detrimento de claro mandatos de orden superior.”

Este fallo y todas sus piezas son una muestra fehaciente de la persistencia de los factores de corrupción asociados o enquistados en función pública colombiana desde hace muchas décadas en Colombia; es una realidad indiscutible que ha abonado el terreno para que los sistemas de mérito consagrados formalmente para la función pública desde hace 70 años no sigan siendo más que una eterna frustración o un capítulo aún pendiente por escribir dentro de esta nueva era constitucional.

Lo que intenta mostrar este estudio es justamente una panorámica de esa particular forma de corrupción y de los medios que cada vez se van ideando para propiciarla, neutralizando de esa manera la vigencia de uno de los principios medulares de la Carta Política de 1991: el sistema de mérito.

### **1. La persistencia en Colombia del sistema de patronazgo o de libre disposición de los cargos públicos**

Unos de los datos que más ha llamado la atención de la Corte Constitucional durante los últimos 13 años, y que ha derivado en audaces y fuertes pronunciamientos, como el que contiene la sentencia SU-917 de 2010, es que la falta de operatividad de la carrera administrativa ha conllevado una utilización recurrente de la figura de la provisionalidad, en tanto la imposibilidad de realizar los concursos públicos de mérito exige vinculaciones temporales para la efectiva prestación del servicio por parte de la administración pública; del mismo modo, cuando este personal –el nombrado en provisionalidad– es retirado del servicio sin la necesidad de expresar las razones de esa decisión (razones que son las que la motivación del acto de retiro suministraría), generan la conclusión de que lo que hay de por medio es una política generalizada de libre disposición de los cargos públicos por parte de las autoridades nominadoras, y que en este punto específico se desvirtúa el mandato constitucional del mérito para el acceso y la permanencia en la función pública (Artículo 125 de la Carta Política). De esa manera, la excepción –la provisionalidad–, se convierte en la regla, truncándose los principios de moralidad, eficacia, eficiencia y otros propios de la función administrativa (artículo 209 CPC).

Pero lo anterior es simplemente la consecuencia de una resistencia histórica a la implementación de los sistemas de mérito o de carrera administrativa en el país. Ese fenómeno no es nuevo ni mucho menos más evidente ahora que lo que ocurría hace 70 años cuando se diseñó la primera normatividad de carrera (Ley 165 de 1938) y que se ha venido repitiendo década tras década, de diferentes formas y con distintas modalidades, que no dejan sino la sensación de que este es un mandato formal, constitucional o legal, sin una recepción práctica por la clase política del país. Hablo de la clase política, porque realmente, como se dirá después, la ineeficacia del sistema de mérito ha respondido más a la periódica utilización de medidas legislativas o administrativas que a la larga impiden una operatividad adecuada o mínimamente suficiente de la carrera como medio de gestión del personal que está al servicio del Estado. Aunque hurgando un poco más, la cosa puede datar desde antes de los inicios de la vida republicana colombiana, como una remembranza de los usos y costumbres coloniales que dejó introyectada nuestra madre

patria España en los países latinoamericanos de su influencia, en particular Colombia en donde encontró abonado el terreno para su adaptación y recreación.<sup>1</sup>

Y ¿Cuál es el objetivo de esta resistencia?

Por supuesto que la posibilidad de que la nómina estatal pueda ser administrada discrecionalmente por las distintas autoridades públicas, sin que se interpongan mecanismos reglados de selección, evaluación y retiro, que impiden la injerencia de sus intereses personales, ideológicos o políticos en la designación del personal a su cargo, y con ello, la posibilidad de lograr prebendas de índole económica, política o social. Es una finalidad que cae dentro del concepto que actualmente se adopta de corrupción, como aprovechamiento de los bienes públicos (como es el empleo público) en beneficio personal y no de los de interés general a los que están destinados.<sup>2</sup>

Y ¿Cuáles son los medios para hacer efectiva esta resistencia?

Pues bien, éstos han sido de los más variados y creativos posibles. A continuación se describe parte de la realidad que ha experimentado nuestro país a ese respecto, en el cual se destacarán algunos de los medios usualmente utilizados para lograr la apropiación de los empleos públicos, que hacen pensar que, en nuestros días y después de décadas de ingentes luchas, Colombia aún transita por los caminos del patronazgo o compadrazgo, del botín político<sup>3</sup> o en el de libre disposición de los empleos públicos y que en este punto la normatividad constitucional y legal ha sido poco menos que letra muerta,<sup>4</sup> y ha debido ceder a la campante corrupción.

Martínez Cárdenas y Ramírez Mora,<sup>5</sup> destacan que el empleo en la burocracia colonial se convirtió en una fuente principal de ingreso y de posición social para la aristocracia española, que contaba con especiales ingredientes para derivar en la corrupción y el patronazgo, lo que no varió significativamente con el proceso de independencia.<sup>6</sup> Entre los factores determinantes de estas prácticas pueden mencionarse los siguientes:

---

<sup>1</sup> Cfr. Martínez Cárdenas, Edgar Enrique y Ramírez Mora, Juan Manuel, *La corrupción en la Administración pública: Un perverso legado colonial con doscientos años de vida republicana*, En: Reflexión Política, Año 12, No. 23, junio de 2010, Bucaramanga, UNAB, pág. 71.

<sup>2</sup> Cfr. Del Percio, Enrique, *Política o Destino*, Buenos Aires, Editorial Suramericana, 2009, pág. 116

<sup>3</sup> “El sistema de Botín Político corresponde a aquella concepción de que todos los cargos públicos deben ser desempeñados por personas adeptas al movimiento político que obtenga la victoria electoral o simplemente que detente el poder. Ello implica que los funcionarios no necesariamente serán seleccionados entre los más capaces o de mayores méritos, sino entre aquellos que tengan mayores influencias y mejores padrinos políticos. La estabilidad del funcionario no está garantizada y cualquier cambio político puede ocasionar su remoción. En el sistema de botín político se utiliza el aparato estatal como un medio para lograr el pago de favores electorales y también como instrumento indispensable para asegurar los votos requeridos que garanticen la permanencia del grupo político en el poder”. Martínez Cárdenas, Edgar Enrique, *La Carrera Administrativa en Colombia: 70 Años de Ficción*, En: Revista Opinión Jurídica, Vol. 9, No. 18, Julio-Diciembre de 2010. Medellín, Colombia, pág. 115.

<sup>4</sup> Es común en Colombia que cuando una persona ingresa a un cargo público, mucho más si ese cargo es de mediana o alta importancia, se le pregunte por el padrino político que lo ayudó.

<sup>5</sup> Ob. cit, págs. 73 y ss.

<sup>6</sup> Una idea similar destaca el profesor Del Percio, Enrique (2010). *La Condición Social – Consumo, poder y representación en el capitalismo tardío*, Buenos Aires, Jorge Baudino Ediciones, pág. 151.

- La centralización de la estructura gubernamental, que generaba pequeños centros de poder y un número cada vez mayor de regulaciones administrativas por parte de instancias intermedias dentro de la administración pública, que creaban la tentación de cobrar o pagar un peaje a cambio de algo.
- Los bajos salarios que obtenían los servidores públicos por sus servicios, que aceleraba la oportunidad de obtener los beneficios del empleo, aunque sea para completar el monto de su asignación.
- La adopción de un sistema presidencialista, que propicia la lealtad a un dirigente político.
- La importancia que las sociedades latinoamericanas, y especialmente la colombiana, le dan a los criterios personales, familiares y de amistad, que favorecen las redes de acceso a las instituciones públicas a partir del intercambio de favores de toda índole con un jefe político.
- El carácter ambiguo y antitécnico de las normas jurídicas que generaba desconocimiento y desconcierto en los ciudadanos y arbitrariedad por parte de las autoridades, lo que le restaba fuerza moral para ser aceptada y acatada.<sup>7</sup>
- Finalmente, la convivencia que la sociedad colombiana ha tenido históricamente con grupos de poder que le disputan el monopolio de la fuerza y la legitimidad al Estado, como la guerrilla, el paramilitarismo y el narcotráfico, que han sido determinantes para incidir en las elecciones a cargos públicos, para doblegar la voluntad de los dirigentes políticos de acuerdo con sus intereses y asumir en muchas regiones del país una posición dominante en relación con la provisión de los empleos estatales.<sup>8</sup>

En el siglo XIX, el líder político liberal Ezequiel Rojas expresaba el deseo -que aún seguimos teniendo- de que este sistema de botín político fuera superado en nuestro país:

“Quiere el Partido Liberal que no se deje al poder ejecutivo la facultad de dictatorial para remover empleados (...); Quiere muy especialmente el Partido Liberal que al conferir los destinos públicos sólo se tenga en mira el buen servicio a la sociedad, que se atienda especialmente a las aptitudes, capacidades y probidad que se tengan para desempeñarlos. Conferir destinos en recompensa de servicios, para premiar un voto a favor de alguna persona, es desmoralizar la sociedad; es un crimen. Conferirlos por dar renta a las personas pobres, cuando no hay aptitudes y tal vez sí falta de probidad, es prevaricar, es ejercer actos de beneficencia con los bienes ajenos. La sociedad (...) tiene derecho a que se le sirva bien, porque de ello depende su prosperidad y bienestar: debe, pues, emplearse a los hombres que puedan prestar buenos servicios con fidelidad, sea cual fuere el partido político a que hayan pertenecido o pertenezcan.”<sup>9</sup>

---

<sup>7</sup> Cfr. Del Percio, Ob. cit, pág.153

<sup>8</sup> Esta es una de las más complejas y persistentes realidades de la vida colombiana de las últimas tres décadas, que se sintió con gran preocupación en las elecciones del mes de octubre pasado. Para una descripción de este fenómeno puede consultarse: <http://www.semana.com/nacion/elecciones-amenazadas/1627183.aspx>

<sup>9</sup>Citado por Molina, Gerardo (1849). “*Las ideas Liberales en Colombia*”, Bogotá.

De la misma manera, uno de los caudillos más emblemáticos de finales del siglo XIX y principios del siglo XX, el general Rafael Uribe Uribe, sostenía la misma idea:

“¿De qué sirve que un funcionario al sea competente sino tienen la seguridad de permanecer en su empleo, de suerte que cuando haya puesto en vía de ejecución medidas que cree útiles, viene el sucesor y las interrumpe o las cambia? ¿Ni cómo puede ser competente sino se les contrata por su propio valor, sino por razones de parentesco, o de favoritismo? La política de clientela es el resultado inevitable de una organización administrativa que para nada o para muy poco tiene en cuenta la formación de especialistas... Si los métodos de nominación no dan como resultado designar los hombres en quienes concurran las condiciones que los hagan dignos del puesto, sino los que gusten a ciertas personas o círculos, al servicio de planes preconcebidos, serán perversos métodos no importa el nombre con que se les bautice o disfraz... El régimen de compadrazgo es vicio tradicional de la raza, condensado en el adagio: el que no tiene padrino muere moro. Reaccionar contra él para adquirir un personal capaz, es una de las necesidades más urgentes. Pero el mayor mal es otro: mantenemos escuelas de servilismo, porque la inseguridad en la posesión del puesto, dependiente de la voluntad caprichosa de los jefes, acaba con la independencia de los subalternos, a toda hora temerosos de la remoción.”<sup>10</sup>

Lo anterior muestra que las prácticas corruptas en relación con los cargo públicos ha sido parte de la historia del país y que lo que ahora tenemos no es más que un réplica de las mismas.

Pero esa historia no termina allí, porque la creatividad de la que ha hecho gala nuestra clase política del siglo XX y lo que va corrido del siglo XXI para formalizar reglas jurídicas que generalicen la idea de propósitos transparentes en la gestión de la función pública, pero a la vez en el diseño de antídotos eficaces para contrarrestarla, no tiene posiblemente parangón en esta región del continente, porque de otro modo no se podría explicar que las normatividades técnica y jurídicamente bien concebidas que se han expedido desde 1938 no hayan alcanzado a tener al menos alguna eficacia práctica en el sector público.

En este año se expide la Ley 165, mediante la cual se regulaba un sistema de administración de personal que procuraba la igualdad para el acceso a los empleos públicos, sustentado exclusivamente en el mérito de los aspirantes, a quienes se les garantizaba la estabilidad en el cargo mientras cumplieran con eficacia y honradez las funciones propias del mismo. De haber sido eficaz esta ley, posiblemente hubiera depurado gran parte de la corrupción sobre los empleos públicos superando parte del patrimonialismo que los envolvía.<sup>11</sup>

Pero no fue así, en una evaluación de éste y otros componentes de la institucionalidad colombiana, la llamada “Misión Currie”, en informe rendido en el año 1952, expresaba que de los “... 50.000 empleados gubernamentales existentes en la época, menos de 1.500 pertenecían a la carrera administrativa y un reducido número de los mismos había

---

<sup>10</sup> Citado por Younes Moreno (2005). *Derecho Administrativo Laboral*, Bogotá, Editorial temis, págs. 216-217

<sup>11</sup> Se habla de patrimonialismo, porque también en Colombia es común el imaginario de que los empleos tienen sus dueños políticos, tal cual se describe en Del Percio, Enrique, ob. cit, págs. 106 a 108

ingresado a ella por concurso de méritos (...). “(...) después de doce años de experiencia práctica sobre la carrera administrativa, el concepto de todos los sectores, empleados, supervisores, sindicatos, altos funcionarios oficiales y el público en general, es unánime en cuanto a que la carrera administrativa no ha logrado su finalidad y que, al presente, es casi absolutamente inoperante...la consecuencia última de esa situación es la de que la carrera administrativa se encuentra muy desprestigiada en la actualidad habiéndose perdido casi completamente la esperanza de que ella pueda convertirse en el núcleo central de una carrera política del servicio civil del Estado colombiano.”<sup>12</sup>

Esa ineficacia era prácticamente previsible por una razón muy sencilla: las normas de carrera que contempló la ley no hacían relación a los organismos que la podrían hacer efectiva, y mucho menos aquellos encargados de realizar el control requerido para ello. Nació la criatura pero sin posibilidades de subsistir, muriendo entonces por desidia y abandono.

En la década de los cincuenta, a partir del diagnóstico generado por la “Misión Currie” y otros elementos de juicio aportados en esa época, se retoma la discusión en torno a la necesidad de implantar un sistema de carrera administrativa, que además de estar a tono con los desarrollos mundiales sobre la materia, especialmente considerando el modelo francés de función pública, sea eficaz para los propósitos de lograr una administración pública eficiente y dinamizadora del desarrollo social. Pero ante todo, ésta es una de las épocas más violentas de la historia colombiana, que se expresaba con mayor rigor en la lucha partidista, que tenía en los cargos públicos el botín político de quienes accedían al poder; por eso, la pacificación del país era realmente el verdadero fin buscado por las iniciativas reformadoras de esta década, lo cual sólo se podría lograr abstrayendo los intereses del Estado de los avatares políticos y superando el sistema de repartición de los cargos públicos como pago por los servicios prestados en la lucha partidista. El de la función pública era pues una de las claves por las que intentaría resolver parte de esta cruenta lucha política que sacrificó las vidas de miles de personas.<sup>13</sup>

Uno de los antecedentes que se exponen de esta reforma, expresa lo siguiente: “Un primer límite debe ser la urgentísima creación de una carrera de servicio civil que suprima el concepto de que el vencedor político tiene derecho a los despojos del vencido y a alterar de arriba abajo la administración pública sustituyendo a todos los empleados por nuevos favoritos. La tragedia de cada transición de poder ha sido esa, no por la importancia inexistente, del cuerpo de empleados en relación con la población del país, sino porque son empleados o aspirantes quienes promueven la violencia para defender sus cargos o la desatan para adquirirlos.”<sup>14</sup>

En atención a estos antecedentes y por virtud de un proceso plebiscitario, en el año 1957 se logra por primera vez en Colombia la consagración constitucional de la carrera administrativa, lo que inaugura una nueva fase en la que esta institución tenía un serio

<sup>12</sup> Informe citado por Younes Moreno, Diego (2005). *Derecho Administrativo Laboral*, Bogotá, Temis, pág.199

<sup>13</sup> “No se puede desconocer la importancia fundamental de separar al funcionario público de la actividad política, porque si justamente una de las causas de la violencia de esa época era la puja por el puesto público teñido de un color, era absolutamente necesario que quienes se vincularan a la administración pública, lo hicieran desprendidos de cualquier pasión partidista”. Younes Moreno, Diego (1994), *Carrera Administrativa*, En: Implicaciones Jurídicas de la Reforma Administrativa, Bogotá, Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario - Biblioteca Jurídica Diké.

<sup>14</sup> Citado por Younes Moreno, ob. cit., pág. 201.

mandato para el legislador y para el gobierno nacional de desarrollar toda la serie de elementos que permitirían hablar de un verdadero sistema de carrera. La misma norma constitucional prescribió los puntos fundamentales para ello, al establecer que las autoridades que tengan la facultad de nombrar y remover empleados administrativos no pueden ejercerla sino dentro de las normas que expida el congreso para el acceso, el ascenso, retiro y despido; la prohibición de participar en política; y que en ningún caso la filiación política de los ciudadanos puede determinar su nombramiento para un empleo o cargo público de la carrera administrativa, o su destitución o promoción.

El desarrollo de la norma constitucional obtenida mediante el plebiscito en lo atinente a la carrera, se hizo con la Ley 19 de 1958 y con el Decreto 1732 de 1960; con este último se obtuvo por primera vez, un estatuto integral de la administración del personal que prestaba sus servicios al Estado, entre cuyas regulaciones se destacaban las relativas a la carrera administrativa, desde los procesos de selección, las pruebas, las listas de elegibles, el nombramiento y el período de prueba.

Obsérvese que la normatividad sobre la carrera cada día se perfilaba con mayor perfeccionamiento, en tanto se preveían todos los aspectos que requería cualquier sistema de mérito, incluso ya con los organismos encargados de su aplicación, que era una de las falencia de la anterior norma. Sin embargo, imperaba la falta de voluntad política para hacerla efectiva. Los concursos públicos de mérito simplemente no se realizaron y los controles administrativos nunca funcionaron para ese propósito. Y la razón implícita en todo esto era la misma: la resistencia significativa de los jefes administrativos y de los políticos regionales, en la medida en que se les despojaba de la facultad de nombrar y remover libremente a los empleados, que se ha asociado histórica y culturalmente en nuestro país a la ejecución de la política militante, “arraigo difícil de vencer en un país como el nuestro, en el que una de las actividades que más atraen es, precisamente, el ejercicio de la política.”<sup>15</sup>

En el marco de la reforma administrativa más importante realizada en Colombia hasta la expedición de la Carta Política de 1991, se expide el Decreto Ley 2400 de 1968, mediante la cual se regula integral y sistemáticamente la administración del personal civil de la Rama Ejecutiva.

Entre los aspectos más destacados de este decreto se encuentran la regulación del empleo público, su clasificación, los procesos de selección y demás elementos del régimen de carrera, las situaciones administrativas, el régimen disciplinario, entre otros. Pero lo que más llama la atención de este decreto es que inicia una práctica que se va a generalizar a través de los años y que tendrá consecuencias adversas para la eficacia de los sistemas de mérito en el país, como fue la de la *inscripción automática* masiva en la carrera de todas las personas que estuvieran al servicio de la administración pública a la fecha de su

---

<sup>15</sup> Younes Moreno, Diego, ob. cit, página 205. En el mismo sentido se expresa Jiménez Benítez, William (2005). *Reforma Administrativa y Carrera Administrativa en Colombia: frustraciones, razones y oportunidades*, X Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Santiago, Chile, 18 - 21 Oct.: “Para el caso colombiano, existe una cultura proclive a equiparar el triunfo electoral con el derecho a disponer de la burocracia pública; esto reforzado por la práctica histórica (superada ya) que a cada victoria militar, correspondía el derecho a la apropiación del poder público y sus recursos...”. Pág. 5

expedición, sin necesidad de participar en un concurso público de mérito, y con sólo superar el período de prueba.<sup>16</sup>

Esta práctica ha sido llamada la “*ventanilla siniestra*” de la carrera administrativa colombiana,<sup>17</sup> y fue el antídoto ideado por nuestro legislador extraordinario para legitimar en los cargos públicos a todos aquellos que habían llegado a ellos por la recomendación de jefes políticos, sin miramiento alguno en la calidad o el mérito que los antecedía. Simplemente, el hecho de estar en el cargo, al cual accedieron por el favor político, quién sabe a razón de qué, les daba el derecho a gozar de los beneficios de la carrera administrativa. Esta es una medida que muchos veían como de justicia frente a quienes le habían servido por mucho tiempo al Estado y que quedarían desamparados si se aplicaban estrictamente las normas de la carrera; sin embargo, realmente era la consolidación de una práctica corrupta duradera que había permanecido por muchos años y que ahora encontraba una recompensa con revestimiento legal.

Este Decreto Ley fue reglamentado por el Decreto 1950 de 1973, en el cual se encuentra una regulación completa de todos los asuntos concernientes a la administración del personal al servicio del Estado, siendo uno de las normas que en esta materia conserva gran parte de su vigencia. En particular, es de destacar de este decreto reglamentario la regulación del personal que es *nombrado en provisionalidad*, al cual le da el carácter de *libre nombramiento y remoción*.<sup>18</sup> Esta previsión, confrontada con las propias de la Carta Política de 1991, desde la década de los 90s y hasta ahora, ha generado muchísimas polémicas y debates entre el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, uno de los cuales se evidencia en la sentencia SU-917 de 2010, que fue tomada como punto de partida en este trabajo.

En la década del setenta, la clase política y los gobiernos de turno se inventan un nuevo medio de distorsión e ineeficacia de la carrera. En esta ocasión apelando a la tristemente recordada figura de los estados de sitio, que respondía a facultades excepcionales del Presidente de la República para contrarrestar graves alteraciones del orden público, cuya declaración le permitía expedir decretos con fuerza de ley para lograr su restablecimiento (artículo 121 de la Constitución Política colombiana de 1886). El ejemplo que la doctrina destaca a este respecto se encuentra en el Decreto 2132 de 1976, que en el artículo 3º estableció que “Mientras subsista turbado el orden público y en estado de sitio el territorio nacional, quedan suspendidas las normas concernientes a los derechos, garantías y demás efectos de dichas carreras”. Es un poco manido pretender presentar las normas de carrera administrativa como elementos significativamente perturbadores del orden público, que merecieran una disposición expresa de esa índole para contrarrestarlos. La estrategia más bien se entendió como una manera de activar nuevamente las facultades discrecionales de los nominadores sobre los empleos de

---

<sup>16</sup> Younes Moreno, Op. cit. pág. 205

<sup>17</sup> Puentes, Germán (2004). *La carrera administrativa: ¿anhelo o realidad?* Revista Desafíos, Bogotá, Universidad del Rosario, pág. 11.

<sup>18</sup> “Artículo 107º.- En cualquier momento podrá declararse insubsistente un nombramiento ordinario o provisional, sin motivar la providencia, de acuerdo con la facultad discrecional que tiene el gobierno de nombrar y remover libremente sus empleados.”

carrera<sup>19</sup> y dejar el camino despejado para continuar con una práctica políticamente y económicamente rentable.

No puede olvidarse que estas decisiones fueron adoptadas por el Presidente de la República, la autoridad nominadora más importante del Estado colombiano, por tanto, quien sufre con mayor rigor la aplicación de las normas de la carrera, que le restringen su discrecionalidad sobre los empleos que él tiene el deber de nominar.

En la década de los ochenta, se impulsan nuevamente reformas a las normas de carrera que introducen la práctica de la *ventanilla siniestra*, inaugurada en el año 1968. Una de ellas fue el Decreto Reglamentario 583 de 1984, mediante el cual se autorizó una nueva excepción al sistema de mérito, disponiendo en su artículo 1º que “Para asegurar la continuidad y eficiente prestación de los servicios de la Administración, el ingreso a la Carrera Administrativa o la promoción dentro de ella del personal vinculado actualmente en empleos de Carrera, se efectuará mediante el reconocimiento de sus méritos, conocimientos y experiencia, y la evaluación de su conducta y eficiencia, conforme a las reglas que en este Decreto se establecen”. Estas reglas no son otras que un sistema de equivalencias entre estudios y experiencia que suplen las pruebas de los concursos y, sólo en casos excepcionales, como lo dice su artículo 5º, se podrán desarrollar procesos de selección para efectos de lograr acceder a los derechos de la carrera administrativa.

Igual procedimiento adoptó la Ley 61 de 1987, que tal cual lo hizo el decreto 2400 de 1968, autorizó nuevamente la *inscripción automática en la carrera*, esto es, sin concurso previo, para aquellos empleados que al 31 de diciembre de 1987 ocupaban un cargo de carrera, para lo cual sólo requerían acreditar los requisitos mínimos para el ejercicio del empleo.

Se podría decir que, hasta la expedición de la Carta Política de 1991, los ingresos automáticos a la carrera (por ventanilla siniestra), alentados por prácticas corruptas, prácticamente abarcaron la gran proporción de los cargos públicos dentro del Estado, siendo mínimas las provisiones de los mismos por concurso público de mérito.

La Asamblea Nacional Constituyente que dio lugar a la expedición de la Carta de 1991, discutió ampliamente el problema de la corrupción y de la falta de eficacia del sistema de mérito en el país. Es bueno recordar que esta Carta, a diferencia de las anteriores, fue el resultado de un gran acuerdo nacional, en el que participaron fuerzas políticas de diferentes corrientes ideológicas provenientes de los partidos tradicionales, de grupos sociales históricamente marginados como los indígenas y las comunidades negras, y hasta de grupos alzados en armas que meses antes habían entrado en diálogos con el gobierno nacional. El efecto de esta amplia participación en la Asamblea Nacional Constituyente fue una Carta Política extensa, diversa, en muchos casos incoherente y contradictoria, justamente por intentar reflejar los anhelos y la pluralidad de intereses que se encontraban en el juego en las discusiones de cada uno de los artículos constitucionales definitivos.

---

<sup>19</sup> Esta es la opinión de Villegas Arbeláez, Jairo (2005). *Derecho Administrativo Laboral*, Bogotá, Legis, pág. 307.

Lo que es un poco inusitado, es el alto grado con consenso que existió alrededor del tema del sistema de mérito, y específicamente de la carrera administrativa. Cuando se leen las exposiciones que cada una de las ponencias desarrolló alrededor de este punto, se encuentran grandes coincidencias en cuanto a los diagnósticos, los problemas estructurales que existían en la función pública colombiana, y en las fórmulas constitucionales que debían adoptarse para remediar las anomalías que en este sentido estaban minando la legitimidad del Estado y que se asociaban con el problema de la corrupción.

Dos temas fundamentalmente fueron el centro de atención de los diagnósticos de los delegatarios constituyentes: el primero de ellos, el alto grado de corrupción hallado en el marco de la provisión de los cargos públicos, en donde se pudo advertir la ineficacia total del sistema de carrera que se había instaurado desde el año 1938. El llamado botín político era la característica común en la gestión del personal del Estado, lo que no solamente ponía en riesgo la idoneidad y la calidad de los servidores públicos, sino también al mismo sistema democrático. El segundo tema, la inefficiencia que caracterizaba a los empleados del Estado, los cuales habían atiborrado el servicio público de trámites burocráticos excesivos, denegando de esa manera una efectiva y adecuada prestación de los servicios.

Algunas intervenciones pueden ofrecernos mayores elementos en relación con la idea constitucional que finalmente quedó plasmada en el artículo 125 de la Carta. Así, por ejemplo, la intervención del constituyente Jesús Pérez González-Rubio, quien expresaba en uno de los discursos iniciales en la Asamblea lo siguiente:

“Decíamos que es la legitimidad lo que genera la obediencia. Y sosteníamos igualmente que sólo la práctica de una democracia real podía generar esa legitimidad. Hoy día contamos con todas las instituciones que formalmente constituyen una democracia, y una democracia políticamente avanzada: elección de Presidente y del Congreso, de concejales, diputados y alcaldes; referéndum municipales, elección de miembros de juntas directivas de las empresas de servicios públicos. Y si todo esto se hace con sufragio universal, ¿por qué semejante andamiaje democrático no ha producido ni produce hoy la armonía en la sociedad colombiana, y una más equitativa distribución del poder y riqueza? Creo encontrar la respuesta en el hecho de que todo ese andamiaje está construido sobre bases no democráticas, como son: (...) El sistema de libre nombramiento y remoción de funcionarios que desconoce el principio de igualdad de todos frente a la función pública (...).

Todavía hoy la inmensa mayoría de los cargos se proveen mediante recomendación política, sin importar –como ya dije– el principio de igualdad de todos ante la función pública que debía conducir al reclutamiento con base en el mérito. En la constitución de Weimar hay un artículo según el cual los funcionarios son servidores de la comunidad y no de un partido. Es un principio que recogemos en nuestro proyecto, pues me resulta evidente que en términos reales brilla por su ausencia entre nosotros. Pero hablando de carrera administrativa no se puede caer tampoco en el extremo contrario de confundir estabilidad con inamovilidad, y en algunos casos excepcionales será necesario, tratándose de juzgar faltas disciplinarias, de consagrar el principio de que la Procuraduría puede fallar verdad sabida y buena fe guardada.”<sup>20</sup>

---

<sup>20</sup> Gaceta No. 15 del 4 de marzo de 1991.

Por su parte, el delegatario Hernando Herrera Vergara, expresaba:

“El derecho de trabajo es el soporte de las clases menos favorecidas, de las que no tienen otra riqueza que su fuerza material o intelectual para defenderse de las fluctuaciones de la economía. Son los fenómenos económicos, la devaluación, la inflación, etc. los principales enemigos del ingreso y capacidad de compra de los asalariados.”

El artículo 17 de nuestra Constitución Nacional señala que el trabajo gozarán de la especial protección del Estado, mas no prevé “el derecho al trabajo”, haciéndolo nugatorio, más aun tratándose de empleados públicos que carecen de estabilidad y su permanencia en los cargos no depende hoy del correcto desempeño de la función pública y de la no prestación eficiente del servicio a la colectividad, sino más bien y de manera preferente del capricho del agente de la administración, quien actuaba con frecuencia abusando de la denominada facultad discrecional en el ejercicio torcido y con desviación de poder de la potestad de libre nombramiento y remoción en relación con sus empleados.

Son muy significativas los casos en que se desborda a diario dentro de la función pública, el recto sentido de la atribución discrecional, atentando contra el derecho a la trabajo, tratándose de eficientes servidores públicos que aunque cumplen normalmente con sus poderes y obligaciones en el ejercicio de sus empleos, son retirados sin fórmulas de juicio ni motivación alguna por razones políticas o personales, no obstante haber laborado en forma eficiente y cumplido con el postulado universal inspirado en la prestación del buen servicio a la colectividad, lo que justifica la necesidad de elevar a cano constitucional el artículo propuesto, para que sea la ley la que fije las condiciones de estabilidad en relación con el derecho al trabajo, en la forma mencionada.”<sup>21</sup>

Estas son sólo algunas de las manifestaciones de preocupación que se hicieron sobre la manera como se venía gestionando el recurso humano vinculado al Estado, y a partir de eso, del vehemente llamado a remediar esta situación mediante la instauración de un eficaz sistema de personal basado en el mérito.<sup>22</sup>

La norma constitucional que finalmente fue adoptada<sup>23</sup> evidencia claramente la intención de prohibir cualquier nombramiento o vinculación en la función pública por razones

<sup>21</sup> Gaceta No. 30 del 1º de abril de 1991.

<sup>22</sup> Se pueden encontrar otros diagnósticos y propuestas sobre el mismo tema en las Gacetas No. 5 del 15 de febrero; No. 6 del 18 de febrero; No. 8 del 19 de febrero; No. 9 del 19 de febrero; No. 10 del 20 de febrero; No. 12 del 28 de febrero; No. 15 del 4 de marzo; No. 16 del 5 de marzo; No. 18 del 8 de marzo; No. 19 del 11 de marzo; No. 20 del 7 de marzo; No. 30 del 1º abril; No. 45 del 13 de abril; No. 68 del 6 de mayo; No. 70 del 8 de mayo (esta contiene el que quizás es el documento central de todas las discusiones alrededor del mérito en la ANC) y la No. 78 del 21 de mayo; todas del año 1991.

<sup>23</sup> “Artículo 125. Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público. El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes. El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.

políticas o de otra naturaleza, distintas del mérito que los aspirantes pudieran demostrar en los concursos públicos de mérito; del mismo modo el propósito de reducir considerablemente la posibilidad de crear cargos de libre nombramiento y remoción, los cuales deberán tener una autorización legal expresa y suficientemente fundada en la naturaleza de las funciones -de extrema confianza- que requiere el cargo público respectivo. Así mismo, se hace evidente el interés de los constituyentes de que el mérito de los servidores del Estado sea periódica y permanentemente evaluado mediante un sistema de calificación, del cual dependa la permanencia de los mismos en el servicio.

A pesar del mandato claro y categórico de la Carta, que había diagnosticado todo un problema de corrupción en la sociedad colombiana en torno a los empleos públicos, el antídoto legislativo para contrarrestarlo no se hizo esperar. El primer estatuto general de la carrera que desarrollaba este nuevo texto constitucional fue establecido mediante la Ley 27 de 1992. Es una norma que hace consagraciones importantes en materia de carrera, pero también con “su propia ventanilla siniestra”. En el artículo 22 autorizó una *nueva inscripción automática* en la carrera para todos aquellos empleados territoriales que a la fecha de su vigencia se encontraran ocupando los cargos en provisionalidad. Como se habían olvidado de la inscripción automática para los empleados del orden territorial (los que prestaban servicios a los departamentos y municipios), esta era la oportunidad para reconocérsela. Y a bien que lo lograron, porque esa inscripción se pudo realizar hasta el mes de enero de 1997, cuando la Corte Constitucional declaró inexistente esa medida, por sentencia C-030-97 de 30 de enero de 1997, por considerar que los derechos de carrera sólo se obtienen, tal como lo ordena la Carta Política, mediante la superación del concurso público de mérito y la satisfacción de los demás requisitos previstos en la ley. A partir de esta sentencia, quedó clausurada cualquier posibilidad de intentar nuevas autorizaciones con esa misma finalidad, pero los efectos que se habían producido, esto es, las inscripciones automáticas en la carrera, quedaron consolidadas.

Lo anterior implicaba un nuevo triunfo para la clase política del país, que veía cómo sus recomendados en las distintas regiones del país, en donde justamente tenían su fuerza política, adquirían derechos que, bajo las estrictas normas de la carrera, nunca habían imaginado, lo que les garantizaba -tal cual lo sucedido antes- lealtad infinita desde el punto de vista político y económico.

Pero al clausurarse la posibilidad de más ventanillas siniestras para el acceso a la carrera, no terminaron los problemas de ésta como medio para evitar el patronazgo en la nominación de los empleos estatales. Se suponía que las nuevas normas sobre la carrera debían disponer los medios para que se realizaran, por fin, los concursos públicos de mérito. Y en verdad que todo estaba dispuesto para ello, tal como se desprende de la intención y la regulación contemplada en la Ley 443 de 1998, que sustituyó la anterior ley e introdujo reglas más integrales de todos los elementos de la carrera administrativa, especialmente en el punto relativo a la definición de los empleos que no quedaban cobijados por dicho régimen. Con sus normas complementarias y reglamentarias, esta ley prácticamente ordena todos los elementos y contingencias del sistema de carrera administrativa, desde el acceso, hasta el retiro del servicios, además de que prevé un completo régimen de evaluación del desempeño, de capacitación y de estímulos laborales aplicables no sólo a los empleados con derechos de carrera, sino a todos aquellos

En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción. (...)"

pertenecientes a la función pública. Sin embargo, fue una ley de breve vigencia, en tanto la Corte Constitucional declaró inexistente la composición del organismo modular de todo el sistema de carrera, en tanto responsable de la administración y vigilancia de la misma, como era la Comisión Nacional del Servicio Civil. La Corte, en la sentencia C-372 de 1999, encontró que la integración de esta Comisión le hacía ser un verdadero apéndice del gobierno nacional y ello era contradictorio con el carácter autónomo e independiente que la Carta de 1991 le había otorgado. Esto llevó a que la carrera administrativa no tuviera operatividad alguna, al menos hasta el año 2004.

Ya por lo menos la ineffectividad de la carrera no era obra de los legisladores sino de una contingencia atribuible a la revisión constitucional. Pero como en Colombia estas coyunturas se aprovechan en muy buena forma, esta falta de operatividad de la carrera, durante todos estos años, dio lugar a otro mecanismo de patronazgo adicional, y que resulta el más actual y expedito de todos: la provisionalidad. Por medio de ésta, la autoridad nominadora, sin concurso de mérito y de acuerdo con su criterio y a “las necesidades del servicio”, nombra en el cargo a quien considera “apto” para el mismo. Y a esa libertad de nominación se le suma la libertad de remoción o retiro del servicio, sin motivación alguna, bajo la consideración, avalada hasta ahora por el Consejo de Estado, de que las cosas en derecho se deshacen como se hacen y de que como este personal no tiene las mismas garantías del personal de carrera, puede ser libremente removido del empleo, sin explicación alguna.<sup>24</sup>

Ello supone entonces que sin la posibilidad de llenar las vacantes por medio de concursos, los empleos del Estado quedan en manos nuevamente de la autoridad nominadora, de manera directa, e indirectamente de los jefes políticos que, a su vez, fueron determinantes para que aquélla llegara a su cargo, y la cadena de favores y contraprestaciones vuelve a su curso normal. Sin más, esta circunstancia fue la diagnosticada por la Corte Constitucional colombiana durante todos estos años, y lo que dio lugar a su insistencia de que los actos de retiro de los empleados provisionales se motivaran, para introducir un pequeño control a esta facultad o reducir sus efectos, punto al cual se refiere la sentencia SU-917 ya citada.

Ha sido tan rentable este modo de proceder, que al año 2007 se estimaba que en los empleos estatales había más de ciento veinte mil (120.000) provisionales,<sup>25</sup> superando con creces los vinculados mediante carrera administrativa, lo cual planteaba una necesidad adicional a los políticos, y era la de que éstos provisionales pudieran, de alguna manera, lograr su acceso a la carrera, sin concurso previo, o al menos con algunas ventajas dentro del proceso de selección.

Este modo de proceder se intentó desde la expedición de la nueva ley de carrera, la Ley 909 de 2004. Ésta, valga aclararlo, es en justicia una norma mucho más comprensiva de los aspectos de la carrera, que también reguló lo atinente al empleo y a la gerencia pública. Si duda es una ley mejor elaborada que las anteriores, porque recoge la doctrina constitucional sobre la materia y perfecciona los mecanismos de gestión y control de la carrera. Por demás, organiza de la manera como ordena la Constitución a la Comisión

<sup>24</sup> Cfr. Consejo de Estado, sentencias de la Sección Segunda del 30 de junio de 2005, del 12 de noviembre de 2009 y del 28 de enero de 2010.

<sup>25</sup> Consultado en: <http://www.caracol.com.co/noticias/economia/envilo-120-mil-empleados-provisionales-del-estado/20071213/nota/520049.aspx>

Nacional del Servicio Civil, lo cual permite que nuevamente se puedan desarrollar las convocatorias públicas de mérito.

Pero, pensando en tales concursos, el legislador de ese año procuró que a los provisionales se les reconociera cierta ventaja, por la experiencia obtenida en todos los años de servicio al Estado (art. 56), previsión que fue declarada inconstitucionalidad por la Corte Constitucional en sentencia C-733 de 2005.

Por si fuera poco, en el año 2008 el Congreso de la República aprobó una acto legislativo<sup>26</sup> (que es una reforma constitucional entre nosotros), poniendo en vigencia una nueva versión de la inscripción automática a la carrera para los provisionales que estuvieran ocupando sus cargos, pero ya a nivel constitucional, replicando la “ventanilla siniestra” aludida antes; y eso dio lugar a un pronunciamiento de la Corte que declaró inexistente dicha reforma mediante sentencia C-588 de 2009. Allí se contrarrestó a tiempo esa iniciativa que anteriormente había resultado exitosa.

Por lo demás, estos intentos del legislador se han acompañado del propósito, que consideraría igualmente corrupto porque pretende prolongar una situación violatoria de la Constitución y la ley, de retrasar la realización de los concursos públicos que actualmente adelanta la Comisión Nacional del Servicio Civil con base en las normas de carrera que fueron expedidas en el año 2004. Tales concursos en la actualidad mantienen un bajo impacto en la provisión de los cargos públicos vacantes en el Estado, tanto en el nivel nacional como territorial; y mientras tanto, continúan otras insistencias políticas, traducidas en actos legislativos, de otorgar un tratamiento preferencial al personal nombrado en provisionalidad, y muestra de ello es la expedición del Acto Legislativo No. 4 de 2011, mediante el cual se homologan para ese personal las pruebas de conocimiento establecidas en el concurso público, por la experiencia y los estudios adicionales a los requeridos para ejercer el cargo.

No sabemos a ciencia cierta quién se va cansar primero, si el legislador con sus intentos de favorecer a los provisionales o la Corte Constitucional con su defensa radical del sistema de mérito. Lo cierto es que ello por sí mismo ha provocado una ineficacia intolerable del sistema de carrera en el país. Mientras tanto, son los políticos los que administran los cargos del Estado y no tienen ninguna razón para dejar avanzar aquello que se interponga en el camino de lo que consideran suyo.

## **2. Otras Modalidades Que Reviste El Patronazgo En La Función Pública Colombiana**

La provisionalidad por sí misma puede tener sus días contados, si se tiene en cuenta que hay concursos públicos de méritos adelantados por la Comisión Nacional del Servicio Civil que están a punto de terminar y generar listas de elegibles para proveer los empleos públicos. Es por ello que la clase política ha apelado a otros mecanismos mucho más sofisticados para continuar monopolizando la nominación (entendida en términos mucho más amplios que los estrictamente laborales) dentro de las tareas estatales. Para ese efecto ha aprovechado la implantación obligada y generalizada de políticas gerenciales dentro de las administraciones públicas latinoamericanas, que supone una redefinición

---

<sup>26</sup> Acto Legislativo 1º de 2008.

del Estado en términos de eficiencia económica, tal cual lo plantea la corriente de la Nueva Gestión Pública, uno de cuyos elementos es la reducción del aparato estatal a lo estrictamente necesario, esto es, una política de supresión de entidades, dependencias y de empleos públicos.

Este fenómeno es explicado por Miquel Salvador Serna del siguiente modo:

Mediante una pluralidad de programas de cambio, con diferentes etiquetas calificativas y con distintas orientaciones subyacentes, los procesos de modernización de las administraciones públicas han tendido a moverse siguiendo referentes conceptuales e ideológicos que van cambiando siguiendo una suerte de modas u oleadas, de duración e impacto variables. Entre estos destaca, por su papel preponderante, la denominada nueva gestión pública, acompañada de una serie de técnicas e instrumentos que facilitan la puesta en práctica de sus postulados. Las referencias a los procesos de descentralización, externalización o privatización de servicios públicos, combinados con la aplicación de sistemas de calidad o gerencia por rendimientos, resultan frecuentes en las múltiples iniciativas asociadas a este enfoque de gestión, y se han introducido con éxito en los programas de actuación de las unidades encargadas de modernizar los aparatos del Estado.<sup>27</sup>

En Colombia se han desarrollado varios procesos de reestructuración de entidades estatales con estos propósitos. Uno de ellos fue el autorizado por la Ley 617 de 2000, norma de estricta racionalización del gasto público, que obligó a reducir a su mínima expresión los empleos adscritos a los municipios y departamento del país.

Otra importante implementación de esa política fue “el Programa de Renovación de la Administración Pública que tiene como propósito de acuerdo con el DNP (2005) (...) la creación y consolidación de un Estado gerencial que presupone una gestión transparente e íntegra, austera en el manejo de los recursos públicos y al servicio del ciudadano”; programa que se ha propuesto en los próximos cuatro años la reducción de 40 mil empleos públicos, de los cuales 30 mil corresponden a personal que saldrá jubilado en ese período y cuyas vacantes serán eliminadas y 10 mil que serán suprimidos por efecto de la renovación administrativa.”<sup>28</sup>

Lo que se ha podido observar de estos y otros procesos de ajuste del aparato estatal es que la mayoría de estos empleos, que de mantenerse como tales debían proveerse mediante las normas de carrera, se han suprimidos a pesar de ser necesarios. Tanto lo son que las actividades se siguen desarrollando en las entidades que los contemplaban, pero ya como contratos de prestación de servicios personales o por intermedio de empresas temporales de servicios. Tanto uno como otro tipo de relación se consideran como contratos estatales,<sup>29</sup> no laborales, que generan la posibilidad de ser escogido sin tanto rigor por los jefes de entidades (antes nominadores), que de esa manera mantienen bajo su control la realización de la tarea estatal, ya no en relación con un empleado, sino con respecto a un contratista que ha sido remitido o recomendado por un político, que a su vez debe un favor cualquiera, con lo cual la cadena de esa serie de manejos vuelve a su curso normal.

<sup>27</sup>El papel de las instituciones en la gestión de las administraciones públicas, En Revista del CLAD Reforma y Democracia. No. 20 (Jun. 2001). Caracas.

<sup>28</sup> Martínez Cárdenas, ob. cit, pág. 119

<sup>29</sup> Regidos por el estatuto general de contratación, actual Ley 80 de 1993.

Así entonces, una nueva modalidad de patronazgo se propicia en el país a partir de la adjudicación de contratos, bien sea de prestación de servicios, bien de servicios temporales, pero siempre dentro de la órbita de manejo del jefe de la entidad. Ya se libera a éste de las trabas que resultan de la escogencia del personal mediante la carrera y se le deja abierta la puerta para que, con una mayor discrecionalidad, conforme lo que conocemos como las nóminas paralelas, que en algunos casos llega a triplicar el número del personal de planta.

Pero también, estos enfoques gerenciales aplicados al Estado se manifiestan de otras maneras, que no son sino modalidades de omitir los procedimientos rigurosos de selección de quienes deben adelantar la prestación de los servicios públicos, precisamente para propiciar mayor discrecionalidad o libertad a la hora de su escogencia.

Una primera modalidad es el cambio de régimen jurídico de las entidades públicas, que antes se regían por el derecho público (organismo público administrativo) y pasan, por el cambio de su naturaleza jurídica, a regularse por el derecho privado (organismo público empresarial).<sup>30</sup> Desde el punto de vista laboral, la trascendencia de este cambio radica en que mientras tuviera el carácter de organismo público administrativo, la entidad se conformaba con servidores que tenían la calidad de empleados públicos regidos por el sistema de carrera, con todas sus consecuencias; cuando se ocurre su transformación a una organización de índole empresarial, sus servidores se reputan trabajadores oficiales, los cuales no se rigen por el sistema de carrera, sino por el principio de libertad de contratación que se predica de cualquier empleador. Ello, por supuesto, flexibiliza las facultades del nominador para la contratación del personal y para asegurar en las tareas públicas a quienes no tienen la obligación de demostrar su mérito para las mismas, por ende posibles recomendados de jefes políticos.

La segunda modalidad se encuentra en todos aquellos casos en los que se privatizan los servicios o funciones que antes cumplía el Estado. Simplemente el Estado no los presta más y pasa sencillamente a regularlos, como ha ocurrido con el tema de la salud, que ha generado verdaderos emporios empresariales en Colombia,<sup>31</sup> de los más rentables posibles, pero con niveles de corrupción si precedentes, que ha desencadenado una verdadera crisis del sector.<sup>32</sup> No se trata sólo de que las cifras que se manejan en la prestación de tales servicios sean astronómicas y que parte de ellas queden en manos de dirigentes inescrupulosos, sino de que las transacciones son millonarias a nivel de las entidades del Estado para aprobar el funcionamiento de estas entidades en el sector respectivo, o para relajar los controles que deben realizarse o simplemente para favorecer sus negocios desde el punto de vista legislativo y/o administrativo. Mientras tanto, lo que se encuentra es un deterioro de la prestación de los servicios de salud y un anhelo generalizado de que el Estado tome nuevamente las riendas de este sector.

Se creía que una de las maneras de contrarrestar la corrupción dentro de las entidades públicas era precisamente la entrega de muchas de las funciones que éstas cumplían, a manos los particulares, pues éstos se habían caracterizado por la transparencia, eficacia y

<sup>30</sup> Un ejemplo de ello son las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, como los de agua potable, energía, gas y saneamiento. Cfr. Ley 142 de 1994.

<sup>31</sup> Un caso escandaloso conocido en Colombia recientemente es el de SALUDCOOP.

<sup>32</sup> Cfr. <http://informacion-alternativa.over-blog.es/article-tras-la-privatizacion-la-corrupcion-en-el-sistema-de-salud-colombiano-76038016.html>

eficiencia en el manejo de sus recursos. Sin embargo, estamos asistiendo a un escenario en el que, habiéndose robustecido la burocracia privada en detrimento de la pública para atención de servicios y actividades de interés general, la corrupción ha llegado a niveles similares e incluso superiores.

Y a raíz de lo anterior, los mismos jueces han llamado la atención del estado de cosas inconstitucional que esto conlleva, pues el Estado ha abandonado muchísimos frentes en los que su intervención resulta completamente necesaria, o ha adoptado modalidades de vinculación en ellas de personas que no han accedido mediante el cumplimiento de las condiciones exigidas por la Constitución y la ley para la prestación de las funciones públicas. En particular, la Corte Constitucional, en una de las sentencias más trascendentales en la materia de los últimos 10 años (C-314 de 2009), ha ordenado a las autoridades de control realizar mayor vigilancia sobre las modalidades de contratación que vienen utilizando los organismos públicos para eludir los principios de la función pública y los propios del derecho laboral.

## Referencias Bibliográficas

Acevedo Carmona, Darío (2007). *Hegemonía Liberal (1930-1946)*, En: Gran Enciclopedia de Colombia, Bogotá, Círculo de Lectores.

Asamblea Nacional Constituyente, Gacetas No. 5, 6, 8, 9, 10, 12, 15, 16, 18, 19, 20, 30, 45, 68, 70 y 78 de 1991.

Cárdenas Krens, Ronald (2008). Ética y Gestión Pública: *¿Se puede servir honestamente al Estado y sobrevivir en el intento?*, En: ATHINA – Revista de Derecho de los Alumnos de la Universidad de Lima, No. 4º, Año 3.

Cordero Nieves, Yolanda. *Un Sistema de Mérito para el Siglo XXI*. En: Revista del CLAD Reforma y Democracia. No. 48. (Oct. 2010). Caracas.

Consejo de Estado, Sentencias de la Sección Segunda: del 30 de junio de 2005, del 12 de noviembre de 2009 y del 28 de enero de 2010.

Corte Constitucional, Sentencias C-109 DE 1995, C-030 DE 1997, SU-250 DE 1998, SU-640 de 1998, C-372 DE 1999, C-734 de 2000, T- 203 de 2002, C-426 DE 2002, T- 843 de 2004, T-804 de 2005, T-549 de 2007, T-104 de 2009, C-588 DE 2009, SU-917 de 2010.

Percio, Enrique (2009). *Política o Destino*, Buenos Aires, Editorial Suramericana.

\_\_\_\_\_ (2010) *La Condición Social – Consumo, poder y representación en el capitalismo tardío*, Buenos Aires, Jorge Baudino Ediciones.

Fuentes, Guillermo; Güemes, María Cecilia e Isaza, Carolina, (2009). *Modernizar y Democratizar la Función Pública. Una Mirada desde la Realidad Latinoamericana*. Revista Enfoques, Vol. VII No. 11.

Jiménez Benítez, William, *Reforma Administrativa y Carrera Administrativa en Colombia: frustraciones, razones y oportunidades*, X Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Santiago, Chile, págs. 18 - 21 Oct. 2005.

Longo, Francisco (2004). *Mérito y Flexibilidad – La gestión de las personas en las organizaciones del sector público*, Barcelona, Ediciones Paidós Ibérica.

Losada I Marrodán, Carlos (comp.) (1999). *De burócratas a gerentes – las ciencias de la gestión aplicadas a la gestión del Estado*. Washington D.C. Banco Interamericano de Desarrollo.

Malagón Pinzón, Miguel, *La Carrera Administrativa En La Administración Pública Indiana*, En: Revista de Estudios Socio-Jurídicos, Bogotá (Colombia), enero-junio de 2005.

Martínez Cárdenas, Edgar Enrique. *La Carrera Administrativa en Colombia: 70 Años de Ficción*, En: Revista Opinión Jurídica, Vol. 9, No. 18, Julio-Diciembre de 2010. Medellín, Colombia.

Molina Betancur, Carlos Mario y otros (2006). *Derecho Constitucional General*, Medellín, Universidad de Medellín.

Molina, Gerardo (1849). “*Las ideas Liberales en Colombia*”, Bogotá.

Pérez-Bedmar, María de Sande (2006). *Empleo y Prestación de Servicios en la Administración Pública*, Valladolid, Editorial Lex Nova.

Prats I Catalá, Joan (Coordinator) (2006). *A los Príncipes Republicanos – Gobernanza y desarrollo desde el republicanismo cívico*, Madrid, INAP.

Puentes, Germán (2004). *La carrera administrativa: ¿anhelo o realidad?* Revista Desafíos, Bogotá, Universidad del Rosario.

Revista Reflexión Política, Año 12, No. 23, junio de 2010, Bucaramanga, UNAB.

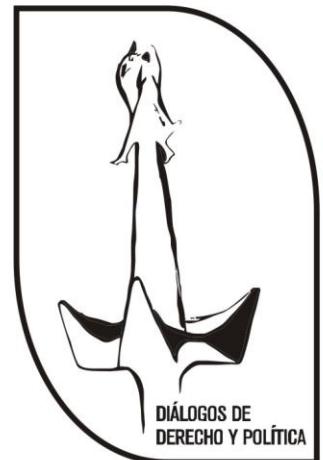
Rincón Córdoba; Jorge Iván (2009). *Derecho Administrativo Laboral – Empleo público, sistema de carrera administrativa y derecho a la estabilidad laboral*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

Villegas Arbeláez, Jairo (2005). *Derecho Administrativo Laboral*, Bogotá, Legis.

Younes Moreno, Diego (1994). *Carrera Administrativa*, En Implicaciones Jurídicas de la Reforma Administrativa, Bogotá, Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario – Biblioteca Jurídica Diké.

\_\_\_\_\_ (2004). *Panorama de las Reformas del Estado y de la Administración Pública*, Bogotá, Universidad del Rosario.

\_\_\_\_\_ (2005). *Derecho Administrativo Laboral*, Bogotá, Editorial Temis.



## La finalidad del proceso

**Iván Alfonso Cordero Gutiérrez**

Abogado y aspirante a Magíster en Derecho Procesal.

Facultad de Derecho, Universidad de Medellín.

Correo electrónico: ivancorderoabogado@gmail.com

## Resumen

El proceso jurisdiccional es el mecanismo idóneo para la resolución de los conflictos de la población, pues presenta herramientas eficaces para proteger los intereses de las partes y garantiza efectivamente el debido proceso. Es de especial relevancia (re)definir cuál es el significado o sentido de la protección al debido proceso para fortalecer así el proceso jurisdiccional como instrumento que haga cumplir con las exigencias de justicia material que el Estado Social de Derecho nos impone. Mientras el Estado siga pensando que el fin de impartir justicia se alcanza con la descongestión de los despachos judiciales, seguiremos alejándonos del ideal de un Estado Social de Derecho, y el poder judicial seguirá perdiendo terreno; pues además de dejar entrever que no es capaz de operar adecuadamente para cumplir con su deber, los conflictos, como “materia prima” que le compete, le rehúyen por cuenta de la proliferación y obligatoriedad de la utilización de los mecanismos alternos para su resolución.

**Palabras clave:** finalidad del proceso; proceso jurisdiccional; poder judicial; resolución de conflictos; Estado Social de Derecho.

## La finalidad del proceso

### Introducción

El proceso jurisdiccional no solo se justifica como producto o consecuencia de la división de poderes sino como la herramienta universalmente aceptada por los pueblos modernos para la solución de los conflictos intersubjetivos de intereses, por esta razón es indispensable que esta finalidad sea atendida de una forma concreta y ágil para que no pierda eficacia. El proceso jurisdiccional es el pilar fundamental del ejercicio del poder judicial y debido a esto debe ser fortalecido y protegido, proscribiendo todo intento de desestimar su uso mediante la creación de equivalentes jurisdiccionales.

La crisis de la justicia por la ineeficacia de sus tiempos de respuesta respecto a la resolución de los conflictos no es un problema del proceso jurisdiccional, ya que éste se encuentra diseñado para que la respuesta sea dada de acuerdo con la materia que procesa en un breve lapso. La ineeficacia de la justicia es fruto de un cúmulo de factores ajenos al proceso mismo ya sean de tipo humano, de infraestructura o de falta de técnica de los apoderados de las partes ó de los operadores jurídicos.

La respuesta a la ineeficacia del poder judicial no puede ser la negación del servicio jurisdiccional desestimando el uso del proceso jurisdiccional e incentivando la proliferación de equivalentes jurisdiccionales.

Así las cosas, este artículo pretende resaltar la importancia que tiene el proceso jurisdiccional como mecanismo ideal para la resolución de los conflictos de la población, el cual debe ser utilizado de forma preferente a los llamados equivalentes jurisdiccionales, por ofrecer mayores garantías respecto al debido proceso y a la tecnicidad de la decisión.

### **El proceso jurisdiccional como una necesidad de legitimación para el logro del cumplimiento de sus fines como estado social de derecho**

Es necesario que a la luz de los principios que definen el Estado Social de Derecho, se establezca una necesidad imperiosa de definir cuál instrumento es el adecuado para cumplir con el fin de la justicia material como uno de los objetivos propios de este tipo de Estado.<sup>1</sup> Este instrumento debe ser el proceso jurisdiccional, pues es la manifestación propia del poder judicial dentro del marco constitucional.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Constitución Política Artículo 1. (...) “Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general...” Artículo 2 (...) “ Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares...”

<sup>2</sup> Ver Sentencia No. T-406 de 1992, Corte Constitucional Colombia, Magistrado Ponente Ciro Angarita Pabón....”El juez, en el Estado social de derecho también es un portador de la visión institucional del

Desde este punto de vista, el proceso jurisdiccional legitima el poder del Estado, y por lo tanto genera un compromiso ineludible para los operadores jurídicos, quienes, haciendo uso de él, alcanzarán la justicia material, como fin primordial.<sup>3</sup>

No se debe entender el proceso jurisdiccional como aquel que imparte justicia a quién detenta la razón jurídica, económica o de mejor clase social, sino el que se enmarca dentro del objetivo de generar una justicia material a la luz de los principios constitucionales que se desarrollan por medio del derecho sustancial y el procesal.<sup>4</sup> Los retos que trae el Estado Social de Derecho, deben ser asumidos por los operadores jurídicos con criterios diferentes a la exégesis y veneración al tenor literal de las normas y el mecanismo por excelencia para el cumplimiento de estas exigencias es el proceso jurisdiccional.<sup>5</sup>

### **Los equivalentes jurisdiccionales como amenaza directa al proceso jurisdiccional**

Los equivalentes jurisdiccionales como mecanismos de solución de conflictos son propios de sistemas como el *common law* norteamericano y el europeo,<sup>6</sup> y son introducidos en

interés general. El juez, al poner en relación la Constitución -sus principios y sus normas- con la ley y con los hechos hace uso de una discrecionalidad interpretativa que necesariamente delimita el sentido político de los textos constitucionales. En este sentido la legislación y la decisión judicial son ambas procesos de creación de derecho.”

<sup>3</sup> Londoño Jaramillo, Mabel. Deberes y derechos procesales en el Estado Social de Derecho. En: Opinión jurídica: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín, No. 11 (enero - junio de 2007), Vol. 6; págs. 69-101. ISSN 1692-2530. Págs. 7 y 8.

Ver Sentencia No. T-406 de 1992, Corte Constitucional Colombia, Magistrado Ponente Ciro Angarita Pabón ...” Esta forma de Estado “social y constitucional”, que se funda en la dignidad del hombre y en la prevalencia del interés general, cuyo compromiso es la sociedad, que erige como núcleo a la persona humana, pero no en su concepción individual, sino como miembro activo de una sociedad plural, ha producido en el Derecho no sólo una transformación cuantitativa debida al aumento de la creación jurídica, sino también un cambio cualitativo, debido al surgimiento de una nueva manera de interpretar el Derecho, cuyo concepto clave resume la Corte Constitucional en los siguientes términos: “*pérdida de la importancia sacramental del texto legal entendido como emanación de la voluntad popular y mayor preocupación por la justicia material y por el logro de soluciones que consulten la especificidad de los hechos...*”.

<sup>4</sup> Ver Sentencia No. T-406 de 1992, Corte Constitucional Colombia, Magistrado Ponente Ciro Angarita Pabón ...” La Constitución está concebida de tal manera que la parte orgánica de la misma solo adquiere sentido y razón de ser como aplicación y puesta en obra de los principios y de los derechos inscritos en la parte dogmática de la misma. La carta de derechos, la nacionalidad, la participación ciudadana, la estructura del Estado, las funciones de los poderes, los mecanismos de control, las elecciones, la organización territorial y los mecanismos de reforma, se comprenden y justifican como transmisión instrumental de los principios y valores constitucionales. No es posible, entonces, interpretar una institución o un procedimiento previsto por la Constitución por fuera de los contenidos materiales plasmados en los principios y derechos fundamentales.

<sup>5</sup> Prieto Sanchis, Luis et al. *Neo constitucionalismo y Ponderación Judicial*. En: Neo constitucionalismo(s), Edición de Miguel Carbonell, Trotta. Madrid, 2005, págs. 131-132.4 Aguiló Regla, Joseph. Ob. cit., págs. 9-10... “a. Más principios que reglas, b. Más ponderación que subsunción, c. Omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes, en lugar de espacios exentos a favor de la opción legislativa o reglamentaria. d. Omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario e. Coexistencia de una constelación de valores, a veces tendencialmente contradictorios, en lugar de homogeneidad ideológica en torno a un puñado de principios coherentes entre sí y en torno, sobre todo, a las sucesivas opciones legislativas...”.

<sup>6</sup> Bordali Salamanca, Andrés, “Justicia Privada”. En: Revista de derecho (Valdivia) versión On-line ISSN 0718-0950 Rev. derecho (Valdivia) v.16 Valdivia jul. 2004 doi: 10.4067/S0718-09502004000100008 Revista de Derecho, Vol. XVI, julio 2004, págs. 165-186.

Colombia como política de estado para tratar de solucionar el problema de la falta de eficacia en la justicia generada por la congestión que se presenta en los despachos judiciales y como una forma de hacer mas accequible la justicia a toda la población.<sup>7</sup>

Debido a este mal enfoque en la solución de un problema de administración de justicia, el proceso jurisdiccional y el Estado se debilitan, como lo afirma el profesor Andrés Bordalí Salamanca:

“(...) Los métodos alternativos de solución de controversias suponen sustraer del Estado la aplicación de la ley a los casos concretos que le someten los ciudadanos, encargando su resolución a individuos o entidades sociales. En este sentido, suponen una privatización del proceso de creación y aplicación del derecho, rompiendo así con uno de los pilares básicos de la construcción moderna del Estado de Derecho de tipo occidental (...)”.<sup>8</sup>

La obligación de utilizar los equivalentes jurisdiccionales como requisito previo para acceder a la jurisdicción,<sup>9</sup> limita el acceso a la justicia, pues este servicio público se torna discriminatorio ya que relega a los más desfavorecidos dentro de la población y privilegia a los que por su situación económica pueden solventar los gastos adicionales que presuponen el cumplimiento de esta obligación.

Si se permite a entes particulares el impartir justicia, las soluciones presentadas por estos no garantizan que se cumpla con el fin estatal de la obtención de la justicia material ya que estos no se encuentran técnicamente preparados para ello.

Siguiendo al profesor Michelle Taruffo,<sup>10</sup> la tergiversación de la utilización de estos equivalentes atentan contra la propia administración de justicia y de resorte contra toda aspiración de un debido proceso, cuando se utilizan como fórmulas mágicas de descongestión de despachos en ciertas materias, para negarle justicia social a la parte más débil al no poder ésta acceder al mecanismo equivalente, por los elevados costos que

Estudios e Investigaciones (...) “El auge en su utilización se produce en los Estados Unidos de Norteamérica, especialmente en los años sesenta y setenta del siglo pasado, aunque la conciliación, al menos en sede procesal civil, ya fue conocida y ampliamente utilizada en el derecho europeo desde el siglo XIX”.

<sup>7</sup> Ibídem. “Se trata de métodos alternativos al proceso, pero lo cierto es que a veces la alternativa presupone un proceso. Por ello, habría que decir que lo alternativo tendría dos perspectivas fundamentales. La primera es externa al proceso y comprendería los medios de tutela que excluyen el proceso y que, de este modo, son radicalmente alternativos. La segunda es a su vez interna y comprendería aquellos medios técnicos de tutela endoprocesal que no puede decirse sean propiamente sustitutivos del proceso, en cuanto implican ya su existencia y promoción, pero sí aparecen configurados como optativos a su curso ulterior y, sobre todo, como alternativos a la decisión judicial final. En todo caso, la alternativa por autonomía viene a ser la primera perspectiva, esto es, la que intenta evitar el recurso a la Jurisdicción y al proceso que se desarrolla por y ante ella...”

<sup>8</sup> Ibídем. “Los métodos alternativos de solución de controversias suponen sustraer del Estado la aplicación de la ley a los casos concretos que le someten los ciudadanos, encargando su resolución a individuos o entidades sociales. En este sentido, suponen una privatización del proceso de creación y aplicación del derecho, rompiendo así con uno de los pilares básicos de la construcción moderna del Estado de Derecho de tipo occidental”.

<sup>9</sup> Congreso de la República de Colombia. Ley 1194 de 2008.

<sup>10</sup> Taruffo, Michelle (1996). *La justicia civil: opción residual o alternativa posible?* En: Corrupción y Estado de derecho. Madrid: Trotta.

genera, prefiere dejar el tema sin resolver aún a sabiendas de que su derecho ha sido vulnerado.

Para el Estado, no es conveniente delegar funciones jurisdiccionales a particulares en países en donde el desequilibrio social, moral, intelectual y político es alto y con pocas expectativas de mejorar en el futuro cercano.

La Política Estatal en comento, a mediano plazo podría generar una actitud de desgredo en el poder judicial, respecto a su obligación de solucionar los conflictos de la población, pues la materia prima que alimenta sus funciones, poco a poco se irá acabando ya que la población dejará de acudir ante ellos, prefiriendo la utilización de los equivalentes jurisdiccionales ó de la Autonomía, auto tutela ó autodefensa, mecanismo que se usa como “*Ultima Ratio*” dentro de la sociedad.<sup>11</sup>

La poca efectividad de las audiencias de conciliación extrajudiciales como mecanismo de resolución de conflictos, *sumado al alto costo que para* los ciudadanos del común representa la práctica de este requisito, genera una sensación de ausencia de justicia por hacerse más gravosa la posibilidad de acceso a ella,<sup>12</sup> pues en reiteradas ocasiones el valor de lo pretendido es menor.

Las pequeñas causas no deben ser atendidas por equivalentes jurisdiccionales porque son estas las que reflejan la problemática del país, el día a día al que la mayoría de la población padece y que debe ser atendida por el Estado con su operador jurídico adecuado, el cual es el juez.<sup>13</sup>

La desatención de las pequeñas causas por parte de los operadores jurídicos no se puede fundamentar en una política de descongestión, bajo la excusa de que el procedimiento a seguir debe ser sumarísimo con un alto riesgo de menoscabar el debido proceso de las partes en discrepancia.<sup>14</sup>

<sup>11</sup> Ver Vado Grajales, Luis Octavio. *Medios Alternativos De Solución De Conflictos*, en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2264/19.pdf>

<sup>12</sup> Constitución Nacional de Colombia Artículos 229... “Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado...”

<sup>13</sup> Constitución Nacional de Colombia Artículo 29. “El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable (...)"

<sup>14</sup> Ley 497 de 1999 artículo 1. (...) “tratamiento integral y pacífico de los conflictos comunitarios y particulares. La jurisdicción de paz busca lograr la solución integral y pacífica de los conflictos comunitarios o particulares...” Artículo 9. (...) “COMPETENCIA. Los jueces de paz conocerán de los conflictos que las personas o la comunidad, en forma voluntaria y de común acuerdo, sometan a su conocimiento, que versen sobre asuntos susceptibles de transacción, conciliación o desistimiento y que no sean sujetos a solemnidades de acuerdo con la ley, en cuantía no superior a los cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes. No obstante, los jueces de paz no tendrán competencia para conocer de las acciones constitucionales y contencioso-administrativas, así como de las acciones civiles que versen sobre la capacidad y el estado civil de las personas, salvo el reconocimiento voluntario de hijos extra matrimoniales. PARÁGRAFO. Las competencias previstas en el presente artículo, serán ejercidas por los jueces de paz, sin perjuicio de las funciones que para el mantenimiento del orden público se encuentren asignadas por la Constitución y la ley a las autoridades de policía...” y Artículo 22. (...) “El procedimiento para la solución de las controversias y conflictos que se sometan a la consideración de los jueces de paz constará de dos etapas que estarán

El hecho de permitir equivalentes jurisdiccionales casi indiscriminadamente, genera una sensación de ilegitimidad y de pérdida para el proceso jurisdiccional que lo hace incapaz de cumplir los compromisos que le genera el estar enmarcado dentro del tipo de Estado Social de Derecho, pues al delegar la función jurisdiccional a los particulares, para el ciudadano común se desdibuja la figura del operador jurídico como parte integrante del Estado.<sup>15</sup>

### **El compromiso del Estado y de sus operadores jurídicos frente al Estado Social de Derecho**

El papel del operador jurídico no se limita a decir el derecho o a decidir quién tiene la razón, ya que sus decisiones deben ser argumentadas debidamente con un enfoque que pueda determinar la justicia material del caso concreto.<sup>16</sup>

Los operadores jurídicos en el proceso, deben ejercer el deber poder no solo de instrucción sino de Juez director del proceso, no de forma autoritaria, sino como una pieza importante dentro del desarrollo del debido proceso, para que no se conviertan en complacientes ejecutores de la pretensión o excepción perfectamente presentada y adecuada al derecho sustancial con menoscabo de la interpretación, adecuación y depuración del material probatorio.

El Juez no puede ser solo aquel que desestima o aprecia una prueba porque la parte se lo inculcó vehementemente dentro del período probatorio. El compromiso del operador jurídico no se limita a impartir justicia a raja tabla sino que envuelve un problema que se puede considerar de índole macroeconómico para el país pues requiere de una especial condición académica por parte de los jueces, y esta solo se obtiene con políticas de capacitación enfocadas a la obtención de la justicia material en pro de la defensa del

sujetas a un mínimo de formalidades previstas en este Título. Tales etapas serán una previa de conciliación o auto compositiva, y una posterior de sentencia o resolutiva..."

<sup>15</sup> Constitución Política. Artículo 1. (...) "Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general..." Artículo 2. (...) "Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares..." Artículo 228. (...) "La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo..."

<sup>16</sup> "Esta especie de referentes "justos" (...)" también se utilizan como justicia social, que contiene la idea de eliminar las desigualdades a través de la interpretación y la aplicación de principios y valores en la vida cotidiana. Este ideal de justicia, si bien es cierto se convierte en un motor de cambio en las relaciones sociales, puede fracasar si se impulsa solo desde la tutela jurisdiccional, dejando de lado las políticas públicas, esto es, los proyectos del poder ejecutivo y la elaboración de presupuestos que permitan la viabilidad y la permanencia de los proyectos sociales (...)" En: Ramírez Carvajal, Diana María. *A propósito de la justicia en la aplicación del ordenamiento jurídico como sistema integrado de Fuentes (reflexiones sobre la justicia en el proceso vs. la justicia material)*.

debido proceso y la calidad de la decisión. Esta meta no se logrará con la implementación de mecanismos para descongestionar despachos como las leyes 1285 de 2009 y Ley 1194 de 2008<sup>17</sup> y sendos acuerdos del consejo superior de la judicatura<sup>18</sup> en materia laboral, penal y civil, en donde los resultados han sido desastrosos<sup>19</sup> pues la Justicia no cuenta con una sólida infraestructura para creación de cargos y nuevos despachos que complementen y efectivicen lo reglado en dichas normas de descongestión.

La efectividad de la justicia no puede ser determinada por el número de sentencias proferidas en un corto período, si estas no cumplen con el criterio de impartir una justicia material.

Un despacho judicial es eficiente si dicta mas sentencias que obedezcan al cumplimiento de los objetivos propios del Estado Social de Derecho y no si se limita a cumplir con

<sup>17</sup> Ley 1285 de 2009 artículo 23...” “Mientras se expiden las reformas procesales tendientes a la agilización y descongestión en los diferentes procesos judiciales, adóptense las siguientes disposiciones: a) Perención en procesos ejecutivos: En los procesos ejecutivos, si el expediente permanece en la secretaría durante nueve (9) meses o más por falta de impulso cuando este corresponda al demandante o por estar pendiente la notificación del mandamiento de pago a uno o varios ejecutados de un auto cuando la misma corresponda adelantarla al ejecutante, el juez de oficio, o a solicitud del ejecutado, ordenará la perención con la consiguiente devolución de la demanda y de sus anexos y, si fuera del caso, la cancelación de las medidas cautelares evento en el cual condenará en costas y perjuicios al ejecutante. El auto que ordene devolver la demanda es apelable en el efecto suspensivo, y el que lo deniegue, en el devolutivo...” Ley 1194 de 2008 Artículo 1. “Cuando para continuar el trámite de la demanda, de la denuncia del pleito, del llamamiento en garantía, del incidente, o de cualquiera otra actuación promovida a instancia de parte, se requiera el cumplimiento de una carga procesal o de un acto de la parte que haya formulado aquella o promovido estos, el juez le ordenará cumplirlo dentro de los treinta días siguientes, término en el cual, el expediente deberá permanecer en secretaría. Vencido dicho término sin que el demandante o quien promovió el trámite respectivo haya cumplido la carga o realizado el acto ordenado, quedará sin efectos la demanda o la solicitud y el juez dispondrá la terminación del proceso o de la actuación correspondiente, condenará en costas y perjuicios siempre que como consecuencia de la aplicación de esta disposición haya lugar al levantamiento de medidas cautelares. El auto que ordene cumplir la carga o realizar el acto se notificará por estado y se comunicará al día siguiente por el medio más expedito. El auto que disponga la terminación del proceso o de la actuación, se notificará por estado. Decretado el desistimiento tácito por segunda vez entre las mismas partes y en ejercicio de las mismas pretensiones, se extinguirá el derecho pretendido. El juez ordenará la cancelación de los títulos del demandante si a ellos hubiere lugar. Al decretarse el desistimiento tácito, deben desglosarse los documentos que sirvieron de base para la admisión de la demanda o libramiento del mandamiento ejecutivo, con las constancias del caso, para así poder tener conocimiento de ello ante un eventual nuevo proceso. Parágrafo 1º. El presente artículo no se aplicará en contra de los incapaces, cuando carezcan de apoderado judicial. Parágrafo 2º. Cuando se decrete la terminación del proceso por desistimiento tácito de la demanda, esta podrá formularse nuevamente pasados seis meses, contados desde la ejecutoria de la providencia que así lo haya dispuesto...”

<sup>18</sup> ACUERDO No. PSAA08-4550 DE 2008 CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA...” Por el cual se asigna el código de identificación a algunos despachos laborales, civiles municipales, penal del circuito y Sala Laboral de descongestión para los Distrito Judiciales de Bogotá, Medellín , Barranquilla, Armenia Bucaramanga y Cali creados mediante los Acuerdos PSAA08-4433, 4434, 4444, 4445, 4457, 4457, 4460, 4524, 4525, 4526 y 4527 de 2008...”

<sup>19</sup> Corporación Excelencia en la Justicia artículo 23 de junio de 2009. “*proyectos de descongestión de procesos requiere planes de avanzada*” (...) “La directora Ejecutiva de la Corporación Excelencia en la Justicia, Gloria María Borrero, señaló que las medidas de nombrar jueces de descongestión y jueces adjuntos en determinados juzgados han tenido dificultades en su Implementación. “Hay muchos jueces que ven inconvenientes en la creación de los funcionarios adjuntos porque no se cuenta con la infraestructura adecuada para que realicen sus labores”. Pese a estos inconvenientes, consideramos que es un plan que va lograr desatrasar en un número significativo los procesos de la Rama y cuyo éxito dependerá en buena medida de una acuciosa y monitoreada implementación...”

indicadores de gestión que no tienen en cuenta el aspecto cualitativo, es decir, si profieres más sentencias eres mejor, sin importar el tipo o calidad de las mismas.<sup>20</sup>

El operador jurídico y su personal de apoyo no deben cumplir su misión de impartir justicia, con la única finalidad de cumplir un indicador de gestión que se refleje en una escueta estadística, así este sea el mecanismo implementado por el Estado para garantizarles su estabilidad laboral.

La forma de medir la eficiencia de la justicia en Colombia no cumple con las necesidades que la justicia misma debe atender, pues es imposible determinar que un despacho es mejor que otro porque en un tiempo determinado profiere mas sentencias ó porque profirió mas autos que decretaron perenciones y desistimientos tácitos, como si cada litigio fuera una mercancía que se ha depreciado.

Uno de los problemas de la congestión en los despachos la generan los apoderados judiciales al permitir que los procesos se inactiven ó archiven sin poder llegar a la etapa de sentencia, lo que ha sido utilizado como soporte para la aplicación de una figura conocida como la perención y el desistimiento tácito, dando por terminados dichos procesos. Solución que se torna transitoria y con efecto de bumerán ya que las partes tienen la posibilidad de iniciar nuevamente la litis en nuevo proceso cumpliendo con unas reglas especiales, lo que se traduce en una solución momentánea y de tipo improvisado que no soluciona realmente el tema de la congestión de la justicia.

Este tipo de leyes no generan un valor agregado para la resolución de los conflictos por parte de los Jueces ya que estos (los conflictos), pasan a ser resueltos por terceros equivalentes jurisdiccionales que deben responder por la inacción o el incumplimiento de sus deberes profesionales como si se tratara de verdaderos Jueces.

## Conclusión

El proceso jurisdiccional es el mecanismo más idóneo para la resolución de los conflictos de la población, pues presenta herramientas eficaces para proteger los intereses de las partes y garantiza efectivamente el debido proceso.

Es de especial relevancia entender cuál es el verdadero significado o sentido de la protección al debido proceso para fortalecer el proceso jurisdiccional como instrumento para cumplir con las exigencias de justicia material que el Estado Social de Derecho nos impone.

---

<sup>20</sup> Constitución Política Artículo 1. (...) “Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general...” Artículo 2. (...) “Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares...”

Mientras el Estado siga pensando que cumplir con el fin de impartir justicia se logra descongestionando los despachos judiciales, seguiremos día a día alejándonos del ideal de un Estado Social de Derecho y el poder judicial seguirá perdiendo terreno pues se está encargando de auto aniquilarse porque además de dejar entrever que no es capaz de operar adecuadamente para cumplir con su deber, su materia prima (los conflictos), le rehúyen por cuenta de la proliferación y obligatoriedad de la utilización de los mecanismos alternos para la resolución de ellos.

## Referencias Bibliográficas

Bordalí Salamanca, Andrés. “*justicia privada*” Revista de derecho (Valdivia) versión Online ISSN 0718-0950 Rev. Derecho (Valdivia) v.16. Valdivia jul. 2004 doi: 10.4067/S0718-09502004000100008 Revista de Derecho, Vol. XVI, julio 2004, págs. 165-186 estudios e investigaciones.

Corporación Excelencia en la Justicia artículo 23 de junio de 2009. “*Proyectos de descongestión de procesos requiere planes de avanzada*”.

Constitución Política Colombia.

Corte Constitucional Colombiana, Sentencia No. T-406 de 1992, Colombia, Magistrado Ponente Ciro Angarita Pabón.

Ley 1194 de 2008 Colombia, “*Por medio de la cual se reforma el Código de Procedimiento Civil y se dictan otras disposiciones*”.

Ley 1285 de 2009 Colombia, “Por medio de la cual se reforma la Ley 270 de 1996 Estatutaria de la Administración de Justicia”.

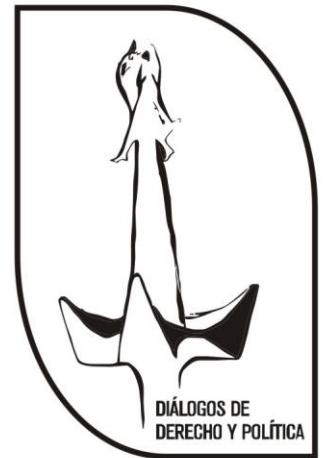
Ley 497 de 1999 Colombia, “Por la cual se crean los jueces de paz y se reglamenta su organización y funcionamiento”.

Prieto Sanchis, Luis et al. .Neo constitucionalismo y Ponderación Judicial. En Neo constitucionalismo(s), Edición de Miguel Carbonell, Trotta. Madrid, 2005.

Ramírez Carvajal, Diana María. A propósito de la justicia en la aplicación del ordenamiento jurídico como sistema integrado de Fuentes (reflexiones sobre la justicia en el proceso vs. la justicia material).

Taruffo, Michelle (1996). *La justicia civil: opción residual o alternativa posible?* Consultado en: Corrupción y Estado de derecho. Madrid: Trotta.

Vado Grajales, Luis Octavio. *Medios alternativos de solución de conflictos*. Consultado en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2264/19.pdf>



---

## Carne de tu carne: Incesto y medios de comunicación en Colombia

---

**Carolina Orrego Fernández**

Antropóloga, Facultad de Ciencias Sociales y Humanas, Universidad de Antioquia. Correo electrónico: [rockercaro@hotmail.com](mailto:rockercaro@hotmail.com)

## Resumen

El presente artículo es el resultado de un proyecto de investigación que tuvo como finalidad indagar acerca de la creación y posterior exaltación de *monstruosidades* en torno a un fenómeno como el incesto, a partir de los medios de comunicación en Colombia. La vinculación de los medios de comunicación y el incesto dentro de una misma pregunta de investigación tiene que ver, en primer lugar, con las formas discursivas que se evidencian frente a los casos de incesto y, en segundo lugar, con las percepciones que se establecen a partir de aquellos discursos que se alimentan de lo mediático. Siendo así, el incesto, la monstruosidad y los medios de comunicación, se retroalimentan entre sí para dar como resultado nuevas formas o representaciones corporales. Para esto fue necesario el análisis del discurso de diferentes medios de comunicación como la televisión y la prensa.

**Palabras claves:** incesto; prohibición; medios de comunicación; monstruosidad; lenguaje; delito; pecado.

## Carne de tu carne: Incesto y medios de comunicación en Colombia\*

### El incesto

Actualmente las percepciones que se tienen sobre el incesto son variadas, en tanto diferentes disciplinas han intentado abordar, analizar y entender la prohibición que pone límites a las relaciones entre parientes, regulándolas para evitar una unión afectiva o sexual entre ellas. Así es como el incesto y su prohibición se constituyen como hechos que están llenos de mitos, regulaciones y creencias que caracterizan a cada sociedad en su estructura, normatividad y cotidianidad.

La prohibición del incesto, así como otras reglamentaciones dentro de la sociedad, permea de manera transversal la estructura de cada comunidad, dando paso a los discursos normativos que se establecen para ejercer la regulación sobre trasgresiones y posteriores repercusiones que puedan ocasionar la desestabilización social y cultural de la sociedad. De acuerdo a esto, la prohibición del incesto funciona en la sociedad como una institución establecida bajo cimientos culturales, se conforma como un ente regulador de las relaciones familiares que a su vez configura los límites que el individuo tiene dentro de su comunidad. De esta manera, actúa cumpliendo con una norma social que, más que prevenir los peligros de su infracción, asegura el orden de la estructura social.

Al ser una regla universal, la prohibición del incesto tiene ciertas generalidades que permiten su reconocimiento dentro de los diferentes grupos humanos. Sin embargo, cada sociedad tiene sus condiciones para hacer valer dicha norma al interior de sí misma. Del universo de definiciones que representa la prohibición del incesto, se proponen teorías e insinuaciones que revelan algunas de las características del incesto en las sociedades.

Las particularidades de cada sociedad frente al tema del incesto tienen implicaciones importantes en su interior, como ejemplo de esto Claude Lévi-Strauss en *Las estructuras elementales del parentesco* (1969) menciona tres causas que desde la sociología han sido establecidas para la comprensión de la prohibición del incesto. La primera de ellas es el temor a las posibles mutaciones con las que puedan nacer los hijos producto de una unión sexual entre parientes, la segunda es la aversión sexual que se siente por el pariente con el que se ha convivido durante toda la vida; y la tercera se refiere a la prohibición como una norma meramente social, descartando cualquier condicionamiento biológico.<sup>1</sup> Es en este punto donde aparece el aporte de Lévi-Strauss: según él, la prohibición no obedece ni al orden de lo social ni al orden natural, se encuentra como una intersección entre los dos.

“La prohibición del incesto es el proceso por el cual la naturaleza se supera a sí misma; enciende la chispa bajo cuya acción una estructura nueva y más compleja se forma y se superpone -integrándolas- a las estructuras más simples de la vida psíquica,

\* Este artículo hace parte de la investigación “Carne de tu carne: incesto y medios de comunicación en Colombia”, realizada como trabajo de grado para optar al título de antropóloga en la Universidad de Antioquia, dirigida por el profesor Dario Blanco Arboleda.

<sup>1</sup> Lévi-Strauss, Claude (1969). *Las estructuras elementales del parentesco*. Buenos Aires, Editorial Paidós, pág 59.

así como estas últimas se superponen -integrándolas- a las estructuras más simples de la vida animal. Opera, y por sí misma constituye el advenimiento de un nuevo orden.”<sup>2</sup>

Otro ejemplo de las implicaciones de la prohibición del incesto en cada sociedad tiene que ver con el castigo dado a quienes desobedezcan la regla, esto es argumentado por Sigmund Freud en *Tótem y tabú*, escrito en 1912, cuando, en su estudio de las comunidades australianas, se revela el temor al incesto sobre todo cuando se da entre el yerno y la suegra. Este incesto es posibilitado, según Freud, debido a un deseo infantil que se hace latente en la vida adulta.<sup>3</sup>

De acuerdo a esto, el psicoanálisis asegura que el deseo incestuoso se encuentra en el inconsciente y en ocasiones es exteriorizado, sin embargo, el psicoanálisis se encarga de limitar esos deseos latentes, lo que ocasionaría, la represión del individuo mismo por medio del temor sobre la peligrosidad del acto incestuoso, asegurando que el deseo, del cual ignora su existencia hasta la llegada del psicoanálisis, no se desborde del inconsciente.

Las concepciones sobre el incesto se componen de discursos que tienen funcionalidad dentro de la sociedad, esto posibilita la creación de definiciones para el acto incestuoso complejizando su significado e implementando figuras que son avaladas por estos discursos, otorgándoles mayor credibilidad. Características del incesto como las de perversión, delito, locura y el miedo por el nacimiento de hijos “enfermos” ocasiona una mayor vinculación de la prohibición del incesto a la vida social.

Para el punto de análisis entre el incesto y los medios de comunicación, los discursos de lo mediático participan de estas prohibiciones sociales, convirtiéndose en instrumentos funcionales, para establecer límites a la producción del deseo en la sociedad. Los discursos mediáticos por los que pasa la prohibición, asumen una posición, así es como el tratamiento jurídico, psicológico, médico y religioso establecen medidas, herramientas y posturas frente a las implicaciones del incesto en la estructura social. Todos estos discursos construyen miradas hacia las prácticas incestuosas haciendo que, de la mano del seguimiento mediático, los procesos sociales insertan las categorías del delito, el pecado, la anormalidad y la enfermedad como características del incesto.

Sin embargo, la figura del incesto resulta paradójica. Por un lado, es objeto de temor y de prohibición por la cultura y por otro lado, esta práctica ha sido recurrente ya que en ciertos espacios, se posibilitan, a mayores uniones exógamas y, un mayor flujo dinamismo económico entre los distintos grupos familiares. La conservación del linaje, del patrimonio familiar y, en algunas ocasiones, el derecho a los hijos, se convierten en impulsores de la trasgresión.

Como ejemplo de esto, en Antioquia existen otras características de unión parental que pueden dar como resultado procesos eugenésicos en algunas regiones. En el municipio de Granada - Antioquia hay una frecuencia alta en los apellidos, es decir, la gran mayoría de la población es portadora de los mismos apellidos. Esta característica se origina desde la

<sup>2</sup> Ibíd., pág 59.

<sup>3</sup> Freud, Sigmund (2007). *Tótem y tabú*. Traducción Luis López-Ballesteros y de Torres. Madrid, Alianza Editorial, pág. 206.

fundación del municipio a manos de los españoles que se asentaron allí creando sus familias.<sup>4</sup>

Esta condición se da debido al aislamiento geográfico ocasionado por la dificultad en las vías de acceso a Granada, lo que genera la unión entre personas de los mismos núcleos familiares. Poco a poco esto se convierte en un proceso eugenésico, en la medida que muchos de los habitantes de Granada conservan algunas de las características raciales de sus fundadores.<sup>5</sup> Para otros municipios de Antioquia la endogamia se reconoce como característica cultural y generacional.

“Las razones culturales de este hecho tienen su fundamento en las primeras familias que llegaron de Marinilla y El Santuario, poblaciones cercanas a Granada, que tenían fuertes concepciones sobre raza, linaje, religión y localismo,<sup>6</sup> lo que conduce a uniones matrimoniales frecuentes entre parientes y vecinos para mantener su tradición cultural, nivel social y ancestro español.”<sup>7</sup>

Dadas las contradicciones es preciso pensar que la prohibición del incesto obedece a órdenes económicos; el temor por incurrir en él es necesario para darle continuidad a las alianzas entre familias y personas, de otro modo, si no hubiera ninguna sanción o temor del incesto, la posibilidad de hacer relaciones económicas por fuera del núcleo familiar se vería afectada. Así es como el establecimiento de la prohibición se hace necesario para regular el orden social y cultural de una comunidad.

Las herramientas que definen la prohibición del incesto son múltiples, obedecen a órdenes variados y a percepciones diferenciadas dentro de las sociedades. Sin embargo, crean un conjunto que contribuye al establecimiento de la estructura social.

### Lenguaje y medios de comunicación

Un elemento importante que media entre la relación del incesto con los medios de comunicación es el lenguaje. Este se encuentra inserto en todas las acciones humanas, y la sociedad por medio suyo comienza a categorizar los actos que dentro de ella se establecen.

El incesto como objeto del lenguaje es encasillado en discursos que lo identifican de manera que se comprenda su implicación en la sociedad. Para reconocer los efectos del lenguaje es necesario entender que la comunicación genera relaciones que establecen las características de la cotidianidad y que, a su vez, comienza a concebir particularidades para prácticas culturales que redefinen su actuación en la sociedad.

Muchas de las percepciones sobre el incesto se dan a partir del lenguaje, funcionando, éste, como herramienta de comunicación. A su vez, los medios de comunicación usan el lenguaje para hacer el reconocimiento de las figuras que hacen parte de las definiciones de la práctica incestuosa. Del tratamiento que se le dé a estas definiciones dependerá la

<sup>4</sup> Pineda-Santís, Hermes, Arcos-Burgos, Mauricio y Bravo-Aguiar, María Luisa (1999). “Aproximación a la estructura genética de la población de Granada, Antioquia (Colombia), a través de isonimia”. En: *Actual Biol.* Medellín, Número 21, págs. 29-36.

<sup>5</sup> Ibíd. Págs. 29-36.

<sup>6</sup> Aramburo et al., (1990).

<sup>7</sup> Ibíd. pág 35.

construcción de identidades que reafirmarán la *peligrosidad* de la trasgresión a la prohibición del incesto.

Por esta razón, es importante y necesario hacer el vínculo entre el uso del lenguaje dentro de la prohibición del incesto, a través de los medios de comunicación. El interés de este trabajo por abordar lo mediático consiste en hacer evidente que estos actúan, en algunos casos, como detonantes de situaciones y percepciones que enfrentan a la sociedad a sí misma, haciéndola reconocer en ella elementos que forman parte de su vida cotidiana y son objeto de temor y prohibición.

Aquí se expondrán algunos ejemplos de la forma como el lenguaje actúa en los medios, cómo se muestra o se desarrolla una noticia de incesto y las implicaciones que tiene en sus lectores o televíidentes, teniendo en cuenta que los medios de comunicación han sido los que, actualmente, le han dado gran cobertura a los casos de incesto que ocurren en Colombia, sin olvidar que hay un referente preciso del que emanan muchas de las determinaciones a la hora de entregar la información y mostrar la perspectivas desde donde se observa cierto evento.

Las diversas formas en que se presenta el lenguaje, evidencian los discursos que se enuncian en torno a circunstancias en las que el acto comunicativo sea imprescindible. Estos discursos generan nuevas concepciones que van encasillando a las prácticas culturales dentro de figuras de representación social, estructurando, a partir de su acción, las características del orden social.

Estas figuras son la representación de un fenómeno que se rechaza en la sociedad, por esta razón la identidad que se vincula a ellas es la de individuos que son alejados de la estructura social y puestos por fuera de los límites de la sociedad que los concibe. Estos individuos encarnan lo *monstruoso* de los actos humanos, reivindicando la norma social.

En cuanto a esto, los medios de comunicación tienen ciertas características que le dan un carácter impactante a la información que presentan, lo sorpresivo, lo novedoso, lo debatible o la huella que deja en lo que Niklas Luhmann llama *memoria social*<sup>8</sup> componen aquellas noticias que conmocionan a la comunidad, la cual se hace testigo del hecho por medio de los procesos mediáticos en los que es inserto.

Ahora bien, el hecho del cual partió la pregunta sobre el incesto en los medios de comunicación ocurrió en el año 2008 cuando el mundo conoce la historia del austriaco Joseph Fritzl y su hija Elizabeth, quien estuvo encerrada por su padre en el sótano de la casa por 24 años, siendo su compañera sexual y dejando como resultado siete hijos. Este hecho no solo recorrió muchos lugares del mundo, sino también la sensibilidad de las personas que fueron enterándose del hecho. Este hecho no sólo conmovió sino que dio el impulso para que otros hechos similares fueran apareciendo progresivamente.

La noticia del “monstruo” de Amstetten fue un detonante de polémica y discusiones que siguieron en torno al tema del incesto. Los casos de incesto que fueron revelados en Colombia tuvieron como punto de comparación a este primer “monstruo”, como *ejemplo*

<sup>8</sup> Luhmann, Niklas (2000). *La realidad de los medios de masas*. Barcelona, Anthropos Editorial, pág. 179.

de *perversion y locura*. El referente de lo que ocurrió en Austria adquiere un sentido más amplio, teniendo en cuenta lo lejano del contexto.

“La lejanía confiere peso a la información en la referencia local, probablemente porque cada uno, en su propia localidad, está tan bien informado que toda información adicional es muy apreciada.”<sup>9</sup>

En Colombia la conmoción y el rechazo para el caso del “Monstruo de Amstetten” fue evidenciado por los medios de comunicación en sus encabezados mostrando lo que sería la indignación colectiva por este hecho:

“Austria en shock por Elizabeth”<sup>10</sup>

“Confesó autor de macabro encierro”<sup>11</sup>

“El espeluznante caso sucedió en un pueblo de Austria”<sup>12</sup>

“Con un “mar de luces” los habitantes de Amstetten expresan su ira y tristeza”<sup>13</sup>

Los casos de incesto más representativos que siguieron al “monstruo” de Amstetten en Colombia tuvieron historias similares. En el departamento del Tolima, fue revelada la existencia del “monstruo” de Mariquita, un padre que convivió con su hija como esposa durante más de 20 años, relación de la cual nacieron varios hijos. La denuncia por incesto fue hecha por su hija y pareja sentimental luego de conocer el caso de Austria, por esta noticia ella se dio cuenta de que “*lo que le hacia su padre no era normal.*”<sup>14</sup>

No obstante, otro caso en el departamento del Tolima es denunciado con matices distintos al anterior. Un padre mantiene una relación de pareja con su hija adoptiva de la cual también nacieron varios hijos. Sin embargo, la denuncia fue hecha mediante anónimos de los vecinos de esta pareja ante la Defensoría del Pueblo y trasmitidos a la comisaría de familia, aludiendo que la hija fue violada y cortejada por su padre desde joven. La joven y sus hijos piensan que es injusta la captura de este hombre, sin embargo, esto se ve como un hecho particular dentro del caso.<sup>15</sup>

En estos dos casos, en el que la hija se muestra como víctima de su padre y en el que la hija alega la injusticia por el castigo impuesto a su padre, se establecen las contradicciones que tienen las múltiples realidades de los contextos en los que se da la noticia. Contradicciones que se difuminan cuando comienzan a pasar por el lente de los medios de comunicación y empiezan a tejer una *realidad* única.

<sup>9</sup> Ibíd. pág 44.

<sup>10</sup> El Colombiano (2008). *Austria en shock por Elizabeth*. El Colombiano, Abril 28 de 2008. Versión impresa.

<sup>11</sup> El Colombiano (2008). *Confesó autor de macabro encierro*. El Colombiano, Abril 29 de 2008. Versión impresa.

<sup>12</sup> El Tiempo (2008). *El espeluznante caso sucedió en pueblo de Austria*. El Tiempo, Abril 28 de 2008. Versión impresa.

<sup>13</sup> El Espectador (2008). *Con un “mar de luces” los habitantes de Amstetten expresan su ira y tristeza*. El espectador, Abril 29 de 2009. Versión impresa.

<sup>14</sup> El Espectador (2009). *Hay más monstruos en el Tolima*. El Espectador, Marzo 29 de 2009. Tomado de: <http://www.elespectador.com>

<sup>15</sup> El Espectador (2009). *Nuevo caso de incesto en Tolima*. El Espectador, Julio 16 de 2009. Tomado de: <http://www.elespectador.com>

Todos estos casos fueron presentados como una continuación del “Monstruo de Amstetten”, asumido como el punto de partida para la denuncia pública. No se mostraron como hechos aislados sino como un hilo conductor:

“Aparece en Tolima caso similar al “monstruo” de Austria”<sup>16</sup>

“Hay más monstruos en el Tolima”<sup>17</sup>

“¿Un Fritzl en Colombia?”<sup>18</sup>

Los medios de comunicación ejercen un poder sobre la sociedad enfocado en el control de la información y la utilización del lenguaje para divulgarlo; este poder también actúa sobre los índices de “verdad” que tiene cada evento que narran. Es decir, los hechos que son contados por los medios de comunicación son tomados como “verdad” por los receptores de la información y de esta manera asimilados de acuerdo a lo que el lenguaje mediático le ofrece al público.

Las figuras que se crean a partir de las concepciones del incesto también son dirigidas por esos índices de “verdad”, lo que ocasiona que las relaciones de la sociedad con estas representaciones del incesto se desarrolle únicamente a partir de la información revelada por el medio. De esta manera, la herramienta que el medio de comunicación utilice puede llegar a establecer *realidades* que sirvan como punto de referencia para la comprensión de una *problemática social*, que para este caso sería el incesto.

“El principio de selección consiste en la búsqueda de lo sensacional, de lo espectacular. La televisión incita a la dramatización en un doble sentido: escenifica, en imágenes, un acontecimiento y exagera su importancia, su gravedad, así como su carácter dramático, trágico.”<sup>19</sup>

La exaltación de estas figuras ratifica las relaciones de poder que se establecen en la sociedad, los medios de comunicación exponen a una figura que representa aquellas trasgresiones a la norma social, al mismo tiempo que ponen en conocimiento del público las discusiones y el manejo de los entes reguladores de estas conductas. Si bien exalta al individuo infractor, también muestra la acción que sobre él se ejerce: la trasgresión existe pero es controlada y castigada.

El vínculo de los medios de comunicación con la sociedad genera una dependencia mayor de esta a la información que los medios le ofrecen. Cada día las perspectivas sobre las que la sociedad ve el mundo son determinadas únicamente por lo que es difundido en los medios de comunicación, esto ocasiona apego a las *realidades mediáticas*, desarticulando los lazos sociales y dejando a un lado las realidades que nacen de estos.

<sup>16</sup> El Espectador (2009). *Aparece en Tolima caso similar al “monstruo” de Austria*. El Espectador, Marzo 27 de 2009. Consultado en: <http://www.elespectador.com>

<sup>17</sup> El Espectador (2009). *Hay más monstruos en el Tolima*. El Espectador, Marzo 29 de 2009. Consultado en: <http://www.elespectador.com>

<sup>18</sup> Revista Semana (2009). *¿Un Fritzl en Colombia?* Revista Semana. Marzo 30 de 2009. Consultado en: <http://www.semana.com>

<sup>19</sup> Bourdieu, Pierre (1997). *Sobre la televisión*. Madrid, Editorial Anagrama, pág 25.

De esta manera, las realidades que se encuentran dentro de la lógica de los medios de comunicación obtienen una validez total en la sociedad, lo que ocasiona la negación de aquellas realidades que estén fuera del orden mediático, perdiéndose a su vez el horizonte cultural de donde nace el incesto mismo.

### **Delito, pecado y monstruosidad**

Lo que transversaliza a la prohibición y a su vez al cuerpo monstruoso – esto es el cuerpo del victimario- que se constituye por la trasgresión, es el delito y el pecado. Estas dos características se muestran como aquellas que definen los actos incestuosos en la sociedad desde los medios de comunicación.

El delito y el pecado representan aquellos mecanismos que funcionan en torno a la trasgresión de la prohibición del incesto. El castigo, como finalidad de estos mecanismos, se instaura como forma de control para las prácticas incestuosas, un control que se posiciona en aquellos cuerpos que se revelan ante las normativas de acción política, económica o sexual.

La *monstruosidad* se concibe como la característica que identifica al cuerpo incestuoso. Tal identificación lo ubica por fuera de su humanidad, es decir, deja de ser humano y pasa a ser *monstruo*, un ser sobre el que se puede imponer el peso del castigo moral, penal y social para evitar reincidencias y procurar una sociedad en donde no ocurran estas conductas. Por esta razón, el encierro y el aislamiento de los *no humanos* hacen parte de los mecanismos de castigo y control.

Estas categorías se han vinculado fuertemente a la concepción actual del incesto, en donde la participación de los medios de comunicación ha propiciado la identificación del incesto como un “acto monstruoso” que actúa de manera transversal entre el delito y el pecado, entes reguladores que a su vez encasillan al *monstruo* para ejercer el control sobre él. Dicho de otro modo, el *monstruo* está por fuera del entorno cultural, social y humano, pero es ubicado dentro del delito y el pecado sólo para validar los dispositivos de poder y hacer que funcionen.

Muchas de las polémicas que surgen en la sociedad actual se inscriben dentro de una crítica asociada a los comportamientos de la vida diaria, reflejados en la moralidad y los juicios de lo bueno y lo malo; discusiones que se centran y se han centrado en los actos humanos que emprenden un camino de “verdades”, “falsedades”, reclamos de justicia y el enaltecimiento de las emociones. Las leyes sociales se construyen a partir de sanciones que la sociedad establece para los actos que van en contra de su estructura social; estos actos, al ser cometidos, son puestos bajo los ordenamientos que dictan las normas para sancionarlos. De esta manera, la sociedad define qué actos se encuentran dentro de lo “correcto” o lo “incorrecto” y sus debidas sanciones.

Una de las inquietudes de esta investigación surge del cuestionamiento acerca de la relación de los actos humanos con su entorno, que involucra las formas de suprimir lo *no permitido*; además de los mecanismos instaurados que sustentan la organización social y reclaman el control de aquellos movimientos que desbordan los límites de lo que sí es *permitido*.

Para entender este asunto, basta con mirar el entorno que rodea las acciones de cada día, escuchar las palabras de las personas en la calle, ver los noticieros o leer los periódicos para percibir que hay sucesos que permean la cotidianidad, regulando aquello de lo que nace la cultura misma. Las prohibiciones caracterizan a las sociedades, destacan el sentido de las cosas y reclaman ser respetadas bajo los ordenamientos culturales establecidos como norma irrevocable.<sup>20</sup>

Echar un vistazo a lo que diariamente se conjuga en la sociedad actual da una primera noción de lo que implican las características que este trabajo aborda. Lo jurídico, por ejemplo, referido como lo normativo, se encuentra implícito en cada una de las acciones que las diferentes sociedades desarrollan, los parámetros de convivencia que hacen parte de cada cultura incluyen precisamente este tipo de regulaciones que hacen que los actos humanos recorran un camino lineado por un determinado comportamiento.

Ya habiendo mencionado algunas de las inquietudes y de los resultados que arrojó la investigación, se podrá comprender que hay asuntos que hacen parte del sujeto mismo pero que van en contravía de lo que la misma sociedad quiere para él. Asuntos tan relevantes como la demarcación de prohibiciones en una sociedad, sellan algunas de las condiciones de vida del individuo; sus pasiones, deseos y emociones se ven reguladas por instituciones que engendran los códigos normativos de comportamiento, siendo este establecimiento la característica fiel del ser humano frente a la sociedad que lo observa. Es como si la misma sociedad se encargara de enfrentar al individuo consigo mismo, con sus temores y angustias para esperar de él la aceptación de las prohibiciones.

Este individuo que acepta y actúa de acuerdo a los preceptos de su comunidad se encuentra en condiciones de permanencia dentro de ella, todo su ser se adecúa en torno a aquellas demandas que lo definirán. Como protagonista de sus acciones, el hombre toma decisiones que le dan un puesto dentro de su sociedad y lo vinculan en las prácticas propias de su tradición cultural. El conjunto social incluye ordenamientos de comportamiento que revelan la importancia del acatamiento de las leyes impuestas, existen límites que deben respetarse, afuera de ellos se encuentra un espacio liberado de lo cultural, de lo social, de lo humano y representa aquello que no pertenece, que se desvincula y por tanto sale de toda realidad concebida e imaginada para el entorno cultural.

Sin embargo, la sociedad misma se encarga de empujar a aquellos sujetos a las afueras de los límites, de los códigos, se encarga de definirlos y autenticarlos como *no pertenecientes*. Hay que entender que el acto en sí no constituye la desvinculación, ni siquiera es el sujeto por sí mismo, es el recalcamiento del error, de lo *malo*, de lo *perverso*, la insistencia en que debe ser sanado. Al ser sanado este cuerpo *anómalo*, será sanado también el cuerpo social que se establece como la base de la sociedad y que debe ser protegido de manera cuidadosa para procurar su integridad, eliminando así a los sujetos *enfermos*, *delincuentes* y

---

20 Ernst Cassirer en su texto Antropología Filosófica, se refiere al tabú como algo destacado, que supera el límite de lo corriente, que contiene en su esencia la declaración a priori de la peligrosidad de algunas cosas. El tabú del incesto como prohibición cultural se establece como una ley que debe respetarse y que de no ser así, se corre peligro. Cassirer, Ernst (1963). *Antropología Filosófica*. México, Colección Popular, pág 159.

*degenerados* que lo pongan en peligro.<sup>21</sup> Ante la existencia de un acto detonante en un individuo, su tratamiento jurídico, médico, social, espiritual y, para este caso, mediático, conjuga la nueva identificación del ser.

En este punto los medios de comunicación, que son los que dan cuenta de la vinculación de estas herramientas de tratamiento, muestran, por ejemplo, la importancia de la opinión médica y religiosa para tomar una determinación jurídica para el acusado. Dando a entender que las leyes que regulan estos comportamientos recorren la indignación de las esferas sociales para reconocer en un sujeto la cancelación de su vida cultural.

El objeto de esta indagación sería entonces el cuerpo, su lenguaje, sus palabras, las cuales indicarían la revelación de una verdad que oportunamente será provechosa para darle justificación y juicio a esa corporalidad que atenta contra los recorridos *normales* de los demás cuerpos que se perturban con su presencia. Volviendo al punto, esta presencia de carácter *peligrosa* tendrá que salir del conjunto de los cuerpos sociales porque además de perturbar, emana la posibilidad de un descontrol que puede llegar a ser seductor.

La unión de las esferas incluidas en este juicio social, tiene como tarea reconocerse como conocedor absoluto del sujeto y su acto, debido a que la más mínima prueba de ignorancia podría poner en peligro la credibilidad y confianza puesta en la funcionalidad de los mecanismos de poder y control sobre el cuerpo y la mente del acusado. El conocimiento genera el poder de establecer control sobre los cuerpos y las sociedades, los discursos que se engendran establecen el dominio de las situaciones que ponen en juego las prohibiciones.

“Pero lo esencial es la multiplicación de discursos sobre el sexo en el campo de ejercicio del poder mismo: incitación institucional a hablar del sexo, y cada vez más; obstinación de las instancias del poder en oír hablar del sexo y en hacerlo hablar acerca del modo de la articulación explícita y el detalle infinitamente acumulado.”<sup>22</sup>

Todo esto no es tan etéreo de la vida cotidiana como podría creerse, es lo que sucede a diario cuando se confía la verdad de un hecho al medio de comunicación que lo transmite y más aún cuando se confía a los expertos, que el mismo medio pone a disposición del público, el criterio u opinión sobre el suceso revelado. El público pide verdad y la obtiene, sólo importa que sea una verdad, no interesa el tipo de verdad o lo que tras el entramado de verdades convenientes se oculta.

Así es lo que ocurre cuando se revela la existencia de los *monstruos* en Colombia, sólo importa que es un *monstruo* y debe ser enjuiciado por el acto perverso que cometió, las opiniones se convierten en una cadena de *verdades* legalizadas socialmente y los discursos frente a lo que sucede son reafirmados a la par con el ejercicio del poder mediático y jurídico.

Los discursos, puestos en manos mediáticas, sólo van del lado enjuiciador, un *Monstruo de Mariquita* no habla, no le es permitido justificar siquiera sus actos, pero cuando logra

<sup>21</sup> Foucault, Michel (1998). *Vigilar y castigar: Nacimiento de la prisión*. México, Siglo Veintiuno Editores, pág 103.

<sup>22</sup> Foucault, Michel (2009). *Historia de la sexualidad: La voluntad de saber*. México, Siglo Veintiuno Editores, pág 26.

emitir alguna palabra este discurso es inmediatamente puesto bajo las cuerdas del cinismo y la certeza de la imposibilidad de verdad. La esencia de los discursos utilizados para estos casos ponen en marcha las palabras que ratifiquen el castigo para este hecho, y que más que el lenguaje para darle la razón a la *perversidad* del acto. Mientras la víctima narra su *historia dolorosa* y es repetida las veces que sean necesarias para sensibilizar a quienes la conozcan, la voz del verdugo se conoce sólo cuando ratifica el hecho que cometió.

"Varias veces ella se fue de la casa, pero yo iba y la traía bajo amenazas de muerte", pronunció. Incluso una vez le pegó un cachazo en la cabeza con un revólver, para que no lo volviera a abandonar.<sup>23</sup>

De aquí nacen entonces, los reclamos más fervientes de justicia, el clamor por las sentencias, la claridad sobre la existencia de un delito que abarca todo el ser y su entorno, y la imploración de protección para una sociedad que está en riesgo y teme ser atrapada por una esencia perversa que está pudriendo sus entrañas. Sin embargo, este temor no va muy lejos, la sociedad está segura porque sabe que el *monstruo* ya está más allá de lo visible, tras las paredes de su propia *monstruosidad* y que su alma está condenada y atada por su conciencia *anormal*.

Se da paso a ese delito que define a los *monstruos*, que los conjuga en un solo sentido, que los encierra en una realidad subterránea e incomprendible para el individuo social y cultural. Se empiezan a conjugar las víctimas que hacen posible la eficacia del delito justificando la aparición del *monstruo* que se inserta en el entramado social como representación de lo no humano, conduciendo su cuerpo por el "recto camino de la verdad". El delito no se constituye sólo por el acto en contravía de las leyes, lo construyen los cuerpos que hablan, que confiesan y enuncian la criminalidad en sus acciones.

Siendo así, el delito, el pecado y la monstruosidad son elementos que se instauran en la realidad actual, no son conceptos ficcionales o inventados para casos hipotéticos, son la representación de una cotidianidad que no es tan lejana, una cotidianidad que se desvirtúa de las leyes sociales y se convierte en un conjunto de realidades ocultas.

La monstruosidad se presenta como la figura que se instaura para justificar su expulsión social, se concibe como un elemento perturbador y como tal debe salir del entorno social. Sin embargo, la misma sociedad es la que lo construye, le da identidad y lo conceptualiza, y de esta manera se facilita la comprensión de sus actos como *incorrectos, inmorales y destructivos*. Este *monstruo* no tiene características físicas que lo identifiquen como tal, es un *monstruo humano* que desempeña dos roles que van en contra del funcionamiento de la familia es padre y pareja de su hijo/a, además de esto el *monstruo humano* es trasgresor de las leyes sociales y de la naturaleza.<sup>24</sup>

---

23 Unas de las pocas palabras de Arcadio Álvarez, el llamado "monstruo" de Mariquita, puestas en público. Tomado de: *Primero de octubre se conocerá sentencia al "monstruo de mariquita"*. Artículo de Septiembre 4 de 2009 en El Espectador. Consultado en: <http://www.elespectador.com/articulo159625-primero-de-octubre-se-conocera-sentencia-al-monstruo-de-mariquita>

24 Foucault, Michel (2001). *Los Anormales: Curso en el Collège de Francia (1974-1975)*. México, Fondo de Cultura Económica, pág. 350.

El delito, apoyado en el pecado, surge como mecanismo de control sobre las representaciones corporales que, como objetos de la acusación social, se desvanecen, pero que son guardados en un espacio de la memoria de la sociedad, ya no como figuras o cuerpos sino como fantasmas que alguna vez penetraron el tejido social y fueron despojados de toda humanidad.

El pecado que sigue en funcionamiento, incluso más de lo que podría creerse, regula las acciones humanas por medio del temor y del peligro. Las sanciones de tipo moral o espiritual son constantes en la sociedad y se apoyan en la aparición de aquellos sujetos trasgresores para ejercer su funcionalidad y su poder sobre los cuerpos que aun pertenecen a la estructura social.

De esta manera, el cuerpo del trasgresor se convierte en blanco de los mecanismos de control y del ejercicio del poder, cuya finalidad es deconstruirlo, desfigurarlo, despojarlo de sí mismo aprovechando que su humanidad cada vez está más perdida. Su sexualidad es exaltada como objeto de la perversión, y es reprimida para evitar su reivindicación en la sociedad.

La construcción de *monstruos, anormales* o *perversos*, da cuenta de una sociedad que no reconoce las características de su vida social y de su estructura cultural. Una sociedad que necesita de sujetos *monstruosos* para definirse, se aleja cada vez más de su base y su identidad, va perdiendo los pedazos que la fueron construyendo, y a cambio de eso encuentra a su paso una sociedad desconfigurada y a ciegas que no puede recorrer caminos que la lleven a algún lado, sino senderos que la hagan circular en torno a su propia ceguera.

### **Construcción de monstruosidad**

Diariamente se establecen construcciones sociales que dan cuenta de identidades o identificaciones, las cuales emergen de situaciones o circunstancias en las que se generan nuevas percepciones sobre el individuo. Estas percepciones sociales se vinculan a través de medios que tienen el poder de la información.

Las partes involucradas en la construcción de identidades se caracterizan por ser reconocidas y aceptadas dentro de la sociedad, ya sea porque tienen el poder de acusar, enjuiciar, argumentar o señalar a individuos que se hagan *merecedores* de una nueva identificación social y llevarlos a su consecuente expulsión de la sociedad.

Con todo esto, existen organismos, instituciones o agentes que se encargan de decidir acerca de los mecanismos que actúan sobre el individuo que, como en el caso de quien incurre en el incesto, perturba y afecta el orden social. Agentes estatales, sociales o religiosos que procuran regular los comportamientos y castigar las acciones que desestabilicen la estructura de la sociedad.

Al ser el incesto objeto de la *monstruosidad*, se emprende una nueva concepción sobre las prácticas incestuosas, siendo, a su vez, objeto de los medios de comunicación de los cuales se desprende la construcción *monstruosa* dada sobre este tipo de relaciones. Esta construcción se establece socialmente al darle definición a una serie de eventos que

revelan las características de un individuo que enfrenta las leyes sociales, morales y jurídicas.

Sin embargo, estas construcciones no se establecen de manera indefinida en la sociedad, se definen, se identifican y son expulsadas de esa misma sociedad que las crea. El hecho de que se identifiquen estos sujetos dentro de la sociedad, no significa que mantengan un espacio dentro de ella, al contrario, su identificación se convierte en el medio para su expulsión, es decir, a partir de su *monstruosidad*, se establece su desvinculación social y hasta su pérdida de humanidad.

En este sentido, el incesto, los medios de comunicación, el delito y el pecado tejen una personalidad *monstruosa*, castigada y expulsada. Los medios de comunicación revelan un hecho y reafirman las puntadas establecidas para la construcción del *monstruo*. El delito y el pecado son el resultado del acto *monstruoso* y protectores de la sociedad afectada por éste, y el incesto, como inicio de la *monstruosidad*, se da partir de las nuevas percepciones que se conciben sobre esta práctica.

El *monstruo* es construido a partir de acciones que se perciben como *inadecuadas*, percepción que va de la mano de la sociedad, debido a que las leyes tanto morales, sociales y jurídicas han establecido las características de los actos *adecuados* e *inadecuados*. Es decir, la sociedad no identifica los *monstruos* por razones salidas de la nada, hay referentes que le permiten reconocer el tipo de actos que encuentra en sus individuos. Las perturbaciones que caen dentro de un entorno social son protagonizadas por estos individuos que actúan en contra de todo establecimiento social, de esta manera las identificaciones de *monstruosidad* se hacen *pertinentes* a la hora de acusar, señalar y juzgar.

La construcción de la *monstruosidad* implica la deconstrucción de otras características que el individuo tendría dentro de su entorno social, que sea percibido, como ya se ha dicho varias veces, como un sujeto que actúe según la normatividad del espacio donde vive. Según esto, al salirse de estos lineamientos, deja de ser individuo, social, moral, político y humano. Al no poseer estas características es expulsado del entramado social.

La *monstruosidad* es una construcción social que se conforma a partir de las prohibiciones rededor de trasgredidas. Esta construcción se establece en el entorno social cotidiano alrededor de situaciones que generan perturbación en el conglomerado social, circunstancias bajo las cuales la sociedad comienza a tejer definiciones que permitan identificar a los protagonistas de las trasgresiones. Así mismo, el nacimiento del *monstruo* es un proceso que abarca varias condiciones del sujeto que se percibe como *perturbador*, su comportamiento, su conducta y su actitud moral definirán su caracterización y las divergencias dentro de su grupo social. Este sujeto infractor representa todo aquello que es rechazado por su comunidad, tras esto empiezan a ser “necesarios” los mecanismos de control que recaigan sobre su cuerpo y justifiquen su *culpabilidad* y posterior expulsión del entorno social.

La fuerza que toma la figura del *monstruo* para ser identificado socialmente incluye un proceso en donde la exaltación de su ser es lo principal, y para esto los medios de comunicación se constituyen como la herramienta que conduce dicha exposición de su condición *monstruosa*, a partir de su intervención, su identidad queda aun más consolidada en la sociedad. De igual manera, los saberes especializados que indagan en el

cuerpo del trasgresor dan pie para establecer en él una categoría de *inferioridad*, la cual lo debilita y lo deja en espera de un diagnóstico que revele su *anormalidad*.

Así como el *monstruo* es creado por su sociedad también es expulsado de ella, su identidad *no pertenece* a la concepción del individuo en sociedad y representa el peligro para aquellos sujetos que son *normales*. Se construye como referente de la *anormalidad* y como paso a la trasgresión que debe ser descartada de la estructura social.

### **Consideraciones finales**

Como norma social, la prohibición del incesto involucra muchas de las regulaciones que se establecen en la sociedad. Los preceptos bajo los que el individuo debe comportarse resultan estar vinculados en los ejes de la prohibición. A nivel jurídico, psicológico, biológico y moral la prohibición tiene puntos de acción que marcan los efectos del control que ejerce dicha norma frente espacios de actuación del individuo, de manera que estos converjan en la prohibición.

Las identidades forjadas por medio del lenguaje, son vinculadas a la sociedad y, a su vez, son evidenciadas por medio de mecanismos de información que revelan actos comunicativos específicos. En este sentido, son los medios de comunicación los que le dan vida a esas nuevas identidades, permitiendo su permanencia dentro de la sociedad para que su caracterización social se refuerce y sea posible reconocerlas en cualquier contexto social.

La construcción de identidades refleja la forma de asegurar el control sobre el cuerpo. La *monstruosidad* es una representación de la trasgresión social, familiar y moral que se vincula a la categorización de los actos que son objeto del rechazo y el repudio social, además se establece como el elemento sobre el cual se ejerce el poder de los mecanismos de control. Al establecerse la *monstruosidad* se establece también la “*necesidad*” del ejercicio del poder sobre su cuerpo, en tanto se constituye como un cuerpo en *desorden* que *no encaja* en la realidad social, su control, entonces, evitará el desarrollo y crecimiento de su ser.

El delito es el mecanismo regulador sobre el cuerpo, ese mismo que ya ha revelado su infracción y está constituido como *monstruo*, posibilitando su control. El delito configura la protección de la familia utilizando a la norma jurídica como patrón de regulación, evidenciando y constituyendo la infracción. El manejo que se le da al cuerpo delictivo incluye procesos de indagación, clasificación de pruebas y establecimiento de la culpa, todo esto lo definirá en su rol de *delincuente* y asegurará su encierro.

El delito, el pecado y la monstruosidad configuran el acto del incesto como sanción moral, jurídica y social, definiendo a este sujeto como un *monstruo* que es capaz de trasgredir a la sociedad y de pasar por encima de las regulaciones familiares poniendo en riesgo su articulación y las relaciones tanto dentro de ella como con la sociedad. Desarticular la familia implica desdibujar uno de los núcleos sociales que más identifican los procesos de la sociedad. Tanto en lo económico, social y político, el *monstruo* se convierte en una figura de carácter peligroso que afecta la constitución de alianzas exogámicas.

El cuerpo infractor es puesto en confesión para que todas las partes que lo constituyen queden revisadas, indagadas y expuestas mediante la construcción de su *monstruosidad*. La sexualidad es la característica que engendra *peligrosidad* y *anormalidad* reduciéndola y debilitándola hasta llegar al punto de la desconfiguración de su cuerpo, entendiendo su ser como una figura que solo representa la *monstruosidad*, un ente puesto al banquillo de la acusación y anulado por completo.

A partir de la diferenciación del *monstruo* con su sociedad, éste es resaltado y exaltado por medio de actos comunicativos que hagan referencia a su infracción, a su pecado, a su delito, marcando puntualmente su *monstruosidad*. Los medios de comunicación posibilitan esa remisión mediante la enunciación de la existencia de un *monstruo* en la sociedad, evidenciando sus actos *dañinos* y la necesidad de que sea reconocido como elemento *anormal* y que puede ser desvanecido socialmente.

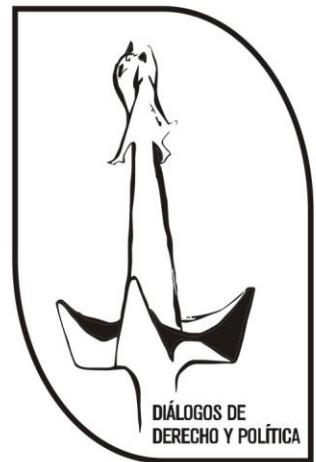
Los medios de comunicación emplean herramientas que incrementan la construcción del *monstruo*. Los saberes especializados se encargan de describir al *monstruo* de una manera desmenuzada y precisa. Cada parte de su cuerpo y de su ser es estudiada para crear razones y explicaciones acerca de su *perversión* y *anomalía*; de esta manera, los dictámenes que resulten de su indagación serán expuestos al público a través de los medios de comunicación, posibilitando una vez más la confirmación de su existencia.

Una vez clasificado, estudiado y descrito, el *monstruo*, es debilitado y vulnerado, despojado del control sobre sí mismo para que se pueda actuar sobre él. Se ejerce poder sobre su cuerpo y su mente que ya son *inferiores* y conscientes de su caracterización social. A partir de esta condición el *monstruo* es expulsado, excluido y puesto por fuera de las fronteras de la sociedad, es puesto en un espacio donde no tiene forma ni figura, donde es “*algo*” que no merece estar en la sociedad, donde su mente y su cuerpo están encerrados recordando el *crimen* que cometieron contra su sociedad y recibiendo la sanción que su entorno le impuso al mismo tiempo que identifico como un *monstruo*.

## Referencias Bibliográficas

- Bourdieu, Pierre (1997). *Sobre la televisión*. Madrid: Editorial Anagrama
- Congreso de la Republica De Colombia. *Ley 599 de julio de 2000. Código Penal Colombiano*, artículo 237.
- Foucault, Michel (1998). *Vigilar y castigar: Nacimiento de la prisión*. México: Siglo Veintiuno Editores
- \_\_\_\_\_ (2001). *Los Anormales: Curso en el Collège de Francia (1974-1975)*. México: Fondo de Cultura Económica
- \_\_\_\_\_ (2009) *Historia de la sexualidad: La voluntad de saber*. México: Siglo Veintiuno Editores
- Freud, Sigmund (2007). *Tótem y tabú*. Traducción Luis López-Ballesteros y de Torres. Madrid: Alianza Editorial.
- El Colombiano (2008). *Austria en shock por Elizabeth*. El Colombiano, Abril 28 de 2008. Versión impresa.
- \_\_\_\_\_. *Confesó autor de macabro encierro*. El Colombiano, Abril 29 de 2008. Versión impresa.
- El Espectador (2008). *Con un “mar de luces” los habitantes de Amstetten expresan su ira y tristeza*. El espectador, Abril 29 de 2009. Versión impresa.
- El Espectador (2009). *Hay más monstruos en el Tolima*. El Espectador, Marzo 29 de 2009. Consultado en: <http://www.elespectador.com>
- \_\_\_\_\_. *Nuevo caso de incesto en Tolima*. El Espectador, Julio 16 de 2009. Tomado de: <http://www.elespectador.com>
- \_\_\_\_\_. *Aparece en Tolima caso similar al “monstruo” de Austria*. El Espectador, Marzo 27 de 2009. Tomado de: <http://www.elespectador.com>
- El Tiempo (2008). *El espeluznante caso sucedió en pueblo de Austria*. El Tiempo, Abril 28 de 2008. Versión impresa.
- Lévi-Strauss, Claude (1969). *Las estructuras elementales del parentesco*. Buenos Aires: Editorial Paidós
- Luhmann, Niklas (2000). *La realidad de los medios de masas*. Barcelona: Anthropos Editorial
- Pineda-Santís, Hermes, Arcos-Burgos, Mauricio y Bravo-Aguiar, María Luisa (1999) “Aproximación a la estructura genética de la población de Granada, Antioquia (Colombia), a través de isonimia”. En: *Actual Biol.* Medellín, Número 21, págs. 29-36

Revista Semana (2009). *¿Un Fritzl en Colombia?* Revista Semana. Marzo 30 de 2009.  
Consultado en: <http://www.semana.com>



---

## Los conflictos por el uso del agua en el Derecho brasileño: el caso del trasvase del río São Francisco (nordeste del Brasil)

---

**Thiago Pires Oliveira**

Abogado y profesor de Derecho Ambiental NIPEDA-UFBA (Brasil)  
Correo electrónico: piresol@hotmail.com

## Resumen

Como resultado de la actividad intelectual del autor, este artículo pretende estudiar los conflictos por el uso del agua en el derecho brasileño, centrándose en el caso del trasvase del río São Francisco, ubicado en el Nordeste del Brasil. En este caso, se evidenció el importante papel del derecho en la gestión de los recursos hídricos y en la organización de un sistema de cooperación interpersonal, tanto para la administración del agua como para la resolución de los conflictos suscitados por el uso de los recursos hídricos entre las personas.

**Palabras clave:** conflictos por el uso del agua; trasvase del São Francisco; derecho brasileño.

## **Los conflictos por el uso del agua en el Derecho brasileño: el caso del trasvase del río São Francisco (noroeste del brasil)**

### **1. La crisis del agua**

La palabra crisis es plurívoca, pues presenta diversas significaciones de acuerdo con la forma como la misma es abordada. Así, crisis puede referirse tanto a una tensión o conflicto como también a un momento de brusco cambio producido en el estado de alguien que está padeciendo de la lucha entre una enfermedad y sus anticorpos. Haciendo un paralelo con este último significado, se entiende la crisis del agua como un momento de cambio brusco en los modelos de gestión hídrica que pautan los países, cambio éste que proviene de la tensión que ocurre entre el progresivo consumo humano (industrial, agrario, doméstico, energético, etc.) y la disminución de las reservas de agua, sea a causa de la polución, sea por el uso descontrolado en áreas geográficamente escasas de este recurso.

Las principales causas apuntadas para tal crisis son la contaminación ambiental, el crecimiento de la población mundial, el desperdicio del agua y la omisión de los poderes públicos y de los ciudadanos en gerenciar adecuadamente los recursos hídricos local y/o globalmente.<sup>1</sup>

Toda vez que el volumen de agua dulce existente en la superficie de la tierra es fijo (Clarke y King)<sup>2</sup>, deben los recursos hídricos ser gestionados de una forma seria y adecuada para que puedan ser garantizados para la población, pues su falta inviabiliza los procesos vitales de cualquier organismo vivo, incluyendo al ser humano. Así, la crisis del agua es, básicamente, una crisis de gestión que provoca un cambio paradigmático en el actuar gubernamental y de los demás sectores de la sociedad (empresarios, ong's, técnicos, etc.), resultando necesario, así, replantear concepciones desde las cuales los recursos hídricos son considerados recursos naturales renovables e inagotables.

Tras una historia de no pocas gestiones inconsecuentes en el uso de las aguas, como lo fuera lo ocurrido con el río Tietê, en el Estado de São Paulo, en donde a comienzos del siglo XX se sacrificara su curso para atender a los intereses de los usuarios de energía eléctrica, la percepción sobre el agua como un recurso no renovable y agotable viene a surgir en la realidad brasileña solo con la creciente denuncia en el plano internacional respecto de esta situación. Así, solo hasta el año 1997, cuando fuera aprobada la Convención Internacional sobre los Usos No Navegacionales de los Cursos de Agua Internacionales, fue promulgada la Ley federal número 9.433 de 1997, que reglamentó el Sistema Nacional de Gestión de los Recursos Hídricos (SINGREH), previsto en el art. 21, I, de la Constitución brasileña de 1988. De hecho, cabe resaltar, también, que la respectiva Ley ordinaria reconoció, en el plan del Derecho Positivo, la limitabilidad del agua, conforme se infere de su artículo 1º.

Toda acción produce una reacción. Esta afirmativa del físico inglés Isaac Newton puede ser aplicada muy bien a los recursos hídricos, pues son incontables las consecuencias que

<sup>1</sup> Viegas (2005).

<sup>2</sup> Camdessus et al., (2005).

la crisis provocada por la escasez del agua puede generar, en razón de los múltiples impactos en los más diversos temas, sea el político, el social, el económico, el ecológico, el sanitario, el jurídico y otros. De ese modo, para un análisis sistematizado de la cuestión, se entiende que la crisis del agua presenta cuatro consecuencias principales que son: la disputa por el agua; el origen de enfermedades y muerte; el encarecimiento de los recursos hídricos y la limitación en la producción de alimentos.<sup>3</sup>

La protección institucionalizada del agua es una necesidad imperiosa, y si la acción preventiva, sea por medio de un eficiente ejercicio del poder de la Policía, sea a través de un trabajo de educación medioambiental que pretenda generar una sociedad participante en cuanto a la responsabilidad de los individuos y coletividades con relación a la protección de los recursos hídricos, no llegara a producir el efecto deseado de prevenir los conflictos medioambientales suscitados por este recurso, se hace imperativa la búsqueda de todos los medios de resolución de conflictos disponibles y reconocidos por el ordenamiento jurídico, para que se asegure, efectivamente, el acceso al agua para todos los ciudadanos, visto que tal acceso es un derecho humano fundamental.<sup>4</sup>

## 2. De los conflictos de uso de los recursos hídricos

El ser humano, por razones biológicas, posee necesidades que, en strictu sensu, necesitan ser satisfechas para que desarrolle su vida sin dificultades. Esa satisfacción de necesidades por el hombre genera el interés que, según Carnelutti (1999), es la “*relación entre el ente que experimenta la necesidad (hombre) y aquel que es capaz de satisfacerla (bien)*”, o sea, el interés ocurre cuando la necesidad de satisfacción de una voluntad sobre un determinado bien, entendida esta necesidad en el sentido más amplio posible.

Sin embargo, cuando hay una indefinición de situaciones entre los individuos acerca de bienes, esta resulta en conflictos de intereses, que son los choques de intereses de dos sujetos en relación a un mismo bien, con el fin de satisfacer sus necesidades, consecuentemente, generando una competición que puede venir a hacerse un factor de inestabilidad social, de modo que necesitan ser eliminados, para que los mismos no pongan en riesgo la existencia de toda un grupo.

El agua ha sido una fuente constante de conflictos sociales; de ese modo, vienen surgiendo diversas disputas por su uso: sea entre particulares, sea entre países transfronterizos, cada sujeto busca prevalecer su interés sobre el valioso recurso ambiental cuyas reservas vienen disminuyendo, drásticamente, llegándose a un punto crítico, conforme se observa en el hecho de que 1,400 millones de personas en el mundo entero viven sin agua potable,<sup>5</sup> y si se continuara el actual ritmo de explotación de los recursos hídricos, se estima que en 2025 la mitad de la población mundial no tendrá acceso al agua potable, según Petrella (2002).

Así, se percibe cómo es dramática la situación de los conflictos socioambientales recurrentes del uso del agua, de modo que el Estado debe intervenir de una forma adecuada en la solución de tales conflictos, habiéndose en el Derecho una importante herramienta para tal fin. Para una mayor comprensión sobre la idea de conflicto de uso

<sup>3</sup> Viegas (2005).

<sup>4</sup> Machado (2002).

<sup>5</sup> Caubet (2005).

de las aguas, cumple especificar lo que es *uso del agua*. De acuerdo con la Instrucción Normativa MMA n° 4/2000, art. 2<sup>a</sup>, inciso XXIX, *uso del agua* es “toda actividad que altere las condiciones qualitativas y quantitativas, así como el régimen de las aguas superficiales o subterráneas, o que interfieran en otros tipos de usos.”<sup>6</sup> Ese uso de los recursos hídricos es múltiple, de modo que muchos juristas como Christian Guy Caubet (2005), lo clasifican en usos consuntivos y no-consuntivos.

El uso consuntivo del agua es aquel que provoca la desaparición del agua utilizada. En ese caso, ella es incorporada a un producto final o desaparece en los procesos de producción, o aún, no es restituida al cuerpo del agua donde fue retirada.<sup>7</sup> Ya el no consuntivo es el uso del agua en el propio manantial, sin la necesidad de retirarla o, cuando esto ocurre, el recurso retorna a la naturaleza íntegramente. Son usos consuntivos: el abastecimiento humano y de animales, el abastecimiento industrial, la agricultura, piscicultura y acuicultura. Integran usos no-consuntivos: generación de energía eléctrica, pesca, navegación, tratamiento de aguas residuales, ocio y demandas ecológicas.<sup>8</sup> Además de esos usos, hay la minería como un uso no consuntivo de los recursos hídricos, conforme Caubet (2005).

Expuesto lo que es uso, se define conflicto de uso de recursos hídricos como toda disputa en que hay intereses contrapuestos con relación al uso del agua ubicada en determinado cuerpo hídrico o entonces en una cuenca hidrográfica, independiente de ese uso ser consuntivo o no. Siendo que cada conflicto de uso del agua cambiará de acuerdo con la finalidad que motiva el respectivo litigio, o sea, la causa *litis*. En ese sentido, Peter Gleick (1998) clasifica los conflictos de agua en las siguientes modalidades: control de recursos hídricos; herramienta militar; herramienta política; terrorismo; objetivo militar; y disputas por el desarrollo.

Existen tres modalidades de conflictos hídricos, conforme la clasificación de Gleick (1998), en que las partes del litigio pueden envolver tanto el Estado cuánto a la iniciativa privada. Son ellas: los conflictos pelo “control de recursos hídricos”, o sea, aquellos en que la raíz de la tensión es el abastecimiento o acceso al agua; “herramienta política”, litigio en que los recursos hídricos o sistemas hídricos son utilizados tanto por actores gubernamentales cuánto por sectores de la iniciativa privada y sociedad civil visando un objetivo político; y “disputas por el desarrollo” que son los conflictos en los cuales los sistemas y recursos hídricos son utilizados como fuente de contiendas y disputas dentro de un contexto de desarrollo económico y social.

Existen, otras dos categorías que solamente envuelven actores gubernamentales y poseen repercusiones militares que son los conflictos como “herramienta militar”, ocurrido en las situaciones en que los sistemas y recursos hídricos son usados por una nación o Estado como una arma durante una acción militar; y los conflictos como “objetivo militar” en los cuales los sistemas de recursos hídricos son objetos de acciones militares de las naciones o Estados.<sup>9</sup>

---

<sup>6</sup> Granziera (2001).

<sup>7</sup> Caubet (2005).

<sup>8</sup> Carrera-Fernandez y Garrido (2002).

<sup>9</sup> Gleick (1998).

Aún, existe una última especie de conflicto hídrico que es el terrorismo, disputa en que el agua sirve tanto como objetivo, o sea la finalidad de la acción, cuánto como instrumento, o sea, medio de acción, para la violencia o coerción por actores no-gubernamentales, generalmente, grupos revolucionarios y organizaciones terroristas.<sup>10</sup>

### **3. La función del derecho en la gestión de los recursos hídricos**

La función del Derecho es imponer la ética al aspecto de la realidad formado por el complejo de los intereses humanos<sup>11</sup> o sea, el Estado debe promover a “coordinación de los intereses que se manifiestan en la vida social, de modo a organizar la cooperación entre personas y componer los conflictos que ocurren entre sus miembros”,<sup>12</sup> para atender a la efectiva función del Derecho en la sociedad.

Así, entiendase que el Derecho tendría como funciones esenciales sobre el agua: la imposición de la ética al complejo formado por la relación entre el hombre y los recursos hídricos, tanto para organizar las personas en un sistema de cooperación interpersonal en el cual evidenciamos la administración del agua, como su principal paradigma, cuanto para resueltar los conflictos de uso de los recursos hídricos entre los individuos.

### **4. Los medios de solución de conflictos por el uso del agua**

La eliminación de conflictos por el Derecho puede ocurrir bajo tres formas: autodefensa; autocomposición y heterocomposición.<sup>13</sup> En la primera, la resolución del conflicto ocurre cuando una de las partes litigantes que adopta una posición ofensiva, partiendo para a enfrentamiento con la parte contraria, visando preponderar su interés; ya en la autocomposición, la disputa es resuelta por ambos, habiendo en esta lo “consentimiento espontáneo de uno de los contendores en sacrificar el interés propio en el todo o en parte.”<sup>14</sup> Son medios autocompositivos la negociación y la mediación, siendo que esta última técnica puede abarcar la renuncia, la submisión y la transacción; y, por fin, la heterocomposición ocurre cuando un tercero impone una solución para las partes integrantes del citado conflicto, habiéndose como medios heterocompositivos la jurisdicción estatal y el arbitraje.<sup>15</sup>

Excepto la autodefensa, todos los demás medios de resolución de disputas pasan por un proceso, o sea, una secuencia de actos que poseen una correcta unidad. De acuerdo con Calmon de Passos (2001), el término proceso, según la teoría general del derecho, refiere a todos “los modos por los cuales el derecho disciplina su propia creación;” existiendo, de ese modo, cuatro modalidades procesales: el proceso legislativo (edita normas de carácter general), el negocial (creación de la norma por los propios sujetos interesados), el administrativo (forma autoritativa de edición de normas particulares) y el jurisdiccional (forma autoritativa de edición de normas particulares mediante actividad substitutiva).

<sup>10</sup> Gleick (1998).

<sup>11</sup> Cornelutti (2004).

<sup>12</sup> Grinover et al., (1996).

<sup>13</sup> Ibidem.

<sup>14</sup> Didier Júnior (2004).

<sup>15</sup> Grinover et al., (1996).

Asociado a tal crisis, la historia del Derecho Brasileño ha mostrado que las cuestiones relacionadas al uso y protección de los recursos hídricos no han sido objeto de decisiones de los tribunales, pues la mayoría de los juzgados se centran en discusiones y conflictos de vecinos envolviendo el problema del agua alcanzando más de un inmóvil, según las reglas del Código Civil. Pero, en la actualidad, obsérvese la superación de ese paradigma jurídico, con la perspectiva de provocación de la Judicatura, visando la solución de litigios que envuelvan los más diferentes aspectos del agua, como la disciplina de su uso,<sup>16</sup> siendo un indicativo de ese cambio de paradigma, la acción que, actualmente, tramita en el Supremo Tribunal Federal (STF) sobre la transposición de las aguas del río San Francisco.

Pero la crisis por la que pasa el Poder Judicial hace a la jurisdicción estatal un medio inocuo para la solución de los conflictos de uso del agua, pues estos exigen: a) en primer lugar, que el órgano de decisión tenga un conocimiento de la cuestión hídrica, lo que no acontece en la Judicatura brasileña, en razón de ser raros los órganos jurisdiccionales especializados en el área ambiental, y siendo la cuestión del agua más específica del que la ambiental, la composición de litigios por la Judicatura en el dominio hídrico acaba siendo perjudicada; b) en segundo lugar, gracias a la propia naturaleza de los conflictos de uso del agua, que muchas veces son apenas la punta de un iceberg, o sea la expresión de un conflicto social más profundo, en que el agua sirve de mero expediente para legitimar la actuación política o reivindicación social, la formalidad del proceso judicial puede hacerse un obstáculo para la solución del problema en cuestión, así como la sentencia judicial mostrarse inefectivo.

Así, considerando como medio adecuado para la solución de conflictos específicos, la producción de normas particulares para tutear en el respectivo conflicto, además del proceso judicial, el Derecho Brasileño prevé una otra modalidad de solución de las disputas por el uso del agua a prevista en el artículo 32, II, de la Ley 9.433/1997, que es el arbitraje administrativo de los conflictos relacionados a el agua.

#### **4.1. El arbitraje en los conflictos del agua en la Ley n. 9433/97**

En 1997, fue promulgada la Ley número 9.433 que reglamentó el artículo 21, XIX, de la Constitución Federal de 1988. Esta norma constitucional instituyó el Sistema Nacional de Gestión de Recursos Hídricos (SINGREH) en el ordenamiento jurídico brasileño. Conforme el artículo 33 de la Ley de Aguas, el SINGREH está compuesto por las siguientes entidades: Consejo Nacional de Recursos Hídricos (CNRH), Agencia Nacional de Aguas (ANA), Consejos de Recursos Hídricos de los Estados, Comité de Cuenca Hidrográfica (CBH), Agencias de Agua y organizaciones de la sociedad civil. Cada una de esas entidades, integrantes de ese Sistema, son responsables por una atribución propia, mereciendo destaque los CBH's y el CNRH, órganos que promueven la gestión de los recursos hídricos federales.

De acuerdo con el artículo 32, II, de la Ley número 9.433/97, constituye uno de los objetivos del Sistema Nacional de Gestión de Recursos Hídricos: “arbitrar administrativamente los conflictos relacionados con los recursos hídricos”, fundamentado en esta norma jurídica, podría observarse que una atribución del CBH es “arbitrar, en primera instancia administrativa, los conflictos relacionados a los recursos hídricos”,

---

<sup>16</sup> Viegas (2005).

según el artículo 38, II, de la referida ley, cabiendo de sus decisiones recurso para el CNRH, de acuerdo con la previsión del artículo 35, II, de la Ley brasileña de aguas.

Gran controversia provoca estos dispositivos legales previstos en la Ley 9.433/97, pues algunos juristas, como Paulo Affonso Leme Machado (2002), entienden que no se trata de arbitraje, pues la arbitraje exige la elección del juez arbitral por las partes litigantes, pero, hubo equipado esta actividad del CBH a los juicios desempeñados por el Tribunal de Aguas de Valencia, en España; mientras otros autores, como Noêmia Bohn, conciben un proceso administrativo de arbitraje de los recursos hídricos (PARH) teniendo como fundamento algunas peculiaridades de los conflictos por el uso del agua como las relaciones jurídicas poligonais, estén bajo el paradigma de uno crisis hidroambiental, y por el hecho de tal norma jurídica constar expresamente en la ley, debiendo el Poder Público proporcionar su aplicabilidad de acuerdo con el principio de la legalidad, paradigma del régimen de derecho público.

De hecho, tradicionalmente el arbitraje ha sido concebido como un medio alternativo a la jurisdicción estatal, a través del cual los particulares escogen un tercero –denominado árbitro– para decidir un conflicto con base en la equidad u otras fuentes del derecho, como la ley, debiendo tal resolución de litigio no ser usada para decidir sobre intereses públicos.

No sin causar rupturas, lo anterior fue replanteado con lo propuesto por el Movimiento de Mediación Ambiental, surgido en la década de 1970, en Estados Unidos de América (EUA), teniendo como marco inicial el caso ocurrido en 1973, en el que el Gobernador del Estado de Washington concordó que dos mediadores intentaran resolver, utilizando los MESC, un largo conflicto sobre la construcción de una represa en el río Snoqualmie a la 30 millas de Seattle. Esta experiencia tuvo gran importancia, al trasponer los procesos negociales aplicados en las relaciones de trabajo para aquella disputa ambiental, generando un gran interés y credibilidad y lanzándose las bases de lo que se llamó Movimiento de Mediación Ambiental.<sup>17</sup> Así, se desarrolló toda una doctrina en cuanto al uso de medios alternativos de solución de conflictos como la mediación, la negociación y el arbitraje, tratando sobre la materia ambiental, además de otros intereses públicos y meta-individuales.<sup>18</sup>

Así, la comprensión tradicional de que el arbitraje es solamente para intereses privados se constituye en una idea bastante refutable, aunque su alcance está determinado, evidentemente, por el derecho positivo de cada país, como fue el caso del legislador brasileño que lo adoptó en 1996, de acuerdo con la Ley 9.307/96, revocándolo posteriormente en 1997 con la expedición de la Ley 9.433/97.<sup>19</sup>

En resumen, este arbitraje es *sui generis*, pues obedecerá a un debido proceso legal administrativo, atendiendo, rigurosamente, a los dictámenes de la Ley número 9.784/1999, que regula el proceso administrativo federal; a las resoluciones del Consejo Nacional de Recursos Hídricos y a la Deliberaciones del Comité, siendo las normas jurídicas relativas al arbitraje y a los otros medios de solución de conflictos, por ejemplo, la Ley nº 9.307/96, aplicadas suplementariamente a la Ley del Proceso Administrativo.

---

<sup>17</sup> Harrison (1997).

<sup>18</sup> Harrison (1997).

<sup>19</sup> Mello (2004).

## 5. El caso de la cuenca hidrográfica del río São Francisco

La cuenca hidrográfica del río São Francisco (BH-SF) es una área geográfica ubicada en los Estados de Minas Gerais, Goiás, Bahia, Pernambuco, Alagoas, Sergipe y Distrito Federal, delimitada por su área de drenaje con su desembocadura, en las coordenadas 36° 24' longitud oeste y 10° 30' latitud sur, obedeciendo la Resolución n. 32/2003 del CNRH, conforme el mapa abajo (Fig. 1):

**Fig. 1: mapa de la cuenca**



Fuente: CBHSF (2006)

Debido a su gran territorio, traducido en 639.219 km<sup>2</sup> de área de drenaje,<sup>20</sup> la cuenca es dividida en cuatro regiones hidrográficas a saber: Alto São Francisco, Medio São Francisco, Sub-Medio São Francisco y Bajo São Francisco, según el Regimiento Interno del Comité de la Cuenca Hidrográfica del río São Francisco (CBHSF).

Esta cuenca alberga a un 9,5% de la población brasileña, además de ser caracterizada, principalmente, por los biomas sabana o “el cerrado” (Alto y Medio), semiárido o “caatinga” (Sub-Medio) y Mata Atlántica (Bajo São Francisco), esta última ya bastante antropizada. También, es una riquísima reserva mineral, poseyendo grandes yacimientos de cadmio, pizarra y diamante, además de ser la mayor fuente de biodiversidad de la región nordeste de Brasil. Pero, es un sitio socialmente desigual, teniendo el Alto São Francisco un Índice de Desarrollo Humano (IDH) de 0,823, mientras las demás regiones tendrían el IDH de 0,538.<sup>21</sup>

Esta cuenca posee, además del extenso río São Francisco (2700 km), 168 afluentes que subdividise en 99 ríos perennes y 69 temporarios. El caudal medio anual de la cuenca es 2.850 m<sup>3</sup>/seg.<sup>22</sup> Las demandas por el uso del agua en la cuenca son expuestas en los

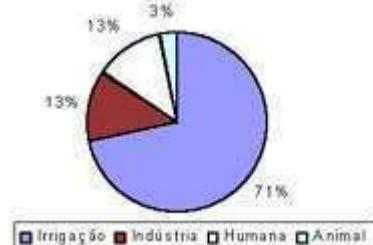
<sup>20</sup> CBHSF (2006).

<sup>21</sup> Ibidem.

<sup>22</sup> Ibidem.

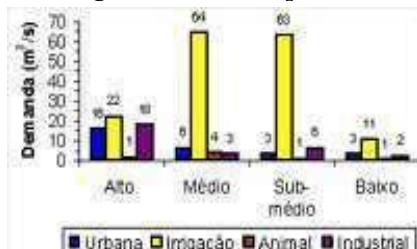
gráficos que expone la demanda de la cuenca en general (fig. 2) y de acuerdo con cada sitio (fig.3):

**Fig. 2: demandas de la cuenca**



Fuente: CBHSF (2006)

**Fig. 3: Demandas por sitio**



Fuente: CBHSF (2006)

Conforme se observa en los gráficos arriba citados, el riego constituye uno de los usos preponderantes en la cuenca del San Francisco, correspondiendo a 71% de las demandas, siendo correspondiente tanto con la media mundial que establece sean 69% de los usos del agua destinados para la agricultura, cuanto con la realidad brasileña en la cual el uso agrícola de los recursos hídricos es lo que más se destaca (Clarke y King, s/d).

De ese modo, y en virtud de la gran demanda de agua para la agricultura, potenciada por la historia de las políticas gubernamentales que siempre han estimulado los proyectos de riego como la Codevasf (Compañía de Desarrollo del Valle del São Francisco), institución que en la década de 1970 fuera creada siguiendo el modelo de la norteamericana TVA (Tennessee Valley Authority), el uso del agua para efectos agrícolas, agropecuarios y agroindustriales ha supuesto para esta zona, además de la generación de empleos en un sitio tradicionalmente pobre y miserable, la generación de problemas sociales como la concentración de la tierra en manos de latifundistas y el uso de medios violentos para impedirles a los pescadores ribereños el tener acceso a las lagunas marginales del río São Francisco.

Lo anterior, además de los impactos ambientales representados por la contaminación de los manantiales por el uso de agrotóxicos y la disminución de los recursos hídricos, provocada por el uso de técnicas de riego que emplean grandes cantidades de agua como la aspersión y la inundación, así como por la perforación ilegal y abusiva de reservas subterráneas de agua y la construcción de canales y represas sin control por parte del poder público.<sup>23</sup>

Además del riego, son evidenciados los siguientes usos de las aguas de la cuenca: a) los decurrentes de grandes obras gubernamentales; b) destino de aguas residuales.<sup>24</sup>

En el primer caso, se tiene el Proyecto de Integración de Cuencas del São Francisco con el Nordeste Septentrional, denominado trasvase del río São Francisco; se han adelantado grandes proyectos de riego fomentados por la Codevasf, así como obras de hidroeléctricas implantadas por la Compañía de Hidroelectricidad del río São Francisco (CHESF), tales

<sup>23</sup> Oliveira (2006).

<sup>24</sup> Ibidem.

como la Represa de Sobradinho, responsable por el desplazamiento de más de 72 mil personas.<sup>25</sup>

De estos conflictos de uso, el más polémico de todos es el uso conflictuante recurrente del proyecto gubernamental del trasvase del agua del río São Francisco para otra cuenca, que en el caso serían las ubicadas en el Nordeste Septentrional (Estados del Ceará, Paraíba y Pernambuco). Existen diversas cuestiones que pueden extraerse de este conflicto, como el conflicto federativo entre unidades del Estado federal brasileño, el conflicto político entre la Unión, segmentos de la sociedad civil y gobiernos de los Estados federados; finalmente, se planteará un breve análisis jurídico sobre el conflicto de uso de los recursos hídricos allí envueltos.

El trasvase del río São Francisco es un proyecto que tiene origen en el siglo XIX, durante el período en que Brasil era una monarquía imperial; pero este proyecto se pasó un siglo oculto hasta que a fines del siglo XX e inicios del XXI fuera retomado con pleno vigor. Inicialmente, el conflicto en cuestión estaba sólo en el ámbito de la opinión pública, hasta que, en 2004, una agrupación de organizaciones de la sociedad civil denominado Fórum Permanente de Defensa del São Francisco suscitó el primer proceso administrativo de conflicto por uso de aguas instaurado en Brasil, el cual fue tramitado por el Comité de la Cuenca Hidrográfica del São Francisco (CBHSF), bajo el proceso número 01/2004, que fuera instaurado por medio de la Deliberación del CBHSF número 19/2004.

Este primer proceso enfrentó una fuerte presión política que, sumada a la poca experiencia de entonces de los actores envueltos en la materia, tuvo como consecuencia la realización de un trámite procedural peculiar, pues, a pesar de atender al debido proceso legal administrativo, este proceso fue, por encima de todo, un proceso de arbitraje, admitiéndose una gran flexibilidad en la aplicación de las normas, principalmente, en cuanto a la cuestión de la comunicación de los actos y de los plazos procesales, flexibilidad amparada por el instituto de la convalidación previsto en el artículo 55 de la Ley 9.784/99.

Otro aspecto procesal complejo evidenciado en ese caso fue la Resolución del Consejo Nacional de los Recursos Hídricos (CNRH) que le dio vía libre al trasvase del río São Francisco, antes de la Deliberación del CBHSF para decidir finalmente el conflicto. Tal actitud del Consejo Nacional de Recursos Hídricos provoca dos interpretaciones: la primera sería que el CNRH sería incompetente para apreciar y decidir sobre la materia, mientras la segunda entendería que dada la naturaleza compleja de la cuestión, sería ese Consejo el órgano competente, utilizándose el instituto de la avocación constante en el artículo 15 de la Ley 9.784/99, además del hecho de que se trataría de un conflicto federativo, enmarcándose el trasvase entre dos cuencas hidrográficas y superándose la cualificación territorial del CBHSF.

Desde el punto de vista de la Ley 9.433/97, la primera interpretación se configura más aceptable, pues, de acuerdo con el art. 1, VI, de la citada Ley, uno de los fundamentos de la gestión del agua en Brasil es la descentralización política de la misma. Así, toda interpretación del Derecho del Agua deberá estar direccionada por ese fundamento normativo, prevaleciéndose, por lo tanto, la cualificación del CBHSF. Además, el artículo

---

<sup>25</sup> Coelho (2005).

11 de la Ley 9784/99 prevé que: “La cualificación es irrenunciable y se ejerce por los órganos administrativos a que fue atribuido como propio”.

### Conclusiones

Con relación al agua, y a los conflictos que alrededor de la misma puedan generarse, el Derecho tendría como función la imposición de la ética al complejo formado por la relación entre el ser humano y los recursos hídricos, tanto para organizar a las personas en un sistema de cooperación interpersonal, como para resolver los conflictos de uso de los recursos hídricos entre los individuos.

A partir de las anteriores consideraciones, y en el caso analizado, son evidenciados los siguientes usos conflictivos de las aguas: a) los recurrentes de grandes obras gubernamentales; b) uso sanitario, y c) riego particular. En el primero caso, los eventos de implementación de proyectos de infraestructura y desarrollo ilustrados denotan las complejidades de dicha situación, mientras que, por su parte, el riego ha traído diversos problemas sociales, como la concentración de la tierra en manos de latifundistas y el uso de medios violentos para impedirles a los pescadores ribereños el acceso a la lagunas marginales del río São Francisco, además de los impactos ambientales representados por la contaminación de los manantiales por agrotóxicos y por la disminución de los recursos hídricos por el uso de técnicas de riego que emplean grandes cantidades de agua como la aspersión y la inundación, así como por la perforación ilegal y abusiva de reservas subterráneas de agua y la construcción de canales y represas, sin control alguno por parte del poder público.

Finalmente, y a pesar de que el primer proceso administrativo a ser instaurado en Brasil por un conflicto de aguas fue en el Comité de la Cuenca Hidrográfica del São Francisco (CBHSF), la cuestión del trasvase de este río constituye aún un tema polémico y de bastante divergencia.

## Referencias Bibliográficas

- Bohn, Noêmia et al. *Proposta de processo administrativo de arbitragem de conflitos de uso da água no âmbito dos comitês de bacia hidrográfica.* (prelo).
- Camdessus, Michel et al (2005). *Agua.* Trad.: Maria Angela Vilela. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil.
- Carnelutti, Francesco (1999). *Teoria Geral do Direito.* Trad.: Antônio Carlos Ferreira. São Paulo: Lejus.
- Carrera-Fernandez, José e Garrido, Raymundo-José (2002). *Economía dos recursos hídricos.* Salvador: Edufba.
- Caubet, Christian Guy (2005). *A lei, a água, a política... e o meio ambiente?* Curitiba: Juruá.
- Cbhsf (2006). *A Bacia.* Disponível em: [www.cbhsaofrancisco.org.br](http://www.cbhsaofrancisco.org.br). Acesso em: 10 ago. 2006.
- Clarke, Robin; e King, Jannet (s/d). *O Atlas da Água.* São Paulo: Publifolha.
- Coelho, Marco Antonio Tavares (2005). “A história e a problemática atual do São Francisco”. *As águas da política: razões contra a transposição do rio São Francisco.* RMCH.
- Didier Júnior, Fredie (2004). *Direito Processual Civil.* 4<sup>a</sup> ed. Salvador: JusPodivm, V. I.
- Gleick, Peter H (1998). *The World's Water 1998-1999: The Biennal Report on Freshwater Resources.* Washington D.C.: Island Press.
- Granziera, Maria Luiza Machado (2001). *Direito de águas.* São Paulo: Atlas.
- Grinover, Ada Pellegrini et al (1996). *Teoria Geral do Processo.* São Paulo: Malheiros.
- Harrison, John (1997). “Environmental Mediation: the ethical and constitutional dimension”. *Journal of Environmental Law*, Oxford, vol. 9, n° 1.
- Machado, Paulo Affonso Leme (2002). *Recursos Hídricos: Direito Brasileiro e Internacional.* São Paulo: Malheiros.
- Mello, Celso Antonio Bandeira de (2004). *Curso de Direito Administrativo.* 17<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros.
- Oliveira, Thiago Pires (2006). “Análise jurídica dos conflitos de uso de águas na realidade brasileira: o caso da bacia hidrográfica do rio São Francisco”. SANTOS, Carlos Alberto Bragança dos (coord.). 5º Congresso Ibérico Gestão e Planeamento da Água. Faro: Universidade do Algarve.

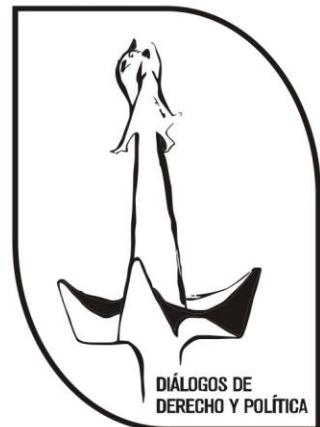
Passos, José Joaquim Calmon de (2001). *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense.

Petrella, Riccardo (2002). *O manifesto da água*. Trad.: Vera Lúcia Mello Joscelyne. Petrópolis, RJ: Vozes.

Pompeu, Cid Tomanik (2006). *Direito de Águas no Brasil*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

Victorino, Valério Igor P (2003). “Monopólio, conflito e participação na gestão dos recursos hídricos”. *Ambiente & Sociedade*, Campinas, SP, vol. VI, n° 2, jul./dez.

Viegas, Eduardo Coral (2005). *Visão Jurídica da Água*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.



---

## El pleonasio del “derecho penal del enemigo” y sus adornos penitenciarios

---

**Leyder Humberto Perdomo Ramírez**

Abogado Facultad de Derecho y Ciencias Políticas,  
Universidad de Antioquia. Vicepresidente Fundación Comité  
de Solidaridad con los Presos Políticos.  
Correo electrónico: leyderhpr@hotmail.com

## Resumen

Mediante el derecho penitenciario y el ejercicio del poder estatal, se desarrollan y aplican dentro de la prisión lógicas propias del “derecho penal del enemigo”, que son encubiertas por el mismo derecho penitenciario, tal y como lo hace, por ejemplo, el régimen disciplinario que contiene el proyecto de ley de modificación del actual Código Penitenciario, el cual, a través de un discurso que pretende la construcción de un “saber jurídico” y erigirse como “verdad” incuestionable, confirma, cada vez más, el hecho de que al hablar de “derecho penal del enemigo” se está incurriendo en un pleonasmo.

**Palabras claves:** Derecho penal del enemigo; derecho penitenciario; discurso; saber; verdad; ejercicio de poder.

## El pleonasmico del “derecho penal del enemigo” y sus adornos penitenciarios

La prisión es tal vez uno de los ejercicios del poder estatal más provocadores para su discusión, ya sea para justificarla como medio de retribución del condenado para con la sociedad ofendida, que además se “cohesiona” contra la “vulneración padecida”, o para criticarla como dispositivo de legitimación estatal o de reproducción de los valores capitalistas; de inocuización del preso en pro de la seguridad del resto de integrantes de la sociedad, como consecuencia ineludible de la comisión del delito o como medio de administración de la reserva de la mano de obra; como forma de persuasión social para la abstención de infringir la ley penal, mecanismo de resocialización del “interno” o “paciente” y medio para la búsqueda de verdad, justicia y reparación de las víctimas del delito o como medio de disciplinamiento y normalización de los individuos.

En ese mar de contradicciones, han sido muchos los intentos de las Ciencias Humanas por justificar la “necesidad” de aplicar la pena privativa de la libertad a quienes osen en incurrir en el comportamiento considerado prohibido, pero ninguna con la fuerza del derecho como “corporación” –según lo denominara Zaffaroni en sus buenos tiempos–, que embadurna de maquillaje al derecho penal, y para lo que nos convoca, a la prisión en particular.

Crónica es la atención prestada al rito procesal penal, previo a la prisión, como una característica intrínseca en la modernidad, en que se cambió la espectacularidad del suplicio corporal por la espectacularidad del suplicio procesal y omitiéndose el suplicio mayor de la privación de la libertad, las condiciones en que esta se genera y, más aún, olvidándose por completo la indagación acerca de cuáles son las finalidades políticas y de poder que se pretende mediante su implementación.

Llamativa es la relevancia que adquiere el derecho penitenciario como fragmento del orden jurídico, reivindicable para algunos por tratarse de la amortización del dolor del condenado, el rescate de su valor como “ser humano”, en una aceptación expresa de la violencia del encierro, que se supone puede ser mesurada.

Así pues, la prisión y el derecho que lo regula se entremezclan en una relación tensa entre el “deber” de castigar del Estado, de la “seguridad” de los ciudadanos que le son adeptos y los derechos de quien padece el dolor infringido por el encierro.

¿Hay salida para esa tensión? ¿O acaso la misma se contiene deliberadamente en el derecho penitenciario? Son preguntas que ameritan ser consideradas partiendo de que quizás esas tensiones son ineludibles y para lo cual requiere del discurso, saber y “verdad” jurídico penitenciarias como medio de encubrimiento de la pena como un ejercicio del poder: a secas.

No por ello quiero demeritar la labor de algunos actores sociales y de los mismos presos por salvar su propia vida, atenuar su dolor e impedir que siga sucediendo, pero tampoco esta bella labor puede ser excusa para hacerse el de la vista gorda ante la contradicción que la prisión encarna, hasta tal vez, digo solo tal vez, sea éste un argumento para lograr derribar de

manera definitiva sus muros y se consiga la hazaña más revolucionaria concebida, cual es la constitución de una sociedad que no requiera del castigo para tratar sus conflictividades, con todos los poderosos cambios de paradigmas que esto significa.

Solo por ello se puede tornar interesante el aburrido ejercicio de lectura de las normas jurídicas, o sus proyecciones, para tratar de desentrañar las consideraciones e intencionalidades políticas que encubre y las contradicciones que para el discurso normativo, tales intencionalidades contienen.

Por eso compartiré con los lectores, y oyentes que lo soporten, algunas consideraciones sobre el proyecto inicial que se radicó en el Congreso de la República para derogar y reemplazar el actual Código Penitenciario -Ley 65 de 1993-, aclarando que hoy se encuentra “congelada” esa iniciativa, producto del debate de control político que se hiciera el 8 de agosto del 2011, que más allá no conjura -y admito que soy escéptico en que conjurará definitivamente-, el riesgo que se cierne sobre los presos y presas de Colombia con ese tipo de iniciativas.

### **El proyecto de Código Penitenciario: del castigo judicial a la recriminalización disciplinaria**

El proyecto de nuevo Código Penitenciario que hasta ahora fue radicado en el Congreso de la República, ha contemplado una gama de reformas, como la posibilidad de privatizar la prestación de la guardia en las prisiones,<sup>1</sup> o limitar el ejercicio de los Jueces de Ejecución de Penas y Medidas ante las definiciones administrativas del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC), entre otras tantas que encarnan fenómenos de populismo punitivo, expansionismo penal y la industria del control del delito, en los que no me extenderé para no abusar de los párpados del lector y/o del oyente.

Por eso solo haré referencia a una de las modificaciones que, como la mayoría, afectan la situación de reclusión de los privados de libertad por parte del Estado colombiano,<sup>2</sup> cual es la modificación del régimen disciplinario que deben soportar las personas privadas de la libertad en las cárceles y penitenciarías del país.

Para comprender al menos de manera genérica lo retardatario de la modificación, propongo como metodología mencionar la mayoría de esas modificaciones, y asumir el tedioso ejercicio de comparación del tratamiento de algunas faltas leves y graves que contempla el proyecto de ley, comentando su relación con las reglas existentes actualmente, no sin antes advertir que en ningún momento pretendo reivindicar la normatividad penitenciaria existente.

<sup>1</sup> Artículo 112 del Proyecto Código Penitenciario.

<sup>2</sup> Es oportuno anotar desde ya que el Proyecto también contiene algunas modificaciones o conserva aspectos aparentemente “positivos” para los presos, tales como la Incorporación de universidades y colegios al sistema educativo penitenciario, la operatividad del permiso de salida hasta por 15 días y la Inclusión del principio de intervención mínima de las reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos y del tratamiento básico; sin embargo, tal y como se tratará de evidenciar, se desdicen esos aspectos “positivos” con la misma norma, lo que evidencia el carácter legitimador de la norma sobre el ejercicio del poder, así desdiga de los “principios fundantes” del sistema normativo.

La propuesta de tratamiento disciplinario contra los presos inicia su exposición en el artículo 84 del proyecto inicial que hizo curso en el Congreso, clasificando como faltas leves “el incumplimiento de los deberes y obligaciones previstos en los reglamentos general e interno, siempre que no constituya falta grave.”

Si se compara esta forma de tipificar las conductas, dando un vistazo general sobre la Ley 65 de 1993, se llega a pensar que el legislador reduce sustancialmente el número de conductas consideradas como faltas leves, pues en la norma actual se tipifican 17 conductas consideradas como tal, ante lo que, la desprevenida lectura nos ve tentados a aceptar los postulados liberales y garantistas y considerar este como un “gran paso” para la realización del tan cacareado proceso de resocialización, al que por fin la realidad daría lugar; incluso llegamos a tentarnos e ilusionarnos creyendo que el legislador colombiano está reconsiderando el control y la disciplina excesivas como únicos medios de tratamiento en las cárceles.

La ilusión se agranda al notar que el proyecto de ley contempla solo 24 faltas graves frente a las 29 que consagra el Código actual.

Pero triste es el pequeño sueño liberal cuando al hacer una lectura honrada de la iniciativa legislativa, nos encontramos que se presenta una amplificación en la definición de las conductas, constituyéndose en tipos disciplinarios en blanco o al menos ampliando la propuesta su espectro de influencia, lo cual va en desmedro de la oportunidad de un debido proceso y la defensa, postulados agrupados entre los derechos fundamentales de los ciudadanos presos o no, que a su vez supuestamente fundamentan el ordenamiento jurídico procesal liberal; la tristeza gestada por la ilusión liberal se materializa en los siguientes numerales del artículo 84 del proyecto de ley:

- El numeral 1 de las faltas graves del proyecto, amplia el carácter de las sustancias y objetos cuyo porte o tenencia da lugar a la sanción que corresponde a este tipo de conductas, pues la tenencia de cualquier objeto que sea prohibido por la ley o por el reglamento interno de la prisión, será tenido como falta grave, lo cual permite que el director de cada establecimiento y el INPEC en general, constituyan y definan el porte de cualquier sustancia u objeto como grave en los reglamentos internos de las prisiones, lo que puede dar lugar a sanciones ridículas de conductas cotidianas, como el porte de un maquillaje de más de la mujer que conserva su vanidad en la cárcel o el suéter negro que utiliza un preso para desafiar el frío en sus noches de insomnio sobre el suelo, o del libro de quien pretende volar través de unas letras y su imaginación. Esta situación no se presenta con el Código actual, pues en este se prohíbe de manera expresa “el porte de armas; posesión, consumo o comercialización de sustancias alucinógenas o que produzcan dependencia física o psíquica o de bebidas embriagantes,” lo cual al menos hoy limita la disposición legal.
- El numeral 5 del artículo en mención, refiere como falta grave el “ausentarse sin autorización del puesto de trabajo, estudio o enseñanza”, igualmente la nueva norma amplía el espectro de conductas a castigar como graves, en tanto la norma actual de la

Ley 65, se refiere a la “negligencia habitual en el trabajo o en el estudio o en la enseñanza” lo cual, por tener como condicionalidad la habitualidad de la negligencia, es muy diferente al simple abandono del puesto de labor o estudio, conductas estas que el actual código contempla en calidad de leves, en sus numerales 3 -que plantea la “negligencia en el trabajo, en el estudio o la enseñanza”- y 5 -que plantea el “abandono del puesto durante el día,” conductas todas estas que se recogen en el proyecto presentado y se consideran graves, lo cual da lugar a sanciones mucho más drásticas.

- El numeral 7 de las faltas graves del proyecto en cuestión, se refiere a “Causar daño a las celdas, áreas comunes o a los elementos, bienes o herramientas que le han sido entregadas para el trabajo, estudio o recreación. Así como dañar los muros del establecimiento o pintar en ellas inscripciones o dibujos no autorizados”, tipificación que amplía el tipo disciplinario del código actual, que se refería únicamente al daño de muros -manteniendo eso sí la prohibición de inscribir un amor perdido por el encierro- y recogiendo las actuales faltas leves del numeral 8 de la Ley 65 y la falta grave 17 de la misma norma, siendo necesario para esta última disposición de la actual ley que se presente el dolo en el daño de herramientas asignadas para el trabajo, en la proyección de la nueva normatividad no.
- El numeral 12 del proyecto se refiere como falta grave a “realizar apuestas”, tipificación completamente amplia, desmejorando respecto a la anterior que consagraba “apostar dinero en juegos de suerte o azar”, prohibición esta que es consecuente con la prohibición de circular dinero, pero que conllevaría a que si dos presos apuestan, como estímulo para un partido de fútbol, una canasta de gaseosas o un paquete de cigarrillos adquiridos en los expendios de la cárcel, estaría incurriendo en una falta disciplinaria grave, solo por citar un ejemplo extremo pero posible.
- El numeral 15 del proyecto considera grave el “asumir actitud irrespetuosa contra los funcionarios de la institución o cualquier servidor público, los visitantes y demás internos” modificando la falta grave 16 de la norma actual, reduciéndola a la “actitud irrespetuosa”, definición completamente amplia y que da cabida a cualquier interpretación del irrespeto, desde un piropo sugestivo hasta una agresión física.
- Por último, en lo que se refiere a modificaciones que tipifican conductas graves en blanco, el numeral 22 del proyecto de ley consagra como falta grave el “incitar a los compañeros para que cometan desórdenes u otras faltas. Así como propiciar tumultos, motines o protestas, o lanzar gritos sediciosos para provocar a los demás internos al desorden”, pequeña expresión intramural de los estados de excepción, que recoge las faltas graves 14, 17 y 18 de la Ley 65, ampliando el tipo hacia las protestas, ya no delimitándola a las colectivas, sino dejándolo abierto, lo cual vulnera -aún más- el derecho que formalmente corresponde a todo ciudadano; pero además, tipificando como falta grave el ejercicio de la protesta, así ésta también esté contenida dentro del grupo de los derechos fundamentales y fundantes del orden jurídico liberal contemporáneo.

También se considera grave por el proyecto de Código, el porte del necesario dinero para tener un lugar donde dormir, la ejecución de tareas clandestinas; “apropiarse de bienes o herramientas confiadas a su cuidado”; “romper los avisos o reglamentos fijados en cualquier sitio del establecimiento”; “asumir conductas dirigidas a menoscabar la convivencia carcelaria o penitenciaria, siempre que no constituya otra falta”; o “manipular el sistema eléctrico del establecimiento de reclusión o de las partes comunes, sin el debido permiso”.

La iniciativa legislativa en cuestión consagra cinco nuevas conductas como faltas disciplinarias graves, las cuales no desentonan con el resto del articulado y son completamente amplias en su interpretación.

Además, se constituye la falta 24 del proyecto “violación del silencio nocturno”, considerada por la Ley 65 como una falta leve, convirtiéndola en grave, con sus respectivas consecuencias disciplinarias, además de ser una definición amplia de la conducta, que podría incluso recriminar disciplinariamente al preso que canta, conversa o simplemente tose por la tuberculosis aún no detectada por el inepto sistema de salud; tipicidad en blanco que se mantienen los numerales 14 (“Hurtar, ocultar o sustraer objetos de propiedad o de uso de la institución, de los internos o del personal de la misma”), 4 (“Dañar o contaminar los alimentos al consumo en el establecimiento”) y el 20 (“Intentar, facilitar o consumar la fuga”), pero ahora bajo el calificativo de “graves”.

De esta forma, el régimen de control sobre los presos y presas se amplía ostensiblemente, se modifican la mayoría de las tipificaciones de la Ley 65, convirtiéndolas de faltas leves a faltas graves y ampliándose las tipificaciones en la mayoría de los casos; lo referente a las protestas se amplía desde la redacción hacia cualquier manifestación de inconformidad.

### **La seguridad como fundamento de la represión y el trato excepcional a los derechos: el traslado como castigo**

El lector y el oyente que hasta aquí han soportado, podrán pensar en la necesidad de unas reglas mínimas para la convivencia en la cárcel, tal y como vieran alguna vez en la “casa-estudio” de un *reality show* -que curiosamente invocaba al gran hermano-; por ello el análisis del nuevo régimen disciplinario que se quiere imponer a los presos y presas colombianas no es completo sino se evalúan las consecuencias que esta proyección legislativa tendría para los mismos de elevarse al rango de ley.

En ese sentido es necesario referirse a las sanciones que según el artículo 86, corresponden para las faltas leves en: 1. La amonestación con anotación en sus correspondientes registros, si es un procesado o en su cartilla biográfica si es un condenado; 2. La privación del derecho a participar en actividades de recreación hasta por ocho (8) días; y, 3. La pérdida del derecho a recibir estímulos hasta por tres (3) meses.

Para las faltas graves, según el artículo 87 del proyecto de ley, las sanciones correspondientes son: “1. *Traslado temporal o definitivo a otro establecimiento de reclusión o a otra sección del establecimiento;* 2. Perdida del derecho a recibir estímulos hasta por tres (3) meses y; 3. Suspensión de visitas hasta por un lapso de un mes” (Cursivas fuera del texto original).

Es de anotar que en nombre de la seguridad, las sanciones para quienes incurran en la tipificación de las faltas graves, vulnera en sus numerales 1 y 3 los derechos que formalmente tienen los presos a estar en constante contacto con su núcleo familiar, incluso como una condición necesaria para su -~~otra vez!!!-~~ resocialización, y para quienes incurran en faltas leves, la negación de buscar la libertad temporal, mediante beneficios administrativos, al anotarse en la cartilla biográfica la falta disciplinaria.

También es menester anotar que hoy por hoy, no existe amenaza más intimidante para la mayoría de los presos colombianos, que el traslado hacia un penal lejano de su sitio de origen, tanto por la deconstrucción de los mínimos de territorialidad conseguidos, como por la supervivencia misma en un lugar sin familia, sin amigos ni apoyo afectivo y socio-económico de ningún tipo.

Además, no se puede dejar de afirmar que aún sin su legalización y si la prohibición expresa del Derecho Internacional de los DDHH, ya hoy el traslado es un mecanismo de castigo para los presos y presas que osan en desafiar el orden legal o ilegal de la prisión.

Por eso al modificarse las conductas consideradas como faltas graves, ampliando su espectro hacia un número indeterminado de acciones de los presos, se fortalece el traslado como medio de presión y control sobre las personas privadas de la libertad, dejando de ser una práctica que actualmente se justifica desde en la supuesta búsqueda del des-hacinamiento de las cárceles o la seguridad del trasladado, para convertirse en una opción con amplios campos de aplicación para el INPEC o quien cumpla las funciones de gendarme y/o gobierno penitenciario.

Como si fuera poco, la protesta se plantea como una acción abierta a ser sancionada posiblemente con el traslado ¿Quién determina qué es y cuál la gravedad de la protesta? ¿y si el preso persiste en que conserva sus derechos y los defiende? Al igual que con cualquier sanción disciplinaria, esa responsabilidad recae sobre el Consejo Disciplinario de cada cárcel, compuesto en su mayoría por funcionarios del sistema penitenciario pertenecientes al INPEC, que generalmente es la institución a la que se exige el cumplimiento de alguna dádiva legal.

En conclusión, además de que se amplía el espectro de conductas consideradas como graves, se consagran tres sanciones que realmente lo son -graves-, pues afectan el derecho a la cercanía con su núcleo familiar -reclamado incluso por normas internacionales de tratamiento a los presos-;<sup>3</sup> así como se obstaculiza la búsqueda “pronta” y temporal de la

---

<sup>3</sup> El Principio IX de las Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, dicta en su numeral 4º que “Los traslados de las

libertad, legalizándose de esta manera el re-castigo encarnado en una política amplia de traslados y la continuidad del encierro permanente, pues casi todas las conductas se consideran graves y dan lugar a ese tipo de castigos.

### **La consideración del enemigo, la despersonalización y su aplicación en el tratamiento disciplinario de los Presos**

Ahora bien, no se pueden cerrar estas apreciaciones sin hacer referencia al hoy famoso Derecho Penal del Enemigo, por siempre existente en el espíritu mismo del derecho penal, pero instituido como teoría, ampliamente difundido y criticado, además de fuertemente reverdecido en la actualidad. Es a la organización teórica de esta “doctrina” a la que haré alusión, para no entrar en eternas discusiones.

La doctrina denominada derecho penal del enemigo, inicialmente descrita y luego defendida por el profesor alemán Günther Jakobs, propende por identificar a los ciudadanos que cometen hechos punibles, para luego castigarlos como tales, respetando las garantías procesales y los derechos sustanciales que se suponen propios en un estado de derecho; pero además, se pretende identificar y diferenciar a quienes son potencialmente capaces de cometer actos que se presume, ponen en peligro el *Status Quo* en sus más profundas acepciones, lo que los convierte en *enemigos*, razón por la que, sostiene esta doctrina, hay que enfrentarlos aún antes de que cometan el hecho delictivo, en razón de ser sujetos “peligrosos”.

De esta manera, el Derecho Penal del Enemigo se puede entender como la doctrina penal que aboga por la creación de un derecho penal supuestamente “paralelo” al derecho penal liberal, que tenga como su objeto aquellos individuos “peligrosos”, a quienes este derecho combate precisamente en razón de su peligrosidad y no de los actos que cometa.

En consecuencia, el derecho penal del enemigo desconoce los postulados del derecho penal liberal, que para autores como Luigi Ferrajoli, constituyó el terreno en el que el “jusnaturalismo racionalista libró sus batallas contra el despotismo represivo e inquisitivo del Antiguo Régimen” y además definió los valores de la civilización jurídica moderna, que por su parte, resume Iñaki Rivera como “el respeto a la persona humana, los valores de la vida y la libertad personal, el nexo entre legalidad y libertad, la tolerancia y la libertad de conciencia y expresión y la primera función del Estado protector de unos derechos”<sup>4</sup>.

*personas privadas de libertad deberán ser autorizados y supervisados por autoridades competentes, quienes respetarán, en toda circunstancia, la dignidad y los derechos fundamentales, y tomarán en cuenta la necesidad de las personas de estar privadas de libertad en lugares próximos o cercanos a su familia, a su comunidad, al defensor o representante legal, y al tribunal de justicia u otro órgano del Estado que conozca su caso.*

*Los traslados no se deberán practicar con la intención de castigar, reprimir o discriminar a las personas privadas de libertad, a sus familiares o representantes; ni se podrán realizar en condiciones que les ocasionen sufrimientos físicos o mentales, en forma humillante o que propicien la exhibición pública.*

<sup>4</sup> Rivera, Beiras Iñaki (2004). “Forma-Estado, Mercado de Trabajo y Sistema Penal. (Nuevas Racionalidades Punitivas y Posibles Escenarios Penales”) en: “Mitologías y Discursos sobre el Castigo: Historia del Presente y Posibles Escenarios”. Editorial Anthropos. Barcelona.

¡¡Qué bonitas palabras éstas de inspiración liberal!! Sin embargo, el Derecho Penal del Enemigo encuentra sus raíces teóricas y de Filosofía Política en los padres del liberalismo: Fichte, Rousseau, Hobbes y Kant, de quienes bebe Jakobs en la búsqueda de quiénes deben ser tratados por el Estado y el Derecho Penal como ciudadanos o como enemigos.

En definitiva, el profesor Jakobs prefiere la concepción dualista que tienen Hobbes y Kant, en cuanto debe existir un trato diferenciado para quienes cometan hechos punibles, que en principio son ciudadanos, salvo en los casos en que se trate de hechos relacionados con la rebelión o la alta traición -desde Hobbes<sup>5</sup> y cuando se trata de sujetos que amenazan constantemente a sus conciudadanos por su comportamiento ausente de legalidad y que además, no permiten que se les incluya en dicha legalidad -desde Kant<sup>6</sup>; considera Jakobs que en estos dos casos el procesado debe ser tratado como “no-persona”<sup>7</sup>, como enemigos, pues son incapaces de comunicarse con el sistema, es decir, que son renuentes al diálogo intersubjetivo existente, según el autor, entre los ciudadanos y el Estado<sup>8</sup>; mientras que se deben tratar como ciudadanos, a aquellas personas que de manera ocasional defraudan la expectativa referida al comportamiento acorde con la norma.

De esta manera, se entiende que Jakobs simplemente reafirma la naturaleza misma del derecho penal, el trato de enemigo contra el sujeto que no es acreedor al respeto de los valores normativos, convertidos en “derechos” por el poder estatal, pues se considera que pierde el criterio jurídico de persona y recibe un trato diferente, al dolor menguado que padecen los excepcionales ciudadanos, que en últimas no sufren la intención original del sistema penal, infringir dolor.

Esto se evidencia en la concepción que de la pena tiene Günther Jakobs, quien la justifica desde su propia noción, que se divide en dos perfiles, plenamente consecuentes con la diferenciación entre ciudadanos y enemigos:

La pena se justifica para el primero, a partir de la interacción simbólica y el diálogo intersubjetivo que hay entre el Estado representado en la norma y el sujeto que comete el hecho punible, que al incurrir en el actuar ilícito, está desvirtuando la afirmación que hace el Estado mediante la norma, a lo que se responde entonces con la pena -y sus plenas garantías-, lo que hace que se torne irrelevante la afirmación del autor del hecho y mantiene vigente la norma<sup>9</sup>. Obviamente, esta pena solo se aplicará a aquellos sujetos que ofrecen cierta seguridad o garantía de que, a pesar del hecho cometido y penalizado -que se presume obedece a un error-, van a regresar al seno de la sociedad bajo los parámetros y comportamientos que impone la norma, lo que hace que esta última sea real y deje de ser una promesa vacía<sup>10</sup>; así pues, el encierro como pena tiene efectos netamente simbólicos, lo

---

<sup>5</sup> Hobbes, Tomas (1959). “El Leviatán”, Pág. 233, citado por Ibídem. pág. 29.

<sup>6</sup> Kant, Emmanuel. “Metaphysik der sitten”. págs. 255 y ss. Citado por Ibídem. págs. 30 y 31.

<sup>7</sup> Jakobs, Günter, Op. Cit. pág. 32.

<sup>8</sup> Ibídem. pág 23.

<sup>9</sup> Ibídem.

<sup>10</sup> Ibídem. pág. 36.

que permite su reducción y laxitud en las condiciones del encierro; que tal un Nule, un Plazas Vega o un Maloff; que tal un “Tolemaida Resort” o una “casa fiscal” en la picota, o un “pabellón Ere” en el mismo penal para los parapolíticos.

Por otro lado, Jakobs sostiene que la pena además del significado ya descrito, *produce* físicamente algo, coacciona al preso para que no pueda cometer otros hechos punibles, lo que para el autor es la causa de que “históricamente” sea la pena privativa de la libertad, la reacción habitual frente a la comisión de hechos de cierta gravedad.<sup>11</sup>

La privación de la libertad no quiere decir nada, simplemente busca ser efectiva contra sujetos peligrosos, comunistas, ladronzuelos, jíbaros que no ofrecen la seguridad o la certeza cognitiva de que se van a someter a los postulados del sistema normativo; lo que hace que sean delincuentes por principio, ya sean los rebeldes o traidores que sostiene Hobbes o los sujetos que no permiten se les incluya en el sistema legal o “estado-comunitario-legal”<sup>12</sup> de Kant; asimismo sostiene Jakobs que “...el Estado tiene derecho a procurarse seguridad frente a individuos que *reinciden* persistentemente en la comisión de delitos”<sup>13</sup>, lo que permite pensar que, según el autor, quienes cometen conductas punibles de manera constante o reiterativa, *pueden o deben ser tratados de manera diferente* a quienes ofrecen una seguridad cognitiva de que se van a acoger al sistema legal; porque no un baño para dormir en la cárcel bellavista de Medellín, frente a la permisividad de una cama doble para un solo preso; o los 40° centígrados sin agua para vivir todos los días en el inclemente sol de Puerto Triunfo Antioquia, frente al agua caliente permitida en algunos pabellones de las prisiones bogotanas –para no mencionar los chefs, el wiskhey, los x-bos, visitas durante 4 días y demás casos flamantes y conocidos–.

En esta noción de la pena de Jakobs, se encuentra una identidad con la criminología actuarial, en el sentido de que lo que se pretende con el sistema penal no es resocializar o castigar individuos, sino identificar y manejar sectores poblacionales que se tornen peligrosos, que sean enemigos, para lo cual la pena de prisión es una de sus herramientas, ya que el encierro *EXCLUYE* a los individuos pertenecientes a esos sectores, impidiéndoles físicamente la posibilidad de concretar una nueva acción tipificada como delictiva<sup>14</sup>, intencionalidad que llegaría a su cumbre con el derecho penitenciario y sus medidas disciplinarias, según el proyecto de ley, mediante la ruptura de sus lazos familiares y sociales y el impedimento para acceder a la libertad provisional que consagran los beneficios administrativos.

Pero además, del postulado de Jakobs se deduce que al enemigo no solo debe serle ausente la búsqueda del que alguna vez fue su derecho a la libertad y a defenderla ante la ritualidad procesal, sino que, al no ser persona, también le son ausentes los derechos que alguna vez le

<sup>11</sup> Ibídем. pág. 24.

<sup>12</sup> Kant, Emmanuel (2003). Citado por Jakobs en: “Derecho penal del ciudadano o Derecho Penal del Enemigo”. Civitas Editorial. pág. 31.

<sup>13</sup> Ibídем. pág. 32.

<sup>14</sup> Ibídем. pág. 511.

pertenecieron ante la eventualidad de ser preso, en la ejecución de la pena, como, para el caso, los impedimentos que generan el poder disciplinario del estado.

Después de conocer de manera superflua los postulados del Derecho Penal del Enemigo, se puede entonces abstraer que esta lógica tiende a manifestarse en el trato que han recibido y que seguirán recibiendo la mayoría de los presos de Colombia -los enemigos-, que atiende a una lógica de despersonalización de los mismos en razón de la supuesta seguridad que debe imperar en las prisiones y la que esta debe “garantizar” para el exterior, sin importar si esta implica la negación de derechos también jurídicamente consagrados, como el de la libertad o la familia, pero que simultáneamente se verían vulnerados y legalizados por esta iniciativa legislativa.

Así, cuando se amplía la tipificación de los tipos disciplinarios de los presos, y además se vulneran principios liberales como la legalidad, el debido proceso y la defensa y derechos como la libertad y la familia, se está dando un trato diferenciado a quienes se encuentren recluidos en las prisiones colombianas y se entienden como enemigos, al presumirse como peligrosos y objetos de control y re-castigo, ante lo que su privación de la libertad, además de elevar el Estado al rango de triunfante en el diálogo intersubjetivo que manifiesta Jacobs, lo faculta para tratarles de tal manera que no importa el carácter de persona formalmente acreedora de derechos, sino el que son sujetos peligrosos que corren el riesgo de incurrir nuevamente en la comisión de una conducta prohibida, ante lo que el castigo como amenaza debe ser más incisivo.

En este sentido, también se debe observar que el traslado del preso en razón de la comisión de una de la infinidad de conductas consideradas graves por el proyecto de ley, además de que desconoce la normatividad que regula la materia, encarna la noción de que al enemigo se le debe castigar por su resistencia a ser incluido en el estado-comunitario-legal que menciona Kant o por el carácter de rebelde que menciona Hobbes -ya sea por *apostar* un cigarrillo o por *ejercer la protesta* de cualquier tipo, juntas conductas graves para el proyecto-.

Entonces el sistema penitenciario colombiano puede legalizar la vulneración de los Derechos Humanos que según el discurso jurídico lo fundamenta, mediante la extensión del Derecho Penal del Enemigo al campo de la ejecución de la pena, transformándose en un Derecho Penitenciario del Enemigo, en que la mayoría de quienes que son regulados por el mismo, se presumen como potenciales detractores del sistema jurídico y por tal razón deben ser obligados a retornar al mismo o excluidos de tal, mediante la imposición de la mayor cantidad de tiempo posible en la prisión y en condiciones ajenas a las que recibiría un ciudadano “honorable”.

### Del pleonasio del “derecho penal del enemigo”

A diferencia de lo que diría Manuel Cancio Meliá, hablar de derecho penal del enemigo no es una contradicción en los términos,<sup>15</sup> por el contrario, se trata de un pleonasio mayúsculo, al que pareciera decir el derecho penitenciario “valga la redundancia”.

El derecho penal liberal y el derecho penitenciario en particular, abordan postulados que desde la supuesta legitimidad estatal se mofan de ser verdades únicamente cuestionables por el poder del mismo estado; verdades que contenidas en el ordenamiento jurídico, se precian de ser un saber que no da lugar a contradicciones con el ejercicio de poder que constituye la prisión, así este desdiga del mismo ordenamiento.

Para ello, y como resultado del triunfo “contra el despotismo represivo e inquisitivo del Antiguo Régimen” que mencionara Ferrajoli, lo que se encuentra es que el despotismo manifestado en la prisión, cuenta con accesorios discursivos y contenidos en la norma penitenciaria, como al anotar el proyecto de ley aquí cuestionado, que castigar nuevamente al preso es caminar hacia la “finalidad -de- encauzar y corregir la conducta de quienes han infringido las normas de la convivencia penitenciaria o carcelaria”; afirmación que es una mancuerna de oro en los harapos de la prisión y su finalidad única de coaccionar e infligir dolor.

Mediante el reconocimiento formal de la norma penitenciaria acerca de la existencia de “derechos” procedentes de la concesión estatal, no se pretende reivindicar “dignidades” ni buscar “finalidades” que beneficien al preso o a la sociedad; en cambio, si se pretende mediante la formalización de derechos, construir el saber penitenciario como el justificante de la prisión.

En consecuencia el derecho penitenciario se convierte en ese mecanismo de construcción de verdades “indudables” que ocultan la evidente contradicción que trae consigo, e incluso esconde el que el derecho penal y penitenciario, efectivamente persigue enemigos, y ante azares y circunstancias políticas, reafirma postulados ante ciudadanos necios y pródigos que volverán al rebaño, amigos, que nunca sufren el rigor verdadero de la prisión y su sustento legal, sino que incluso gozan de beneficios que la misma norma prohíbe, lo que de ninguna manera implica pedir un castigo igual de severo para estos, no se pide nada, simplemente evidencia la contradicción tantas veces dicha.

Pero a pesar de los adornos discursivos del pretendido saber penitenciario, convertidos en saberes que fundamentan una “verdad”, la lógica estatal de perseguir la oposición y la pobreza como máximas de su política criminal, desnaturalizar la persona que es perseguida y apresada para nuevamente sufrir la persecución y el castigo, no pretende una cosa diferente a continuar con el ejercicio del poder: a secas.

---

<sup>15</sup> Cancio, Meliá Manuel (2003). *¿“Derecho Penal” del Enemigo?* Civitas Editorial, pág. 61.

## Referencias Bibliográficas

Adarve, Lina y Otros: “*El Código Penal de 1980: Sus antecedentes y contextos mirados desde la Política - Criminal Colombiana*”. Sin Publicar.

Barreto Nieto, Luis Hernando y Rivera, Sneider (2009). “*Una Mirada a la Impunidad en el Marco del Sistema Penal Oral Acusatorio en Colombia*”. Editorial Milla Ltda. Santa Fe de Bogotá.

Cristhie, Nills (1993). “*La Industria del Control del Delito: ¿la nueva forma del holocausto?*”. Editores del Puerto. Buenos Aires.

Garland, David (2005). “*La Cultura del Control. Crimen y Orden Social en la Sociedad Contemporánea*”. Editorial Gedisa. Barcelona.

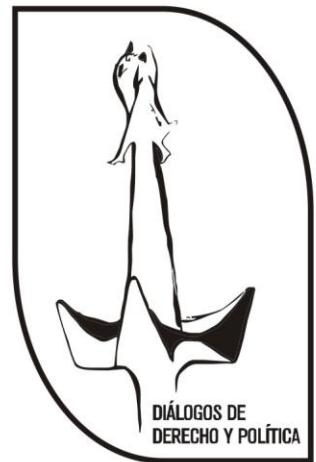
Jakobs, Günther (2003). “*Derecho Penal del ciudadano y Derecho Penal del Enemigo*”. Civitas ediciones.

Korol Claudia (2009). “*Criminalización de la pobreza y de la protesta social*”. Editorial El Colectivo. Buenos Aires.

Larrauri, Elena (2006). “*Populismo Punitivo... y como resistirlo*” Revista: “*Jueces para la Democracia*” Número 55. Madrid.

“*Hay que construir 5 cárceles más para evitar hacinamiento*”. Consultado En: <http://www.eluniversal.com.co/cartagena/nacional/hay-que-construir-5-carceles-mas-para-evitar-hacinamiento-15138>

Política Penitenciaria y Carcelaria. Evaluación de la resocialización y las medidas implementadas contra el hacinamiento. Contraloría Delegada para el Sector Defensa, Justicia y Seguridad. Bogotá D.C., Junio de 2008. Consultado En: [www.semana.com/documents/Doc-1629\\_2008624.ppt](http://www.semana.com/documents/Doc-1629_2008624.ppt)



---

## **Realidades disparatadas del sistema carcelario. Un análisis de los “traslados” en Colombia**

---

**Jesús David Polo Rivera  
Robinson Daniel Bohórquez Patiño  
Sebastián Monsalve Correa  
Vanezza Escobar Behar**

Área de investigación de la Fundación Comité de Solidaridad  
con los Presos Políticos, Seccional Antioquia.  
Correo electrónico: [investigacion.cspp@gmail.com](mailto:investigacion.cspp@gmail.com)

## Resumen

A propósito de las facultades discrecionales del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC) para trasladar de centro de reclusión a los detenidos, este escrito se pregunta por la coherencia del discurso liberal al momento de ejecutar la pena privativa de la libertad o de aplicar una medida de aseguramiento de detención preventiva en un centro carcelario. El constante reclamo, tanto de los detenidos como de sectores sociales, para que en la fase de ejecución penal se respeten los derechos y garantías de los reclusos, permite constatar el carácter subordinado e instrumental de la discursividad de los derechos fundamentales, que a la vez que se erigen como pretendida fuente de legitimidad del castigo, develan el fracaso de los fines declarados de la pena de prisión en la normatividad colombiana, dejando abierto los interrogantes sobre cuáles son los fines de la cárcel y cómo incide ésta en las subjetividades de quienes la habitan.

**Palabras clave:** trasladados; cárceles; derechos fundamentales de las personas detenidas; Ley 65 de 1993; territorialidad.

## Realidades disparatadas del sistema carcelario. Un análisis de los “traslados” en Colombia\*

*“Hoy se llevaron al ‘Mocho’, llegaron hasta el rastrillo -sitio de guardia en cada patio- unos veinte guardianes con el mayor Acuña, subdirector de Bellavista, con chalecos antibalas, dispuestos a sacarlo por la fuerza para trasladarlo, según se nos informó, a la Cárcel de Máxima Seguridad de Itagüí.*

[...]

*El Mocho, que será padre en pocos meses y a quien describí en mi primera crónica como la persona alegre que nos devolvía las ganas de vivir por su capacidad de superación, cada vez que nos sentíamos sin esperanza, fue sacado de nuestro pasillo, de nuestro patio, del lugar donde, a pesar de sus limitaciones físicas y de la horrible situación de estar preso, había encontrado solidaridades y afectos entre sus compañeros que lo aferraban, cada vez más a sus sueños de libertad”.<sup>1</sup>*

### I. La angustia de castigar. Promesas dolorosas y exorbitantes de una cárcel tan “normal” como insufrible

Si bien el sistema penal liberal y la cárcel como forma de castigo institucional, se han mostrado desde sus inicios como un gesto humanista de la lógica racional que, en teoría, empezó a imperar desde inicios del siglo XIX,<sup>2</sup> el ejercicio de poder que caracteriza al Estado, consistente en determinar quiénes y qué comportamientos deben ser catalogados como disfuncionales al orden establecido,<sup>3</sup> parece colocar a la cárcel en un lugar que dista mucho de ser algo “humano” o “benévolos”, por lo que todas esas “empresas parlanchinas” que tratan de “horrorizar el pasado para poder justificar el presente”<sup>4</sup> y que

\* Este trabajo explora el tema de los traslados carcelarios en el marco de un estudio mucho más amplio sobre la ejecución penal y sus implicaciones en la vida de los detenidos, que realiza el área de investigación de la Fundación Comité de Solidaridad con los Presos Políticos, Seccional Antioquia.

<sup>1</sup> Castaño Valencia, Oscar (2005). *Cementerio de Libertades*. Medellín: Prográficas y Cía. Ltda. pág. 51.

<sup>2</sup> Foucault sostiene que la prisión no proviene del proyecto penal que aparece con la Ilustración, sino que es el producto de una nueva tecnología de poder que aparece con las sociedades disciplinarias: “la prisión no pertenece al proyecto teórico de la reforma de la penalidad del siglo XVIII, surge a comienzos del siglo XIX como una institución, de hecho, casi sin justificación”. Vid. Foucault, Michel (2003). *La verdad y las formas jurídicas*. Barcelona: Editorial Gedisa. Pág. 100. En este mismo sentido, es posible afirmar que “la prisión aparece incompatible con todas las teorizaciones, discursos y justificaciones de la pena que hemos heredado del siglo XVIII y que mantenemos, sobre todo en el ámbito jurídico”. Vid. Anitua, Gabriel Ignacio. *Contradicciones y dificultades de las teorías del castigo en el pensamiento de la Ilustración*. En: Rivera Beiras, Iñaki y Amaral Machado, Bruno (Coord.) (2004). *Mitologías y discursos sobre el castigo. Historia del presente y posibles escenarios*. Barcelona: Anthropos. pág. 29.

<sup>3</sup> Ahora bien, las formas asumidas de castigo nos deberían llevar a reflexionar no sólo sobre la cárcel y el sentimiento de “inevitabilidad” que suele despertar, sino también acerca de la forma como las respuestas a nuestros problemas sociales se descargan en el secuestro institucional como medida casi que predeterminada y referente material de ejecución penal del marco institucional vigente. Es por ello que es muy importante no perder de vista que, como señala Garland, “las instituciones y los regímenes no son inamovibles, sobre todo cuando no logran satisfacer las necesidades, controlar los conflictos, ni dar respuestas satisfactorias a interrogantes inoportunas [...] Actualmente el optimismo frente al aparato estatal ha dado paso a un escepticismo persistente acerca de la racionalidad y eficacia de las instituciones penales modernas”. Garland, David (2006). *Castigo y sociedad moderna. Un estudio de teoría social*, trad. Berta Ruiz de la Concha. México: Siglo XXI. Págs. 17 y ss.

<sup>4</sup> González Zapata, Julio. *Cárcel y control social*. En: Berbiquí. Revista del Colegio de Jueces y Fiscales de Antioquia. N° 2 (Marzo de 1995). p. 7.

se sienten orgullosas de las “refinadas prácticas punitivas” ejercidas en nuestras sociedades, “sólo han fingido resolver un problema que ni siquiera se pueden plantear.”<sup>5</sup>

En consecuencia, el Estado liberal, esa autodeclarada “forma política más racional y conforme a la naturaleza humana,”<sup>6</sup> ha terminado pagando caro todos esos privilegios y adornos del hombre. Y en ese intento de “tratar” de encontrar un modo de conciliar las modalidades de ejecución de la pena con la necesidad de eliminación del crimen - siempre persistente en nuestras sociedades- aparecen los sistemas punitivos propios del Estado social basados en la necesidad de reeducación, resocialización y una larguísima lista de “pretensiones re” -resocializar, rehabilitar, etc.- de la prisión.

Desde luego que de esta narración sobre la “humanización” del encierro se deriva una esfera explicativa que suele enfrentarse, entre otras, con las críticas hechas por el abolicionismo en relación con la cárcel. La perspectiva optimista de ciertas corrientes historiográficas ha permitido que la cárcel -ya como institución- termine por asentarse en casi todos los sistemas penales, al punto que “unas veces creemos que es eterna, y otras que es insustituible.”<sup>7</sup> Esta postura naturalista termina encaminando la discusión respecto de la cárcel a la mera solución de problemas prácticos,<sup>8</sup> dando por descontada la discusión sobre la estructura y racionalidad de las prácticas penales existentes. Así, pensar que la cárcel surge como la superación de un pasado absolutista en el que imperaba la venganza y la barbarie suele resultar reconfortante, por lo menos a la hora de justificar las instituciones penales modernas y sus ideales reformadores.

De abandonarse esta visión “autocomplaciente”, tal vez insertada en una idea contractualista que considera que el Estado resulta ser la encarnación de la voluntad de los ciudadanos, es posible evidenciar que muchos de los cambios en el sistema punitivo - incluidos los situados en las distintas ideologías reformadoras- son el resultado de nuevas necesidades del poder político y estrategias de mantenimiento del orden en un contexto social, económico y político determinado.<sup>9</sup> La cárcel, vista entonces como un paradigma que se proyecta sobre toda la sociedad, empieza a convertirse en un importante instrumento político que permite acondicionar al sujeto y someterlo a las exigencias de las distintas fuerzas productivas, a través de un sistema disciplinario de vigilancia, que se ajusta a los nuevos requerimientos económicos y políticos de la entonces emergente sociedad capitalista.<sup>10</sup>

<sup>5</sup> Foucault, Michel (1991). *A propósito de las palabras y las cosas*. En: *Saber y verdad*. Madrid: Ediciones La Piqueta, pág. 34.

<sup>6</sup> Santoro, Emilio (2008). *Cárcel y sociedad liberal*. Bogotá: Ed. Temis, pág. 2.

<sup>7</sup> González Zapata, Julio. *Cárcel y control social*. Op. cit. pág. 7.

<sup>8</sup> “La crisis del llamado “deconstrucciónismo”, movimiento que durante los años 60 promovía en Europa que se acabaron los internados de toda clase y que se abrieran las puertas de todas las instituciones cerradas, nos permite demostrar, una vez más, que la eficacia fue el criterio que terminaría consolidándose en la reflexión sobre el problema de la cárcel. Así las cosas, la derecha europea, por un lado, en el momento en el que parecía que los tiempos estaban de parte del abolicionismo, decidió “creer”, por razones de higiene social, “que el detenido es un ser peligroso, que la delincuencia es algo detestable y que, como siempre, la única respuesta que hay es el encierro”; mientras que la izquierda, bastante conformista, “entiende que el avance en esta dirección fue poco útil para la dignidad humana”. Ibíd. págs. 11-12.

<sup>9</sup> Santoro, Emilio. *Cárcel y sociedad liberal*. Óp. cit. págs. 10 y ss.

<sup>10</sup> Esta explicación que pareció marcar el origen de las cárceles en las sociedades industriales y capitalistas ha ido “redibujando” la historia del encierro en América Latina, al punto que terminamos siendo unas copias de lo que alguna vez estuvo de “moda” en Europa. No obstante lo anterior, es cierto que en Colombia, para no ir muy lejos, tenemos “panópticos” desde el siglo XIX; obviamente, estas instituciones estaban atadas a

Un nuevo horizonte de legitimación del castigo aparece en el momento en el que a éste se le redefine política e ideológicamente y se le asigna una racionalidad discursiva de naturaleza jurídica que logra atravesar sus prácticas y permite someterlo a un conjunto de principios y postulados a partir de los cuales se pudo construir la idea de un derecho penal liberal como límite a las intervenciones punitivas arbitrarias del Estado.<sup>11</sup> Todo el viraje que ha dado el derecho penal en su intento por acomodarse a los cambios y las demandas de la sociedad<sup>12</sup> le ha permitido inculcar, construir y moldear creencias, valores y hasta actitudes que lo que tratan es de legitimar las instituciones y relaciones de autoridad existentes.

Ahora bien, posiblemente no aparezca muy claro el momento en el cual se logran conciliar la retórica de las teorías ilustradas de la pena con la que parecería estar orientando la actividad organizada de los órganos encargados de la ejecución de lo juzgado. Precisamente por eso, nos habíamos referido antes a la importancia de la cárcel como un instrumento político que aseguraba la presencia del control social y, al mismo tiempo, representaba la “mejor” defensa social, en tanto se aseguraba la preparación, ordenación y disciplinamiento de seres humanos funcionales al orden existente en la sociedad. Dicho en otras palabras:

Gracias a las características de la penitenciaria, la pena carcelaria se demuestra que es capaz, por un lado, de sujetar la destructividad del castigo al criterio

---

un sistema penal que funciona de forma muy diferente al que existía en los países europeos. De ahí que sean los estados de excepción, y no los criminólogos, trabajadores sociales y psiquiatras, los protagonistas en la producción del diseño político criminal colombiano, ya que al margen de las teorizaciones con las que a veces pueden orientarse los procedimientos penales, nuestros “gobernantes”, apoyados en criterios de enorme pragmatismo y efectividad, han podido intervenir situaciones especialmente transgresoras de un orden en particular, neutralizando, con más facilidad que en Europa, esa especial sensación de “desencanto” –por decir lo menos– que hoy reproducen, por ejemplo, las cárceles –aunque podría pensarse que todo el sistema penal–, en tanto lo que importa es eliminar a aquellos frente a los cuales el derecho no tiene ningún poder de contención, renunciando casi completamente a la legalidad y la institucionalidad frente a todo aquél que desafie las normas y valores. Ello sin contar con que en nuestros países la debilidad de nuestras estructuras políticas, los serios problemas sociales y hasta los problemas de violencia y de orden público han alimentado, durante los últimos años, la aparición de una enorme cantidad de manifestaciones que involucran no sólo el paramilitarismo, sino también los homicidios en personas protegidas por el DIH, los *ajusticiamientos* realizados por distintos “agentes de control social” a miembros de organizaciones sociales y políticas, las muertes de presos, etc. Y es que gracias al control de los ilegalismos (incluidos los populares) el Estado ha logrado colonizar incluso nuestra propia vida, legitimando y naturalizando la aparición de esquemas de seguridad y vigilancia “operados” por nosotros mismos. La afirmada tendencia hacia la progresiva privatización de la seguridad y del orden público, que no supone precisamente que las actividades estatales de control hayan sido retaceadas, puede darse por la aparición de nuevas formas de control que “aumentan la eficacia represiva” al punto que se llega a pensar en la “legitimidad” de desaparecer a quienes representan un peligro para la sociedad, puesto que se trata de individuos que cuestionan la vigencia del orden constitucional y legal o impiden la configuración de un poder político legítimo.

<sup>11</sup> Un análisis mucho más juicioso sobre el surgimiento del derecho penitenciario puede leerse en: Naranjo Serna, Sebastián (2010). *El Derecho Penitenciario: ¿La nueva cara del castigo?*, Tesis (Maestría en Derecho). Universidad de Antioquia. Medellín.

<sup>12</sup> Incluso autores, como Robert Brown, sólo por citar un ejemplo, sostienen que la causa de que se abandonara la tortura pública tiene que ver con el sistema de confesión en el que se sustentaba la misma, el cual “dependía de una serie de creencias religiosas y psicológicas que debieron alterarse antes de que sucediera cualquier cambio en el sistema penal”. De ahí que deban tomarse en consideración no sólo los referentes que situaba Foucault en *Vigilar y castigar*, sino también cambios culturales, legislativos y hasta en la actitud respecto de las prácticas que confiaban en la exhibición del castigo. Garland, David. *Castigo y sociedad moderna. Un estudio de teoría social*. Óp. cit. págs. 189 y ss.

contractual (principio de retribución) y, por el otro, de provocar que el castigo se vuelva funcional al proceso productivo (proceso de reeducación).<sup>13</sup>

Es preciso preguntarse entonces, conocido desde muchos puntos de vista el “fracaso” de las instituciones carcelarias<sup>14</sup> y la crisis permanente de las mismas, ¿qué funciones de las que se les han atribuido pueden cumplir? Pero también es necesario preguntarse: cómo las cárceles han podido penetrar en el campo institucional a una profundidad tal, que el mecanismo de sus efectos se convierte en una constante y una exigencia funcional de nuestras sociedades.

Las respuestas a estas preguntas sólo develan una cosa: la cárcel sigue siendo una obra de venganza, “un mero instrumento de dolor”,<sup>15</sup> aunque hoy nos parezca absurdo el sufrimiento que encarnaba el castigo de otras épocas. Ya Nietzsche, al explicar el surgimiento de lo que él llama “culpa y mala conciencia”, establece la continuidad de la violencia en la relación acreedor-deudor:

Quizá sea lícito admitir incluso la posibilidad de que tampoco aquel placer en la残酷 está propiamente extinguido; tan sólo precisaría, dado que hoy el dolor causa más daño, de una cierta sublimación yutilización, tendría sobre todo que presentarse traducido a lo imaginativo y lo anímico, y adornado con nombres tan inofensivos que no despertasen sospecha alguna, ni siquiera en la más delicada conciencia hipócrita.<sup>16</sup>

Esta violencia propia de la cárcel no responde a las exigencias de racionalidad teórica. La intensidad de los sentimientos que rondan el delito y el castigo no redundan en respuestas rehabilitadoras; de hecho, frente a un discurso penal que lo que pretende es tratar más que castigar y una sociedad que reclama protección y seguridad para sus ciudadanos -ignorando la realidad del castigo mismo- la justicia aparece para institucionalizar un verdadero sentimiento de retribución, y autoprocurarse la inocencia de castigar pretendiendo tratar al delincuente.<sup>17</sup>

Tampoco los estudios y las diferentes investigaciones criminológicas han podido demostrar que la cárcel cumple materialmente las funciones que se le han confiado. En Colombia, incluso la Corte Constitucional ha tratado de fijar pautas que orienten las políticas carcelarias de nuestro país, resaltando la vigencia de principios y derechos que hoy resultan ser el rostro caricaturizado del castigo. Caricaturizado porque estas reglas jurisprudenciales que regulan los derechos de los detenidos<sup>18</sup> en Colombia son el

<sup>13</sup> Santoro, Emilio. *Cárcel y sociedad liberal*. Op. cit. pág. 19

<sup>14</sup> “El medio delincuente no conocía pues este recentramiento sobre sí mismo orquestado fundamentalmente por la prisión [...] La prisión, es por tanto, un instrumento de reclutamiento para el ejercito de los delincuentes. Sirve para esto. Desde hace siglos se dice: «la prisión fracasa porque fabrica delincuentes». Yo diría más bien: «la prisión triunfa puesto que eso es lo que se le pide»”. Vid. Foucault. Michel (1991). *De los suplicios a las celdas*. En: *Saber y verdad*. Madrid: Ediciones La Piqueta. Pág. 87

<sup>15</sup> González Zapata, Julio. *La abolición de la cárcel*. En: Revista de Estudios Políticos. Medellín. Número 11 (Julio - Diciembre de 1997). Pág. 170

<sup>16</sup> Nietzsche, F. *Genealogía de la moral*. Trad. Sánchez Pascual. España: Alianza Editorial. Págs.. 88-89

<sup>17</sup> Foucault, Michel (1991). *La angustia de juzgar. Debate sobre la pena de muerte*. En: *Saber y verdad*. Madrid: Ediciones La Piqueta. pág. 117

<sup>18</sup> Se usa el término *detenidos* para referir indistintamente a las personas condenadas y a las que están detenidas en virtud de medida de aseguramiento, a menos que el contexto sugiera lo contrario.

horizonte ideológico de un castigo ideal, atravesado por lógicas de normalización e incapaz de responder a las realidades a las que se enfrenta su discurso rehabilitador.

A todo ello debe sumársele la lamentable situación de nuestro sistema carcelario, caracterizado por problemas de hacinamiento, servicios de salud deficientes, malas condiciones de salubridad e higiene, mala alimentación, maltratos y violencia física y psicológica, infraestructuras precarias, corrupción, entre muchos otros; situaciones que constituyen violaciones de derechos humanos, en un país que es, entre otras, el más desigual de América Latina.<sup>19</sup>

Hoy sabemos que nuestras prisiones son lugares degradantes, en donde pervive una crisis incrustada desde hace mucho tiempo. En esa medida, todo parecería estar alineándose para llevarnos a otro desastre, esta vez promovido por el propio discurso gubernamental y su ya acostumbrada dosis de irreflexión. Por otro lado, es necesario resaltar que la dureza de la vida carcelaria representa, para casi todos los presos, un proceso que los va destruyendo paulatinamente y los va adaptando a la “comunidad carcelaria”, a lo que Foucault denominó “prisionalización”. Confirmándose así la imposibilidad de rehabilitación en una cárcel y la decisión, esta vez política, de eliminar cualquier contacto del detenido con su entorno social inmediato.

Las instituciones penitenciarias parecen, entonces, estar más comprometidas en la lucha continua por mantener el orden y en una reglamentación detallada y una vigilancia constante de cada uno de los aspectos de la vida de los detenidos, al punto que la “estrategia correccional” se limita exclusivamente al control de sus comportamientos externos en muy diversos aspectos. La administración carcelaria aparece en este escenario con excesivas facultades reglamentarias, e incluso puede ejercer un control sobre las decisiones judiciales (como sucede, por ejemplo, con el concepto favorable previo para detenciones domiciliarias –Art. 110 del proyecto de reforma a la ley 65 de 1993 radicado hasta diciembre de 2011–). Este tipo de prácticas, que se han venido imponiendo desde mucho antes, no sólo responden a los preceptos de la llamada “nueva cultura penitenciaria”,<sup>20</sup> sino que también son un referente del compromiso que existe, por lo menos entre nuestros “gobernantes”, por preservar el “equilibrio” de una institución incapaz de alcanzar su finalidad institucional.<sup>21</sup>

---

<sup>19</sup> La revista “Semana” ha publicado una serie de columnas sobre el sistema carcelario en Colombia y la situación de las personas privadas de la libertad. Estos son algunos de los títulos que se pueden encontrar: “Historia de promesas y bombas: el gobierno de las cárceles en Colombia” (David Martínez Osorio); “Las prisiones colombianas: un problema de todos” (Manuel Iturralde); “La cárcel en Colombia, un modelo entre apertura y aislamiento” (Franklin Castañeda Villacob); “Hacinamiento y privatización de las cárceles: lecciones de la experiencia chilena” (Camilo Ernesto Bernal Sarmiento); “Más prisiones para combatir la inseguridad: un mito persistente” (Julie de Dardel); “Dos imágenes de las mujeres y la prisión en Colombia” (Libardo José Ariza Higuera); “El castigo es con todos y es de todos” (Michael Reed Hurtado).

<sup>20</sup> “Esta política trajo consigo la ubicación de las cárceles en zonas aisladas y de difícil acceso; la restricción de las visitas y los contactos con el mundo exterior que ahora se realizan cada 15 días, por dos o tres horas; los traslados, tan costosos como absurdos, que ubican a los detenidos lejos de su domicilio familiar y del lugar del juicio; la masificación de la figura del calabozo individual, eufemísticamente llamada Unidad de Tratamiento Especial; y la inmovilización del detenido dentro de la cárcel a partir del control total de su vida en prisión”. En: “La cárcel en Colombia, un modelo entre apertura y aislamiento” (Franklin Castañeda Villacob).

<sup>21</sup> Incluso entre quienes han estudiado la detención, en diferentes contextos, hay un acuerdo general acerca de lo que esta implica: a) la erosión de la individualidad, b) los daños físicos y psicológicos, c) el aislamiento, d) la privación de los estímulos; e) la alineación –incapacidad de adecuarse al ambiente exterior, cuando se

En virtud de lo anterior, y tomando como referente los trasladados carcelarios, queremos indagar cómo la aparición de reglas y sub-reglas, a veces imparciales, que regulan esta figura y los juicios de proporcionalidad que revisten estas lógicas, sólo hacen parte de una estrategia de legitimación y justificación de cárceles más deseables. Por ahora nuestro trabajo sólo coincide con las sospechas de quienes creemos que con la burocratización definitiva de las instituciones penitenciarias se genera un espacio que permite entrever las relaciones entre legalidad y normalización –en tanto alineación del detenido a las relaciones de control y dominación que emergen en estos escenarios-. Relaciones que existen desde hace mucho tiempo en nuestras prisiones y que pueden ser estudiadas –más no resueltas-, a partir de situaciones de hecho muy concretas. Con el “traslado” es posible analizar las consecuencias de discursos que tratan de examinar realidades y regularlas, pero que en su intento son excedidos por relaciones de poder que se proyectan más allá de todo horizonte jurídico y teórico. Dicho en otros términos:

La realidad nunca coincide con la norma, porque el deber ser es un ser que no es o que, al menos, aún no es. Pero cuando la realidad se dispara respecto de la norma, deviene disparate, prescribe un ser que nunca será y la norma queda cancelada por inútil y le aguarda el destino de los desperdicios.<sup>22</sup>

## II. Pena: ¿privativa de la libertad?

La privación de la libertad es la pena que casi con exclusividad se aplica en el sistema penal colombiano. Si bien el Código Penal en su artículo 4 le otorga multiplicidad de fines (prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado), la ley 65 de 1993 –*Código Penitenciario y Carcelario*– señala que el fin principal de la pena de prisión es la resocialización (Arts. 9 y 10), así mismo lo contempla la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en la resolución 1 de 2008, sobre *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas*.

Para cumplir el fin resocializador de la pena ha señalado la Corte Constitucional,<sup>23</sup> en consonancia con la ley 65 de 1993, que son necesarios tres ejes: el primero contempla las oportunidades laborales dentro del lugar de reclusión, las facilidades de educarse, de realizar labores lúdicas y recreativas; en segundo lugar son necesarias condiciones cualificadas de reclusión, y finalmente se hace indispensable el acompañamiento familiar y la presencia de profesionales interdisciplinarios acompañando el proceso del detenido.

Así, el pretendido proceso resocializador de la pena implica, entre otras consecuencias, que los reclusos son titulares de derechos. Al respecto la Corte Constitucional,<sup>24</sup> en reiterada jurisprudencia, ha señalado que el hecho de estar cumpliendo una condena en un establecimiento penitenciario no implica la suspensión de todos los derechos del preso, al contrario, ha elaborado tres categorías para los derechos de esta población: aquellos que pueden suspenderse en virtud de la condena, los que se ven limitados por el

sale de la cárcel–; f) la desculturización. Vid. Sandoval Huertas, Emiro. *Sistema Penal y Criminología Crítica*. Op. cit. pág. 101.

<sup>22</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl (2005). *En torno a la cuestión penal*. Montevideo: Editorial B de F Ltda. Pág. 192

<sup>23</sup> Entre la abundante jurisprudencia sobre el tema pueden considerarse las sentencias T-1190/03 y T-274/05.

<sup>24</sup> Corte Constitucional De Colombia. Sentencias: T-153/98, T-1322/05, T-1326/05, T-718/03, T-274/05, T-566/07.

desarrollo de la misma, y los que se mantienen incólumes. Los derechos que se suspenden son: la libre circulación, los derechos políticos, la libre escogencia de profesión u oficio; los derechos que se limitan son el derecho a la intimidad, a la comunicación, al trabajo, al estudio, a la unidad familiar; todos ellos obedeciendo a criterios de proporcionalidad y razonabilidad, pues no podrían –dice la Corte– limitarse legítimamente más que los derechos que se ven afectados por la medida de reclusión correspondiente;<sup>25</sup> la dignidad humana, la vida, la integridad física, la libertad de culto, el debido proceso, el habeas data, la proscripción de tratos crueles, inhumanos y degradantes, la libertad de conciencia y el derecho a la salud son, por el contrario, derechos que según el discurso de la Corte Constitucional, no pueden limitarse ni suspenderse so pretexto de estar cumpliéndose una pena; pues estos últimos derechos inclusive se revisten de especial protección pues los reclusos se encuentran frente al Estado en una relación de especial sujeción,<sup>26</sup> lo que implica que tiene frente a los internos obligaciones positivas tales como brindar habitación, alimentación, salubridad y servicios de salud.

Si bien la jurisprudencia es clara respecto a los derechos de las personas que se encuentran recluidas, y a las posibilidades de restringirlos siguiendo un juicio de razonabilidad (esto es, materialización de fines jurídicamente más valiosos que otros, sin que existan otros medios menos gravosos para efectivizarlos<sup>27</sup>), los hechos evidencian que el estado de las cárceles en Colombia continua siendo inconstitucional, como hace ya 13 años lo señalara la sentencia T-153 de 1998. Los niveles de hacinamiento siguen en ascenso, la presencia casi nula de los jueces de ejecución de penas hace que no haya control efectivo sobre cómo se purgan las penas en las cárceles del país,<sup>28</sup> el derecho a la habitación de los internos no está garantizado, así como tampoco el derecho a la salud, al acceso a programas laborales o educativos; la separación entre imputados o acusados y condenados no se ha materializado, la calidad de la alimentación sigue siendo inadecuada, y se están limitando injustificadamente una serie de derechos que pueden evidenciarse, por ejemplo, con el “Informe Sombra” presentado ante la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas por el Grupo de Derecho de Interés Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, en respuesta al sexto informe que el Estado colombiano presentó ante el organismo internacional. Las sentencias de tutela 257/00, 1077/01, 1030/03, 1096/06, 971/09, entre otras, reiteran el estado de cosas inconstitucional en las cárceles colombianas; esto es, circunstancias fácticas que amplían el ámbito de castigo que se pregoná como legítimo en un Estado social de derecho.

---

<sup>25</sup> Corte Constitucional Sentencia T-1322 de 2005. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

<sup>26</sup> Señala la sentencia T-274 de 2005, que entre los elementos que configuran esta relación están i. la sujeción del recluso al Estado, ii. La aplicación de un régimen normativo especial, iii. La derivación de obligaciones positivas del Estado.

<sup>27</sup> Sentencia T-1322 de 2005.

<sup>28</sup> Según relación del total de juzgados existentes del Consejo Superior de la Judicatura, Sala administrativa, elaborado el 22 de Marzo de 2011, en Medellín hay tan solo 6 jueces de ejecución de penas (JEMPS) para un promedio de 7336 presos en “Bellavista”, 1.200 presas en la reclusión de mujeres de San Cristóbal, 700 presos en la reclusión de hombres de San Cristóbal, según respuesta a derecho de petición elevado por Iván Cepeda al INPEC, fechada al 05 de agosto de 2011. En todo Antioquia hay 10 jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad, y el total de JEPMS en el país es de 109. Consultado En: [http://www.ramajudicial.gov.co/csj/downloads/UserFiles/File/ALTAS%20CORTES/CONSEJO%20SUPERIOR/UDAE/Juzgados%20del%20pais\\_municipio-2011-MARZO%202022.pdf](http://www.ramajudicial.gov.co/csj/downloads/UserFiles/File/ALTAS%20CORTES/CONSEJO%20SUPERIOR/UDAE/Juzgados%20del%20pais_municipio-2011-MARZO%202022.pdf) (última visita 25 de octubre de 2011).

Lo anterior nos remite inevitablemente al diagnóstico realizado por Foucault<sup>29</sup> sobre la cárcel, definiéndola como el lugar donde sutilmente –y a veces no tanto– se degrada a los prisioneros, tanto a nivel físico como psicológico, ese lugar que no se reduce a privar de la libertad a una persona, ese lugar que tiene por norma los excesos; al respecto acusa Foucault:

Se puede por lo tanto hablar de un exceso o de una serie de excesos del encarcelamiento en relación con la detención legal –de lo «carcelario» en relación a lo «judicial». Ahora bien, este exceso se advierte muy pronto, desde el nacimiento de la prisión. Se puede ver bien el signo de esta autonomía en las violencias «inútiles» de los guardianes o el despotismo de una administración que tiene los privilegios del lugar cerrado.

[...] El margen por el cual la prisión excede la detención está lleno de hecho por unas técnicas de tipo disciplinario. Y este suplemento disciplinario en relación con lo jurídico es, en suma, lo que se ha llamado lo “penitenciario”.<sup>30</sup>

Esto nos lleva a preguntas tan incómodas como insistentes: ¿es entonces improcedente hablar de cárceles donde se respete la dignidad de los detenidos?, ¿la cárcel se instituye realmente como una institución con mecanismos para degradar y anular a los sujetos?, ¿qué sentido tiene reproducir el discurso de los derechos fundamentales de los prisioneros si los del resto de la sociedad tampoco se garantizan, confirmándose la premisa que según Hulsman<sup>31</sup> rige las prisiones, esto es, que las condiciones dentro de ellas deben estar por debajo de las condiciones de los sectores marginales de la sociedad? Este escrito no es pues una manifestación de optimismo frente a las reformas que los jueces puedan ordenar al interior de las prisiones; es una manifestación más de denuncia y rechazo, no sólo del discurso falaz de las “cárceles humanas” y del derecho penal respetuoso de los individuos, sino también de sus contradicciones insalvables.

Advertido lo anterior, nos disponemos a analizar, a modo de ejemplo, cómo una disposición legal permite la vulneración injustificada de algunos derechos de los reclusos; se trata de la facultad discrecional de trasladados a cargo de la entidad administrativa INPEC, que, si bien en una primera mirada no constituye una situación de flagrante violación de los derechos de los internos, es inadmisible de acuerdo a la discursividad liberal, entre otras cosas, por no cumplir la reserva judicial que en un Estado de derecho se supone deben tener las decisiones sobre la ejecución de penas que suspenden el derecho a la libertad.

### **III. Alcances normativos del “traslado” y comparaciones con el proyecto de reforma a la Ley 65 de 1993<sup>32</sup>**

Las resoluciones que ordenan el traslado son actos administrativos que facultan a la administración penitenciaria para decidir sobre la posibilidad de que un preso sea

<sup>29</sup> Foucault, Michel. *Vigilar y Castigar. El nacimiento de la prisión*. Óp. cit. págs. 247-260.

<sup>30</sup> Ibídem. pág. 251

<sup>31</sup> Hulsman, Louk; De Celis, Bernat (1984). *Sistema penal y seguridad ciudadana. Hacia una alternativa*. Barcelona: Editorial Ariel S.A. págs. 49-51.

<sup>32</sup> Reiteramos que este proyecto de reforma al código penitenciario y carcelario que cursaba en el Congreso de la República fue retirado a finales del año pasado, pero se presentará al Congreso nuevamente durante la próxima legislatura.

reubicado en un patio diferente –por motivos de orden interno– o en otro centro carcelario. El INPEC, en uso de sus funciones (art. 16 de la ley 65 de 1993), tiene la facultad discrecional de trasladar a un preso cuando así lo considere, ajustándose a los límites establecidos por el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo, en lo que tiene que ver con el ejercicio de atribuciones discretionales.

Ahora bien, por razones de seguridad, los jueces de ejecución de penas también pueden ordenar o solicitar que se traslade a un preso, indicando el lugar de destino (art. 22 y 75 de la ley 65 de 1993). Incluso, su función consiste en verificar el estado del lugar donde lo manden y cuándo se ejecutará la pena (art. 51 de la ley 65 de 1993). Finalmente, los detenidos también pueden solicitar el traslado a la dirección penitenciaria, cuando así lo estimen conveniente (art. 74 de la ley 65 de 1993).

En cualquiera de los casos, lo cierto es que debe existir una debida motivación del traslado (art. 73 de la ley 65 de 1993), que además deberá adecuarse a las causales previstas para el mismo,<sup>33</sup> cuales son: a) por la salud del preso con orden del médico oficial; b) por falta de elementos para un tratamiento médico; c) por razones de orden interno; d) por buena conducta aprobada por el Consejo de Disciplina; e) por hacinamiento y f) cuando prevalezcan en otros centros carcelarios mayores condiciones de seguridad que justifiquen la medida. Existe además una causal excepcional que le permite al director del INPEC, con “suficiente justificación”, disponer del traslado de detenidos que representen un peligro evidente para la vida e integridad personal de algunos de sus compañeros o de algún funcionario del INPEC. También aparece la causal señalada en el artículo 106 de la ley 65 de 1993, prevista excepcionalmente cuando el detenido padece una enfermedad terminal, grave o contagiosa, o necesita una intervención quirúrgica, previo concepto del médico de planta. También en los casos de embarazo, si no se puede atender a la detenida en alguna prisión, el director del INPEC, previo concepto de las juntas de traslados y médica, puede ordenar el traslado, después de solicitar la suspensión de la pena o de la detención preventiva ante el juez.

Finalmente, en lo que tiene que ver con otras disposiciones relativas al traslado, es preciso mencionar, por lo menos, las siguientes: 1) El artículo 48 de la ley 65 de 1993 que establece que cuando se traslade a un preso, el guardián o miembro de la fuerza pública puede usar armas como medida de coerción; 2) El artículo 76 de la ley 65 de 1993 que señala que en el momento en que se traslade a un preso se le debe enviar con toda su documentación e historial carcelario; 3) El artículo 78 de la ley 65 de 1993, que crea la llamada junta asesora de traslados nacionales, reglamentada por el director del INPEC, y cuya función es aconsejar en temas de seguridad y otros de naturaleza sociojurídica, formulando recomendaciones a la administración carcelaria.

#### ■ La reforma a la Ley 65 de 1993 y los traslados

El proyecto de reforma penitenciaria y carcelaria a la ley 65 de 1993 contempla algunos elementos nuevos y modificaciones a la estructura de los traslados. Por ejemplo, en lo que tiene que ver con las causales de traslado de presos (art. 26 de la reforma) suprime dos de las que ya mencionamos arriba (“por razones de orden interno”<sup>34</sup> y “por falta de

<sup>33</sup> Artículo 75 de la Ley 65 de 1993.

<sup>34</sup> La supresión de la causal “por razones de orden interno”, causal bastante ambigua e indefinida, supone, en principio, eliminar la herramienta más flexible con la que contaba la dirección carcelaria a la hora de

elementos para un tratamiento médico”),<sup>35</sup> y la causal excepcional, que es cuando el preso representa un peligro para algunos compañeros o para un funcionario, se deja intacta. Por otro lado, frente a la causal de traslado por buen comportamiento, se adiciona un elemento novedoso y es que se debe tener en cuenta para concederla, la cercanía con sus hijos, padres, cónyuge o compañero(a) acreditado(a). Este último elemento limita aún más la posibilidad de traslado cuando se procura el beneficio de un preso, puesto que no contempla su “cercanía” con otro tipo de familiares y con amigos; tampoco contempla la “cercanía” con el (la) compañero(a) con quien no se pueda certificar el vínculo. Y, finalmente, desconoce otros factores de análisis en estos casos, como la “cercanía” con su abogado defensor o con el juzgado donde se lleve a cabo su proceso.

Esta reforma también agrega elementos que refuerzan la dimensión de doble castigo con la que se ha revestido el traslado en las cárceles. Las decisiones sobre el modo en que se efectúa la pena, tienen serias implicaciones en la vida de los detenidos, y por eso algunos presos miran con preocupación la forma como los trasladados interfieren de manera arbitraria e irrazonable en sus condiciones de detención. De ahí que los trasladados sean parte de una redefinición estratégica de la forma cómo se ejerce el poder en las cárceles, al punto que permiten imponer, meticulosamente, una serie de reglas internas que constituyen todo un poder normalizador en constante interacción con la creación de nuevas normas –aunque estas relaciones de poder aparecen mucho antes de que la norma trate de subordinar la realidad-. Por ejemplo, las faltas calificadas como graves<sup>36</sup> pueden

disponer del traslado de un preso y remitirlo a otra prisión, con una justificación que se tornaba amplísima y peligrosista.

<sup>35</sup> El artículo en comento quedaría así: “Artículo 75. Causales de Traslado. Son causales del traslado, además de las consagradas en el Código de Procedimiento Penal:

1. Cuando así lo requiera el estado de salud, debidamente comprobado por médico oficial.
2. Estímulo de buena conducta con la aprobación del Consejo de Disciplina.
3. Necesidad de descongestión del establecimiento.
4. Cuando sea necesario trasladar al interno a un centro de reclusión que ofrezca mayores condiciones de seguridad”.

<sup>36</sup> Artículo 121. Clasificación de Faltas. Las faltas se clasifican en leves y graves. (...)

Son faltas graves las siguientes:

1. Tenencia de objetos prohibidos como armas; posesión, consumo o comercialización de sustancias alucinógenas o que produzcan dependencia física o psíquica o de bebidas embriagantes.
2. La celebración de contratos de obra que deban ejecutarse dentro del centro de reclusión, sin autorización del Director.
3. Ejecución de trabajos clandestinos.
4. Dañar los alimentos destinados al consumo del establecimiento.
5. Negligencia habitual en el trabajo o en el estudio o en la enseñanza.
6. Conducta obscena.
7. Dañar o manchar las puertas, muros del establecimiento o pintar en ellas inscripciones o dibujos, no autorizados.
8. Romper los avisos o reglamentos fijados en cualquier sitio del establecimiento por orden de autoridad.
9. Apostar dinero en juegos de suerte o azar.
10. Abandonar durante la noche el lecho o puesto asignado.
11. Asumir actitud irrespetuosa en las funciones del culto.
12. Hurtar, ocultar o sustraer objetos de propiedad o de uso de la institución, de los internos o del personal de la misma.
13. Intentar, facilitar o consumar la fuga.
14. Protestas colectivas.
15. Comunicaciones o correspondencia clandestina con otros condenados o detenidos y con extraños.
16. Agredir, amenazar o asumir grave actitud irrespetuosa contra los funcionarios de la institución, funcionarios judiciales, administrativos, los visitantes y los compañeros.
17. Incitar a los compañeros para que cometan desórdenes u otras faltas graves o leves.

ser sancionadas con traslado permanente o temporal, dentro o en otra prisión (art. 87 del proyecto reforma). Esta norma que introduce en el marco de la legalidad la posibilidad de castigar con traslado las faltas disciplinarias, sólo torna aceptable una realidad en la que operan, desde hace mucho tiempo, dispositivos de control que tratan de disciplinar (en el sentido de controlar comportamientos) más que de resocializar. Es más, los excesos, como lo hemos destacado antes, son la regla en un espacio en el que se redefine constantemente la realidad y opera un discurso jurídico que ya no se corresponde con consignas reformadoras o rehabilitadoras, sino que se endurece y sólo se conforma con aislar y excluir de todo contacto social a aquellos que consideramos “enemigos públicos”. Al respecto cabe citar a Foucault:

[...] La crítica que ha solidado hacerse al sistema penitenciario, en la primera mitad del siglo XIX (la prisión no es lo suficientemente punitiva: los presos pasan menos hambre, menos frío, se hallan menos privados en resumen que muchos pobres o incluso obreros) indica un postulado que jamás se ha suprimido francamente: es justo que un condenado sufra físicamente más que los otros hombres.<sup>37</sup>

#### **IV. La legitimidad constitucional de los traslados**

La Corte Constitucional se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre la facultad discrecional del INPEC de ordenar el traslado de presos de un centro de reclusión a otro. Este pronunciamiento se ha dado en ejercicio de dos de sus funciones constitucionales contenidas en el artículo 241 de la Carta: en un primer lugar se ha pronunciado a partir de la demanda de inconstitucionalidad ciudadana en contra de varios artículos de la ley 65 de 1993 que consagran la posibilidad de ordenar traslados por parte de la dirección del INPEC; en un segundo lugar lo ha hecho en ejercicio de la función de revisión de las acciones de tutela de los derechos constitucionales presentadas por algunos ciudadanos. Sobre la constitucionalidad de las funciones atribuidas a la dirección del INPEC, orientadas a ordenar el traslado de personas condenadas o detenidas de forma preventiva, se pronunció la Corte en sentencia C-394 de 1995, en la cual se admitió su concordancia con la Constitución Nacional indicando que la facultad de trasladar a los presos resulta un ejercicio razonable de la misión administrativa del director de la entidad, toda vez que el INPEC debe garantizar la seguridad y el orden en los establecimientos, además de

18. Apagar el alumbrado del establecimiento o de las partes comunes durante la noche, sin el debido permiso.
19. Propiciar tumultos, motines, lanzar gritos sediciosos para incitar a los compañeros a la rebelión. Oponer resistencia para someterse a las sanciones impuestas.
20. Uso de dinero contra la prohibición establecida en el reglamento.
21. Entregar u ofrecer dinero para obtener provecho ilícito; organizar expendios clandestinos o prohibidos.
22. Hacer uso, dañar con dolo o disponer abusivamente de los bienes de la institución.
23. Falsificar documento público o privado, que pueda servir de prueba o consignar en él una falsedad.
24. Asumir conductas dirigidas a menoscabar la seguridad y tranquilidad del centro de reclusión.
25. Entrar, permanecer o circular en áreas de acceso prohibido, o no contar con la autorización para ello en lugares cuyo acceso esté restringido.
26. Hacer proselitismo político.
27. Lanzar consignas o lemas subversivos.
28. Incumplir las sanciones impuestas.
29. El incumplimiento grave al régimen interno y a las medidas de seguridad de los centros de reclusión.

<sup>37</sup> Foucault, Michel. *Vigilar y Castigar. El nacimiento de la prisión*. Óp. cit. Pág. 24

“prever con prudencia” que la presencia de cierta persona puede causar desorden o condiciones de inseguridad en un sitio determinado.<sup>38</sup>

Partiendo de la conformidad de esta función del Instituto Penitenciario y Carcelario con la Constitución, la Corte ha resuelto en sede de revisión las acciones de tutela presentadas en defensa de los derechos fundamentales de los presos orientadas a controvertir las decisiones del INPEC sobre la materia. Éstas, han sido presentadas atendiendo a dos situaciones distintas: (a) en un primer lugar se encuentran aquellas en las cuales una persona privada de su libertad es trasladada a otro establecimiento de reclusión por la dirección del INPEC sin su consentimiento y con ello se ocasiona una vulneración de derechos fundamentales propios o de sus familiares; (b) en un segundo lugar están aquellos casos de personas que consideran que la negativa de la dirección del INPEC a ordenar un traslado a un determinado lugar constituye una vulneración de derechos fundamentales del detenido o condenado y de sus familiares.

En ambos casos las pretensiones de la acción de tutela tienen un sustento similar y es el de proteger los derechos fundamentales de los presos o de sus familiares y parejas, que consideran se encuentran protegidos en mayor medida, ya sea en el anterior centro de reclusión en el caso de las personas trasladadas discrecionalmente por la dirección del INPEC sin su consentimiento, o un centro de reclusión distinto, en el caso de aquellas personas que solicitan su traslado.

La Corte Constitucional ha definido que los presos se encuentran frente al Estado en una situación de especial sujeción que tiene unas consecuencias jurídicas definidas y unas características propias, que deben ser tenidas en cuenta al momento de estudiar lo referente a los traslados:

Las relaciones de especial sujeción implican (i) la subordinación de una parte (el recluso), a la otra (el Estado); (ii) esta subordinación se concreta en el sometimiento del interno a un régimen jurídico especial (controles disciplinarios y administrativos especiales y posibilidad de limitar el ejercicio de derechos, incluso los fundamentales). (iii) Este régimen especial, en todo lo relacionado con el ejercicio de la potestad disciplinaria y la limitación de los derechos fundamentales debe estar autorizado por la Constitución y la ley. (iv) La finalidad del ejercicio de la potestad disciplinaria y de la limitación de los derechos fundamentales, es la de garantizar los medios para el ejercicio de los demás derechos de los internos (mediante medidas dirigidas a garantizar disciplina, seguridad y salubridad) y lograr el cometido principal de la pena (la resocialización). (v) Como consecuencia de la subordinación, surgen ciertos derechos especiales (relacionados con las condiciones materiales de existencia: alimentación, habitación, servicios públicos, salud) en cabeza de los reclusos,

---

<sup>38</sup> Ahora bien esta facultad no es exclusiva de la dirección del INPEC, toda vez que por disposición de los artículos 21, 22 y 29 del Estatuto Penitenciario y Carcelario, también recae en autoridades judiciales, esto ha sido reiterado por la Corte Constitucional en diversas ocasiones. “Así, la facultad de disponer del traslado de un interno a otro centro de reclusión, no es exclusiva de las autoridades penitenciarias en cabeza del director del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, sino que como ya se ha visto, también es del resorte de las autoridades judiciales, conforme a las exigencias del Código Penitenciario y Carcelario (Ley 65 de 1993), y como lo ha dicho la jurisprudencia de esta Corte, previa motivación basada en el principio de razonabilidad.” Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-698 de 2002. Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería.

los cuales deben ser especialmente garantizados por el Estado. (vi) Simultáneamente el Estado debe garantizar de manera especial el principio de eficacia de los derechos fundamentales de los reclusos (sobre todo con el desarrollo de conductas activas).<sup>39</sup>

Como se mencionó anteriormente, frente a la posibilidad de afectar derechos fundamentales, que se da en virtud del encarcelamiento de los presuntos inocentes o condenados, La Corte ha elaborado tres categorías: aquellos derechos que se suspenden como la libertad física y de locomoción; otros derechos que se ven apenas limitados como la intimidad personal y familiar, reunión, libre desarrollo de la personalidad y asociación; y otros derechos que permanecen incólumes en virtud de la privación de la condena o detención preventiva como son “la vida, la integridad personal, la salud, la dignidad, la igualdad, la libertad religiosa, el reconocimiento de la personalidad jurídica, el debido proceso y el derecho de petición.”<sup>40</sup>

Los derechos fundamentales invocados más frecuentemente como vulnerados en las acciones de tutela que pretenden obtener un traslado o revertirlo, son aquellos dirigidos a proteger el círculo íntimo de las personas privadas de su libertad personal, tales como los derechos fundamentales de los menores de edad, el derecho a la unidad familiar de los presos y de sus familiares, el derecho a la intimidad de los presos y sus parejas, el derecho a tener una familia, entre otros. Estos, pertenecen a aquella categoría de derechos que, de acuerdo a la jurisprudencia de La Corte, pueden ser limitados atendiendo a los principios de proporcionalidad y razonabilidad, por lo tanto no en todos los casos en los cuales se busca revertir un traslado o procurarlo, La Corte ha concedido estas pretensiones indicando que en la dirección del INPEC recae legítimamente la potestad de trasladar a las personas privadas de la libertad personal:

El traslado de centro penitenciario es potestativo de la entidad encargada de la custodia de los centros penitenciarios, es decir, el INPEC tiene la facultad de efectuar esos traslados para garantizar la seguridad y bienestar de los reclusos y de los centros carcelarios, en procura de una cumplida administración de los mismos y con fundamento en el ordenamiento jurídico que regula esta materia. Además, quien se encuentra sometido a detención en un centro carcelario, debe plegarse a las normas y condiciones que allí se imponen, puesto que en su particular condición de recluso, sus derechos se ven limitados en su ejercicio, por la misma necesidad que tiene el Estado de controlar y administrar las penitenciarias, buscando alternativas para su mejor funcionamiento.<sup>41</sup>

Por otra parte, la interpretación que ha realizado La Corte de aquellos derechos que pueden ser limitados en virtud de la detención o condena, no está dada atendiendo a criterios que procuren una igualdad en la solución de los casos.

<sup>39</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-1190 de 2003. Magistrado Ponente: Eduardo Montalegre Lynett.

<sup>40</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-705 de 2009. Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla.

<sup>41</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-129 de 1996. M. P.: Vladimiro Naranjo Mesa.

Por ejemplo, la Corte, en la sentencia T-705 de 2009<sup>42</sup> negó la tutela interpuesta por un ciudadano condenado por el delito de secuestro extorsivo y porte y fabricación de armas, que pretendía fuera devuelto a su anterior sitio de reclusión, ya que había sido alejado de su compañera y su hija menor de edad; en esta ocasión el tribunal constitucional resolvió indicando que la naturaleza del delito –asimilando esto como la gravedad del mismo– es un factor determinante en la facultad discrecional de trasladar a un preso, que recae en la dirección del INPEC:

Frente a lo anterior, recuerda la Sala que el INPEC es el instituto al que se le ha encomendado la administración carcelaria y que, en tal virtud, legalmente le corresponde escoger un establecimiento que ofrezca adecuadas medidas de seguridad, para proteger a los internos y a la sociedad, debiendo resolver las ubicaciones en prisiones acordes con la naturaleza del delito o delitos cometidos y la pena impuesta, sin que lo anterior se entienda como una “discrecionalidad radical, sino tan sólo de un margen razonable de acción, precisamente para que se cumplan la ley y la sentencia.

Frente a hechos y condenas similares, la Corte se pronunció en Sentencia T-435 de 2009<sup>43</sup> a partir de un caso de secuestro extorsivo, hurto agravado y calificado y porte ilegal de armas; la compañera del condenado presenta una acción de tutela ya que éste había sido trasladado de Antioquia a Santander, en perjuicio de los derechos de la hija menor y la unidad familiar. En esta ocasión la Corte protegió los derechos de la menor resaltando la necesidad que tienen los hijos menores de sus padres.

En este sentido, el juez constitucional también debe atender el interés superior de la menor, en relación con su derechos, como lo son el amor, la asistencia, cuidado y protección que demanda el desarrollo de su personalidad, en procura de alcanzar condiciones más favorables y dignas, los cuales han de ser garantizadas armónicamente tanto por la familia, como por la sociedad y el Estado. Así en este caso, no puede desconocerse que los problemas psicológicos de la niña se ven menguados si se posibilita un contacto permanente con su padre. Sin embargo, con el traslado de su progenitor a otro establecimiento carcelario, dicha posibilidad se ha visto necesariamente reducida.

La Corte Constitucional en algunos casos ha ordenado revertir u ordenar un traslado con miras a proteger el derecho a la educación,<sup>44</sup> el derecho a la salud, el derecho de protección especial a las minorías étnicas,<sup>45</sup> el derecho a la intimidad, el derecho a la unidad familiar y de los hijos menores de edad,<sup>46</sup> siempre atendiendo al tipo de delito cometido. Sin embargo, ha sido enfática en reconocer que el INPEC es el llamado a administrar los centros carcelarios y penitenciarios del país, teniendo la obligación de garantizar la seguridad de los imputados y detenidos; y bajo este criterio ha sido posible negar u ordenar las solicitudes de traslado o de reversión del mismo, que pretenden hacer

<sup>42</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-705 de 2009. M.P.: Nilson Pinilla Pinilla.

<sup>43</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-435 de 2009. M.P.: Jorge Ignacio Pretelt.

<sup>44</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-1322 de 2005. M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto.

<sup>45</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-214 de 1997. M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

<sup>46</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-566 de 2007. M.P.: Clara Inés Vargas Hernández.

que las condiciones de encierro de los presos sean menos gravosas para sus derechos y el de las personas pertenecientes a su círculo personal.

Por otra parte, resulta bastante reprochable que una de las formas a partir de la cual los presos logran que se revierta u ordene un traslado, sea la protección de los derechos fundamentales de los hijos menores de aquellas personas privadas de su libertad personal; esto denota que la prisión es un estado de no-derecho, un estado tolerado de circunstancias inconstitucionales<sup>47</sup> en la cual los derechos de los presos son de “tercera categoría”. Confirma lo anterior, aquellas afirmaciones esporádicas de la jurisprudencia constitucional en las cuales se permite entrever una concepción de que la calidad de preso, implica la obligación de soportar penas adicionales al encierro, con lo cual se desvirtúa el pretendido fin resocializador de la pena y por el contrario se busca que el preso retribuya el “mal” causado a la sociedad con la transgresión del orden establecido:

[E]sta Sala precisa que el interno se encuentra privado de la libertad, debido a que los funcionarios competentes de la Rama Jurisdiccional lo investigaron, procesaron y condenaron, según preceptos legales; por tanto, si alguien es responsable de verse apartado de su lugar de origen o residencia y del núcleo de parientes cercanos, es justamente el mismo interno quien es el trasgresor de la ley y del orden social.<sup>48</sup>

Ahora bien, respecto a aquellos derechos que, según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, permanecen intactos con la privación de la libertad personal, como la salud, el debido proceso, el derecho de petición, la dignidad, entre otros, debemos mencionar que las condiciones al interior de las prisiones colombianas son institucionalmente contrarias al ordenamiento jurídico existente y por lo tanto, la vigencia de estos derechos en cada uno de los casos de personas detenidas de forma preventiva o condenadas, es ilusoria. Las afirmaciones de la Corte Constitucional en la sentencia T-153 de 1998 continúan hoy vigentes:

Las condiciones de vida en los penales colombianos vulneran evidentemente la dignidad de los penados y amenazan otros de sus derechos, tales como la vida y la integridad personal, su derecho a la familia, etc. Nadie se atrevería a decir que los establecimientos de reclusión cumplen con la labor de resocialización que se les ha encomendado. Por lo contrario, la situación descrita anteriormente tiende más bien a confirmar el lugar común acerca de que las cárceles son escuelas del crimen, generadoras de ocio, violencia y corrupción.

La Corte ha sido protectora de este denominado “estado de cosas inconstitucional” al no ordenar medidas que permitan la vigencia de los derechos de los presos; al respecto resulta llamativa la decisión tomada por la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos en el caso Brown vs Plata (2011)<sup>49</sup> en la cual se confirmó la orden de un tribunal

<sup>47</sup> “En estas circunstancias, no puede la Corte menos que señalar que la violación de los derechos de los actores no se produjo por una decisión aislada de las autoridades demandadas, sino, a consecuencia de un estado de cosas que amenaza permanentemente los derechos de los reclusos que han sido trasladados a este establecimiento de reclusión.” Vid. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-966 de 2000. M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

<sup>48</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-1096 de 2005. Magistrado Ponente: Clara Inés Vargas Hernández.

<sup>49</sup> Consultado el 7 de noviembre de 2011 en: <http://www.supremecourt.gov/opinions/10pdf/09-1233.pdf>

californiano de excarcelar alrededor de 40.000 presos en un plazo de dos años, entiendo que el estado de las prisiones era una violación de la octava enmienda, que contiene una prohibición para los Estados pertenecientes a la Unión, de imponer castigos inusuales y crueles.<sup>50</sup>

Encontramos pues que los trasladados son una forma de castigo que permite exceder aquello que normativamente se permite un Estado social de derecho. Y es que resulta inevitable que en un régimen disciplinario estricto, los trasladados operen como una forma de controlar los comportamientos de los presos, repartiendo premios y correctivos, que al fin y al cabo redundan en una vida más dramática para los detenidos; la prisión (y en particular el traslado) es precisamente la dosificación del castigo mismo, que actualmente está en cabeza de una autoridad administrativa.<sup>51</sup>

En estos casos en los cuales los presos interponen una acción de tutela con el fin de procurar su traslado o de revertir el ordenado por la dirección del INPEC, ésta opera como mecanismo protector de derechos fundamentales; sin embargo, también es usada como medio de protección de aquello que las personas detenidas consideran como algo valioso dentro de su situación de detención y que no necesariamente está abarcado o asimilado como un derecho fundamental. La necesidad de permanecer cerca de sus amigos de barrio, de sus amigos y compañeros de patio, de proteger los bienes adquiridos a través de los años y que el Estado se ha negado a suministrar teniendo la obligación, son un motivo suficiente y razonable para que las personas que se encuentran en una situación de encierro busquen permanecer o ser trasladadas de un centro de reclusión. A continuación nos detendremos brevemente en ello.

## V. Territorialidad<sup>52</sup>

Pese a que La Corte Constitucional ha especificado una gama de derechos para las personas detenidas y ha dimensionado su alcance, creemos que en la cotidianidad de las prisiones se despliegan una serie de situaciones que sin constituirse directamente como derechos abarcan condiciones “deseables” para los presos.

Lo que llamaremos reivindicación de la territorialidad parte de reconocer la relación entre cultura, identidad y territorio. Gerardo Ardila<sup>53</sup> señala cómo se teje la relación entre cultura y territorio cuando se asume este como una categoría que abarca un nivel material

<sup>50</sup> Consultado el 7 de noviembre de 2011 en:

<http://www.nytimes.com/2011/05/24/us/24scotus.html?pagewanted=all>

<sup>51</sup> “Toda esta “arbitrariedad” que, en el antiguo régimen penal, permitía a los jueces modular la pena y a los principes ponerle fin eventualmente; toda esta arbitrariedad que los códigos modernos le han retirado al poder judicial, la vemos reconstituirse, progresivamente, del lado del poder que administra y controla el castigo. Soberanía docta del guardián: «Verdadero magistrado llamado a reinar soberanamente en la casa [...] y que debe, para no hallarse por bajo de su misión, unir a la virtud más eminente una ciencia profunda de los hombres». Y se llega, formulado en claro por Charles Lucas, a un principio que muy pocos juristas se atreverían hoy a admitir sin reticencia, aunque marca la línea de pendiente esencial del funcionamiento penal moderno; llamémoslo la Declaración de independencia carcelaria: reivindicase en ella el derecho de ser un poder que tiene no sólo su autonomía administrativa, sino como una parte de la soberanía punitiva.” En: Foucault, Michel. *Vigilar y Castigar. El nacimiento de la prisión*. Óp. cit. pág. 228

<sup>52</sup> La construcción de este referente de análisis no habría podido ser escrita sin la participación y los valiosos aportes de nuestra amiga Erika Andrea Ramírez, a quien le expresamos nuestra gratitud y reconocimiento.

<sup>53</sup> Ardila, Gerardo. *Cultura y desarrollo territorial*. Instituto Distrital de Cultura y Turismo: Sistema Distrital de Cultura. Diplomado *gestión de procesos culturales y construcción de lo público*. Julio 29 de 2006.

-es decir, territorio como el espacio físico que se habita o se niega-, y uno simbólico -lo que se re-crea a partir de las relaciones y representaciones simbólicas de la comunidad-; si los sujetos somos seres simbólicos atravesados por representaciones, es a partir de las relaciones con los espacios y los sujetos donde se crea, transforma o refuerza nuestra identidad: la certeza de qué somos, de que pertenecemos a determinada comunidad.

Puntualmente en el ámbito carcelario, y específicamente respecto a los traslados, creemos que con ellos se vulneran una serie de condiciones que de alguna manera son valoradas por los presos, que estando lejos de ser condiciones ideales de existencia son valiosas porque los sujetos que las experimentan han construido relaciones de cercanía, hábitos, apropiación de ellas. El cuerpo, la familia y la comunidad son tres esferas de la territorialidad, de las cuales deseamos evidenciar su vulneración a partir del traslado de un preso de un centro de reclusión a otro cuando esta decisión no cuenta con el beneplácito del afectado.

La comunidad como la esfera más amplia que abarca la definición simbólica de territorio se afecta con los traslados pues las personas detenidas construyen relaciones entre sí, con otros detenidos del mismo patio, con sus compañeros de celda, de piso; y si ellas se rompen por el distanciamiento que, a veces arbitrariamente, ordena una autoridad administrativa o judicial, no sólo se le recuerda al preso su incapacidad de autodeterminarse, sino que se le desarraiga de esa nueva comunidad a la que intenta habituarse, creando individuos *sin rostro*, como Emanuel Levinas llamó a aquellos sujetos “pusilánimes y vulnerables, y sobre todo sin valores pues todo en [ellos] es ajeno a su voluntad y se ha[n] convertido en carne infrahumana de depósito.”<sup>54</sup>

En segundo lugar, la esfera familiar se cercena cuando el traslado implica la imposibilidad de que los familiares o amigos puedan visitar al detenido; la sombra del arraigo se difumina así al distanciar a los sujetos de una de las relaciones más íntimas que se tejen: la sencillez aparente de poder escuchar un relato que no tenga que ver con la prisión, las ocurrencias de los niños, las tristezas de los adultos, los proyectos, las novedades, las transformaciones del mundo exterior que se pueden entrever gracias a las palabras de un *otro externo*, son negadas nuevamente; se sustraen pese a que con la condena o con la imposición de medida de aseguramiento de detención preventiva ya se habían negado una vez. Así, el negar la posibilidad de cercanía con la familia, o con los amigos -esa familia escogida- implica suspender la identidad que los sujetos construyeron gracias a esas relaciones, las respuestas relationales a los encuentros con los allegados, que permitieron construir subjetividad, se aplacan evitando el encuentro mismo, desarraigando.

Finalmente, la esfera territorial del cuerpo se afecta con el traslado de múltiples formas; quizá la más evidente se manifiesta cuando este implica alejarse del compañero o cónyuge, toda vez que el erotismo de los detenidos -su amor, su sexualidad, sus afinidades- se limita; lo mismo ocurre con la posibilidad de cuidarse a sí mismo gracias a los implementos de aseo, vestuario y otros objetos que los visitantes le pueden llevar; pero sobre todo lo que globalmente se vulnera en el ámbito más cercano del territorio, el cuerpo, es la identidad que es, retomando a Alejandro Castillejo Cuellar una forma de

---

<sup>54</sup> Castillejo Cuellar, Alejandro (2000). *Poética de lo otro: para una antropología de la guerra, la soledad y el exilio interno en Colombia*. Bogotá: Instituto Colombiano de Antropología e Historia, pág. 199

*estar en el mundo;*<sup>55</sup> los modos que cada persona adopta para habitar y habituarse a un espacio (la celda, el patio), para relacionarse con los demás (los compañeros de reclusión, los familiares, los amigos), para crear espacios de comunicación, cercanía y sobretodo: certezas.

Reconocer esa necesidad de certeza, de estabilidad, hace posible prever, imaginar un futuro que si bien en las prisiones no es agradable, se haría menos sorpresivo si las facultades de traslado no fueran tan laxas y etéreas como lo son hoy; pues estos dispositivos carcelarios lo que reiteran es que la cárcel como institución, entre muchas otras perversas características, es un lugar donde se destruyen subjetividades, donde se niega a los individuos, donde se les trata incluso abiertamente como enemigos públicos, como lo dijera La Corte Constitucional en sentencia T-016 de 1995.<sup>56</sup>

## Conclusiones

1. Quien pretenda cuestionar el estado actual de las prisiones se encuentra en la disyuntiva o de asimilar que la institución cárcel se compone de los excesos y violencias que se quieren denunciar, y aceptar de este modo que las condiciones de las prisiones son inmejorables; o de insistir en la exigencia de coherencia al discurso estatal, para que este se haga responsable de las obligaciones que constitucionalmente ha asumido, para el caso que nos ocupa, respetar y garantizar la dignidad humana, o aquellas condiciones mínimas para que una persona pueda vivir libre de torturas, tratos crueles o degradantes.
2. La declaración de un estado de cosas inconstitucional en las cárceles colombianas, al no estar respaldada por acciones de seguimiento y control a los mandatos que ordenó la Corte Constitucional, se constituye en un mecanismo de normalización de la excepción en el ordenamiento jurídico: una situación de flagrante violación a derechos fundamentales, conocida por el órgano encargado de salvaguardar la vigencia de la constitución de 1991, que no impide que jueces y magistrados a través de sus decisiones sigan enviando ciudadanos a la cárcel, a ese lugar donde no rige el Estado social y democrático de derecho del que se ufana.
3. El test de proporcionalidad utilizado por La Corte Constitucional para resolver tutelas sobre traslados carcelarios evidencia que, mayoritariamente, categorías difusas como “orden interno” y “seguridad” prevalecen sobre derechos como la educación, el trabajo, la salud, la unidad familiar, la intimidad, entre otros. Esto hace que nos preguntemos si la cárcel, pese a ser una institución jurídica, no es realmente un lugar de no derechos.

---

<sup>55</sup> Ibídem.

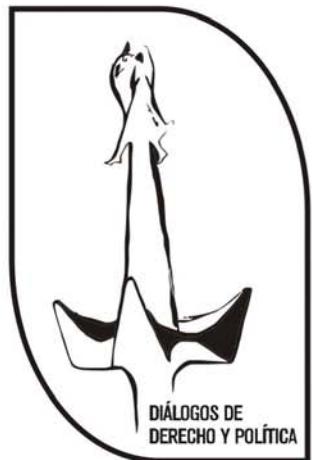
<sup>56</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-016 de 1995 M.P.: José Gregorio Hernández Galindo: “Las cárceles no constituyen únicamente lugares de castigo o de expiación de los delitos, sino que, desde el punto de vista del interés social, cumplen la función de rehabilitar y readaptar al delincuente, constituyéndose a la vez en factores esenciales de la seguridad y la paz colectivas, pues la reclusión de enemigos públicos, aunque no implique la eliminación total ni definitiva de los riesgos que afronta el conglomerado social -siempre asediado por la delincuencia-, contribuye significativamente a su disminución.” Sobre lo mismo, pero con una posición política contraria, En este mismo sentido, Loïc Wacquant advierte que: “el advenimiento del Estado penal no es una fatalidad. Existen caminos posibles para escapar del delirio maxi encarcelador que cree que todos los males de la sociedad se pueden contener en la prisión”.

4. Mientras la facultad de traslado dependa de categorías difusas como “orden”, “prevención” y demás retórica securitaria, no será posible afirmar que esta situación está cobijada bajo el principio de legalidad. Así mismo, mientras estén a cargo de una entidad administrativa como el INPEC, los trasladados violentan el principio de reserva judicial del castigo.
5. Sólo con la autorización voluntaria e informada del detenido es posible afirmar que un traslado carcelario no violenta derechos; y que por ello, desde el discurso liberal, es legítimo.

## Referencias Bibliográficas

- Ardila, Gerardo. *Cultura y desarrollo territorial*. Instituto Distrital de Cultura y Turismo: Sistema Distrital de Cultura. Diplomado *gestión de procesos culturales y construcción de lo público*. Julio 29 de 2006.
- Castaño Valencia, Oscar (2005). *Cementerio de Libertades*. Medellín: Prográficas y Cía. Ltda.
- Castillejo Cuellar, Alejandro (2000). *Poética de lo otro: para una antropología de la guerra, la soledad y el exilio interno en Colombia*. Bogotá: Instituto Colombiano de Antropología e Historia.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-016 de 1995. M.P.: José Gregorio Hernández Galindo.
- \_\_\_\_\_. Sentencia. T-214 de 1997. M.P.: Alejandro Martínez Caballero.
- \_\_\_\_\_. Sentencia. T-153 de 1998. M.P.: José Gregorio Hernández Galindo.
- \_\_\_\_\_. Sentencia. C-404 de 1999. M.P.: Alejandro Martínez Caballero.
- \_\_\_\_\_. Sentencia T-698 de 2002. M.P.: Jaime Araujo Rentería.
- \_\_\_\_\_. Sentencia T-1190 de 2003. M.P.: Eduardo Montealegre Lynett.
- \_\_\_\_\_. Sentencia T-1096 de 2005. M.P.: Clara Inés Vargas Hernández.
- \_\_\_\_\_. Sentencia T-1322 de 2005. M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.
- \_\_\_\_\_. Sentencia T-566 de 2007. M.P.: Clara Inés Vargas Hernández.
- \_\_\_\_\_. Sentencia T-435 de 2009. M.P.: Jorge Ignacio Pretelt.
- \_\_\_\_\_. Sentencia T-705 de 2009. M.P.: Nilson Pinilla Pinilla.

- Foucault, Michel (2005). *Vigilar y Castigar. El nacimiento de la prisión*, trad. Aurelio Garzón del Camino México: Siglo XXI Editores.
- \_\_\_\_\_ (1991). *De los suplicios a las celdas*. En: *Saber y verdad*. Madrid: Ediciones La Piqueta.
- \_\_\_\_\_ (1991). *La angustia de juzgar. Debate sobre la pena de muerte*. En: *Saber y verdad*. Madrid: Ediciones La Piqueta.
- Garland, David (2006). *Castigo y sociedad moderna. Un estudio de teoría social*, trad. Berta Ruiz de la Concha. México: Siglo XXI.
- González Zapata, Julio. *Cárcel y control social*. En: Berbiquí. Revista del Colegio de Jueces y Fiscales de Antioquia. N° 2 (Marzo de 1995).
- \_\_\_\_\_. *La abolición de la cárcel*. En: Revista de Estudios Políticos. Medellín. Número 11 (Julio - Diciembre de 1997).
- Hulsman, Louk; De Celis, Bernat (1984). *Sistema penal y seguridad ciudadana. Hacia una alternativa*. Barcelona: Editorial Ariel S.A.
- Naranjo Serna, Sebastián (2010). *El Derecho Penitenciario: ¿La nueva cara del castigo?*, Tesis (Maestría en Derecho). Universidad de Antioquia. Medellín.
- Nietzsche, F. *Genealogía de la moral*. Trad. Sánchez Pascual. España: Alianza Editorial.
- Rivera Beiras, Iñaki y Amaral Machado, Bruno (Coord.) (2004). *Mitologías y discursos sobre el castigo. Historia del presente y posibles escenarios*. Barcelona: Anthropos.
- Santoro, Emilio (2008). *Cárcel y sociedad liberal*. Bogotá: Ed. Temis.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl (2005). *En torno a la cuestión penal*. Montevideo: Editorial B de F Ltda.



---

## Aproximaciones a la intervención psicosocial con detenidos políticos

---

**Vanessa Marín Caro  
Mauricio Arango Tobón**

Egresados Psicología, Facultad de Ciencias Sociales y Humanas  
Universidad de Antioquia. Correo electrónico:  
coordinacioncspantioquia@gmail.com

## Resumen

El presente escrito pretende indagar cuáles son los efectos psicosociales del tratamiento jurídico-penitenciario dado al detenido político en el Valle de Aburrá. Sin embargo, por el estado de la investigación de la cual se deriva, no se presentarán comentarios sobre los resultados sino sobre las maneras más pertinentes de acercarse a este fenómeno. Tal cuestión adquiere relevancia para el ámbito de la Psicología, toda vez que además de introducir el diálogo con lo jurídico, permite que la Psicología salga de su aislamiento como disciplina y aborde fenómenos que le conciernen desde una perspectiva social y no puramente individual.

**Palabras clave:** intervención psicosocial; tratamiento jurídico-penitenciario; detenidos políticos; Psicología.

## Aproximaciones sobre la intervención psicosocial con detenidos políticos

### Introducción

Para considerar el delito político en Colombia es necesario reconocer que se vive desde hace más de medio siglo un conflicto social, político y armado. Este conflicto ha llevado a que los colombianos asuman diferentes posturas o roles, dentro de los cuales se encuentra la figura del disidente, armado o no, que hace oposición al Estado y se manifiesta contra el orden social que considera injusto, y cuya posición puede conducir al estatus de preso político; ya en esta situación debe afrontar condiciones y prácticas a las que es sometido, y las cuales generan en éste efectos psicológicos y a nivel social.

Por el ordenamiento jurídico colombiano, se han establecido unas medidas específicas para el caso de las personas detenidas y juzgadas por su accionar en oposición al Estado, las cuales han conllevado una degradación del estatus preferencial del preso político a una condición equiparable a la del preso común en cuanto al juzgamiento de sus delitos; e incluso un mayor empobrecimiento de su condición a través del poder que el Estado puede ejercer en el ámbito moral o de aniquilamiento social e ideológico, propósito en el que lo psicológico juega un papel fundamental y que se expresa en el tratamiento al que son sometidos en su reclusión.

Por lo anterior, se pueden pensar las repercusiones individuales que prácticas como la invisibilización, estigmatización, criminalización y demás técnicas específicas del tratamiento carcelario ejercen sobre el preso político, es decir, los efectos psicosociales del tratamiento al cual es sometido. Además, bajo esta condición, el preso político no sólo ve afectada su individualidad sino también su entorno social y familiar, el cual se ve alterado por situaciones como la lejanía, el miedo y el rechazo que genera esta condición.

A partir de las consideraciones anteriores, la investigación en curso ha pretendido indagar cuáles son los efectos psicosociales del tratamiento jurídico-penitenciario dado al preso político en el Valle de Aburrá. Sin embargo, por el estado en que ésta se encuentra en el momento de redacción del presente artículo, no se presentarán aun comentarios sobre los resultados sino sobre las maneras más pertinentes de acercarse a este fenómeno.

Tal cuestión adquiere relevancia para el ámbito de la psicología porque introduce el diálogo con otro campo de conocimiento, como el derecho, lo cual permite un análisis diferente y más enriquecedor de la problemática, permitiendo que la psicología salga de su aislamiento como disciplina, y pueda pensarse también fenómenos que le conciernen a ella desde una perspectiva social y no puramente individual. De igual manera es importante la posibilidad de estudiar este tipo de situaciones de carácter actual y que tienen gran relevancia en el contexto específico colombiano. Finalmente, si bien la psicología cuenta con la psicología penitenciaria para abordar este campo, no cuenta dentro de ella con planteamientos para lo concerniente a los presos políticos, cuestión que la psicología colombiana debería desarrollar al ser un fenómeno patente en esta sociedad.

## 1. El tratamiento al delito político en Colombia

Debe considerarse que así como al interior del país se han desarrollado numerosos conflictos, la figura del disidente político también ha tenido un desarrollo propio, en cuanto a tratamiento y conceptualización.

Hablar de la variación en el tratamiento dado al preso político, implica hablar de la involución que en materia jurídica, política y social ha tenido esta cuestión desde finales de la década del cuarenta, hasta llegar al estado actual en el que prácticamente la categoría de los delitos políticos queda reducida a un asunto únicamente de denominación, carente de sentido y reconocimiento político para efectos de juzgamiento e imposición de penas.

Para evidenciar esto, el Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo (2001) hace un recorrido histórico de cuál ha sido el tratamiento dado a la rebelión en Colombia, el delito político por excelencia, evidenciando la desfiguración tanto de la definición de delito político como del trato benévolos que a los “delincuentes políticos” se ha dispensado. Este recorrido, se realiza a partir del análisis y comparación entre los diferentes códigos penales, leyes, decretos y determinaciones que en materia legislativa se han expedido al respecto en el país, teniendo en cuenta que:

La legislación colombiana es la representación del acontecer histórico del país; la producción jurídica está directamente relacionada con la presión que puede ejercer la opinión pública frente a un determinado fenómeno de violencia o aparición de nuevos sujetos activos de violencia, lo que implica una reacción del estado en materia legislativa.<sup>1</sup>

De esta manera, tomando como referencia el código penal de 1837, el primero expedido en el territorio nacional, se enuncian los castigos a los que se hacía merecedor el opositor político, entre los que se contaban la pena de muerte, los trabajos forzados, la vergüenza pública y la expulsión del territorio. La pena de muerte era exclusiva para el opositor armado. Desde 1837 hasta 1948, se puede hablar de un tratamiento en cierta medida benigno; aunque variaron en algunos períodos los tiempos de las penas, se da un reconocimiento al delito político como delito complejo, es decir, en el que se subsumen otros delitos comunes cometidos en ejercicio de éste y en los que el rebelde incurre para conseguir su fin último, lo que implica que se exonera a los rebeldes, entre otras, de las muertes causadas en combate.

Sin embargo, también se pueden ubicar en este periodo algunos antecedentes de lo que se empezaría a considerar como “terrorismo”, tipo penal que tendrá una influencia directa en el tratamiento al opositor político, que en lo fundamental desconoce el trasfondo del actuar del delincuente político, es decir, el elemento subjetivo de los hechos (la ideología), el fin con el que se actúa.

Esta situación favorable para el disidente, tiene un cambio en la medida que las condiciones del país también cambian, es decir, hay un giro en el sentido de las confrontaciones, pues a partir de 1948, con el Bogotazo como hito, no se habla solo de un inconformismo con las formas de gobierno sino que se inicia un periodo de luchas y levantamientos populares que llevan consigo una intención de cambio radical de sistema

---

<sup>1</sup> Sandoval, A. y Suelt, V. (1999). *Del delincuente político al terrorista*. Tesis no publicada. Facultad de ciencias jurídicas. Pontificia Universidad Javeriana.

político, y una lucha contra la oligarquía y clases dominantes en el país. Así pues el opositor adquiere un carácter más amenazante para el Estado y se toman medidas para contrarrestarlo. Es en este periodo, a partir de 1948, que al rebelde se le juzga también por delitos conexos como asociación para delinquir, y que, bajo las declaratorias de Estado de Sitio que se emite desde esta fecha, se entrega su juzgamiento a la Justicia Penal Militar.

Esta transición, totalmente arbitraria, supone entonces que el opositor político sea juzgado por alguien que no es ni puede ser imparcial en tanto la Justicia Penal Militar hace parte directamente del poder ejecutivo y no del poder judicial, en ella no intervienen órganos de investigación judicial o criminal, de manera que el rebelde es perseguido y juzgado por los mismos a quienes confronta en el combate armado; Tal forma de juzgamiento se mantiene hasta 1987, cuando la Corte Suprema se manifiesta negativamente al respecto y, finalmente, en 1991 la nueva Constitución Política lo prohíbe.

Otro episodio significativo en el tratamiento al delito político en Colombia, se inscribe con la promulgación del Estatuto de Seguridad en 1978, también bajo Estado de Sitio, durante la presidencia de Julio César Turbay. Aquí ya es evidente el endurecimiento del tratamiento del delito político y la expansión de mecanismos de represión social, no sólo a las manifestaciones armadas sino al conjunto de manifestaciones populares y sociales de inconformismo con el régimen y sus políticas; se aumentan las penas para el delito de rebelión y a éstas se les suman las de los delitos conexos; y se le atribuye el delito de terrorismo aún a las manifestaciones de lucha social, creándose la tipificación de un nuevo delito: perturbación del orden público, que conlleva a la criminalización de la oposición legal, que para manifestarse se vale de huelgas, marchas o manifestaciones pacíficas que son tomadas como alteraciones del orden y abren la puerta para la judicialización no sólo del rebelde armado sino también del sindicalista, el campesino, el estudiante y cualquier persona que, como ciudadano o a través de su organización social, se manifieste contra el *statu quo*.

Dos años más tarde, en 1980, con la expedición de un nuevo código penal, se cambia la estructura que hasta el momento había tenido el delito político. Se incrementan nuevamente las penas, se formaliza el terrorismo como delito común<sup>2</sup> y, a partir de allí, al rebelde se le juzga por incurrir en éste, de manera que, además de despolitizar el carácter del delito político, se viola el principio de subsunción que a este le corresponde. Dice Iván Orozco Abad que:

La entronización prematura del tipo penal del terrorismo –en cuanto importado de la actual legislación europea– como figura dominante y como virtual sustituto del delito de rebelión, y su aplicación ampliada a la represión de la protesta social y política no armadas, constituyen, en tal sentido, un grave error de apreciación histórica, con nefastas consecuencias en el ámbito político-criminal y jurídico-penal.<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> Se establece que incurre en el delito de terrorismo: “El que provoque o mantenga en estado de zozobra o terror a la población o a un sector de ella, mediante actos que pongan en peligro la vida, la integridad física o la libertad de las personas o las edificaciones, o medios de comunicación, transporte o procesamiento o conducción de fluidos o fuerzas motrices valiéndose de medios capaces de causar estragos”. (Código penal de 1980 citado por Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo, 2001, pág. 124)

<sup>3</sup> Orozco, I. (1992). *Combatientes, rebeldes y terroristas*. Bogotá: Temis, pág. 182.

Así pues, la estipulación del delito de terrorismo tuvo inmediatamente voces y conceptos de rechazo, además de pronunciamientos que evidenciaban la poca claridad del tipo penal y el mal uso que de éste podría hacerse, sobre todo en relación con quienes hicieran uso de su derecho a la protesta, puesto que no es claramente definido cuáles son las conductas específicas que ampara este delito. También plantea el colectivo de abogados citado que:

[...]. En igual sentido podríamos afirmar que las distintas actividades realizadas por agentes estatales con o sin la ayuda de los denominados grupos paramilitares, pueden y son actos típicamente terroristas, actos como las masacres o los bombardeos indiscriminados contra poblaciones inermes, que lo único que pretenden es causar terror en la población.<sup>4</sup>

Posteriormente, se crea la Justicia sin Rostro ante las disposiciones de Estados Unidos para varios países suramericanos de crear tribunales especiales contra el narcotráfico y el terrorismo, en el marco de la doctrina de Seguridad Nacional.

Los delitos que antes se juzgaban por la Justicia Penal Militar ahora eran potestad de aquella, en la que no se conocía la identidad de jueces, fiscales e incluso testigos, permitiendo así la comisión de un sinnúmero de arbitrariedades, e imponiendo mayor rigor sobre el opositor político, puesto que “la justicia sin rostro fue curiosamente benévolas con los grandes capos y delincuentes de cuello blanco, mientras que fue bastante rigurosa y arbitraria si se trataba de investigar y juzgar a presuntos o reales presos políticos.”<sup>5</sup>

La estocada final, para la desnaturalización del delito político, se da con la declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 127 del código penal en el cual se planteaba la exoneración de penas por los delitos cometidos en combate, cuestión que se niega en tanto se considera que esto tendría el carácter de una amnistía y que solo el Congreso tiene la potestad para hacerlo, situación que además podría convertirse en causal de impunidad.

Esto implica entonces, a nivel jurídico, que el delito político prácticamente deja de existir, pues se niega con ello que el rebelde, para el logro de sus propósitos, se alce en armas y que necesariamente en la existencia de un combate con las fuerzas armadas del Estado haya muertos de parte y parte, entre otras actuaciones consideradas como delictivas. Sobre esto:

Se puede decir, parafraseando al profesor Iván Orozco Abad, que el delito político ha quedado reducido a “letra muerta”. Con el fallo de la Corte, un rebelde ya no estará de 5 a 9 años en la cárcel sino de 25 a 40 como mínimo. Como quien dice, el delito político consiste en el mero porte de las armas para amenazar la estabilidad del Estado que se combate, pero si se usan en combate, el delincuente político pasa a ser un vulgar delincuente común.<sup>6</sup>

---

<sup>4</sup> Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo. (2001). *¿Terrorismo o rebelión? Propuestas de regulación al conflicto armado*. Bogotá, pág. 127

<sup>5</sup> Ibid, pág. 131

<sup>6</sup> Ibid, pág. 134

Tras esto, el juzgamiento de los delitos comunes endilgados al delincuente político como los son entonces el homicidio y el terrorismo, se le confiere a la justicia especializada creada en 1999.

Por lo expuesto anteriormente, se puede evidenciar cómo el derecho penal no ha sido únicamente un instrumento para garantizar el cumplimiento o la no violación de los derechos del ciudadano, sino que se ha instrumentalizado, por parte de quienes detentan el poder, para sofocar las manifestaciones de inconformidad, bien sean estas armadas o no, legales o no. Por eso, la Constitución de 1991, que se consideró como un gran paso hacia la paz, no fue más que un pretexto para introducir cambios principalmente en el modelo económico (fue la apertura hacia el neoliberalismo y la globalización) y no para producir cambios estructurales en la sociedad colombiana.<sup>7</sup>

Tanto así, que se excluyó de la posibilidad de participar en las decisiones políticas que se tomaban, a sectores de oposición que desde la legalidad pretendían tener alguna injerencia, como en el caso de la UP, un partido político exterminado físicamente<sup>8</sup>. Y aun cuando expresiones que estuvieron en oposición y depusieron las armas, como el caso del M-19, participaron de este proceso constituyente, la correlación de fuerzas entre los que ostentaban una posición alternativa y los mantenedores del orden, no generó ningún cambio sustancial en la condición nacional. Válido es entonces el planteamiento de Iván Orozco Abad al decir que:

(...) en el seno de la nueva democracia participativa y de cara a la crisis de ajuste derivada de la liberalización y de la apertura económicas, urge diseñar un estatuto para la protección de la desobediencia civil, que desarrolle La Constitución en lo que atañe a las libertades de opinión y de expresión.<sup>9</sup>

Así como el tratamiento jurídico expuesto hasta ahora, las condiciones intracarcelarias también les son desfavorables a los opositores del régimen ya que:

“El sistema carcelario colombiano es antro de vicios, corrupción, inmoralidad y miseria; que busca aislar físicamente y aniquilar anímicamente al rebelde, con el propósito de que se olvide de sus ideales nobles y altruistas por los cuales luchó y fue encarcelado y se contagie con los vicios allí reinantes.”<sup>10</sup>

Entendiendo el conflicto colombiano, las diferentes esferas en que se desenvuelve y las diversas áreas que afecta, es necesaria una visión multidisciplinaria que permita aprehender las diferentes consecuencias que esto tiene sobre la sociedad. En este caso específicamente el papel de la psicología ha sido limitado, sin embargo, ha hecho algunos aportes tanto a nivel teórico como práctico sobre este tipo de fenómenos.

---

<sup>7</sup> Al respecto ver Orozco, I. (1992). Combatientes, rebeldes y terroristas. Temis, Bogotá, pág. 301

<sup>8</sup> Aún cuando antes de realizarse la Asamblea Nacional Constituyente habían sido ya reducidos como expresión política, participaron allí pero sin una posibilidad real de decidir sobre el proceso.

<sup>9</sup> Orozco, I. *op.cit.* pág. 151.

<sup>10</sup> Colectivo de abogados José Alvear Restrepo. Op. Cit. pág. 32.

## 2. La psicología en relación con el delito político

### 2.1. El ámbito de la psicología

Plantear un punto específico de conexión entre la psicología y el delito político supone esbozar algún tipo de justificación que dé cuenta del interés que puede tener esta disciplina respecto a cuestiones abordadas generalmente por áreas como el derecho. En este sentido, resaltan entre los campos de aplicación de la psicología unos más que otros. Podría optarse por ejemplo por acercarse al delito político desde una exploración de los factores biológicos o alteraciones individuales que lleven a un sujeto a revelarse contra el sistema; sin embargo, se ha cuestionado que este tipo de tratamiento al delito, que busca las causas individuales y biológicas que subyacen a él, corresponde a un modelo no muy adecuado y ya obsoleto en la criminología.<sup>11</sup> Por otra parte, podría buscarse entonces abordar esta cuestión desde una mirada más sociológica y psico-política del asunto. Es allí donde el campo de la psicología jurídica y la psicología política pueden proporcionar un marco más amplio que el biológico y psicopatológico para la comprensión de los efectos psicosociales del tratamiento jurídico penitenciario dado al preso político.

### 2.2. El encargo social de la psicología

¿Cuál es el papel que se le ha dado la psicología? ¿Acaso se ha puesto del lado de los dominantes, de los ganadores o ha trabajado realmente por delimitar sus funciones dentro de la sociedad y dentro de un campo tan específico como el jurídico? Esta función es la que debe encontrar la psicología liberándose, si es posible del yugo político que la retiene, y le indica qué hacer. El Estado con el ideal de lo que debe ser ha querido ver en las disciplinas instrumentos teóricos que posibilitan todo. Braunstein ya lo percibía y creía que la psicología actuaba las más de las veces como un fiel servidor del Estado, al menos, en lo que a tareas sociales se refiere. Cambiando o interviniendo donde este quería, sin autonomía y sin posibilidades de expandirse, perpetuando un estado de dominio sobre la sociedad, para así mantener un *statu quo*:

“Lo que hemos detectado en el curso de esta lectura sintomática del discurso de la psicología académica es el encargo social formulado a la psicología y las funciones que se le asignan. Estas funciones deben ser por determinados funcionarios, los psicólogos, a los que se forma con una ideología congruente con el encargo que deben cumplir.”<sup>12</sup>

Este punto de vista trata a la psicología como un instrumento, de cuyo trabajo se beneficia el Estado teniendo bajo control una serie de pensamientos, y de sujetos estigmatizados permanentemente como perjudiciales y que solo desequilibran un orden establecido de antemano. Estos sujetos o pensamientos no deben circular libremente, deben estar limitados. La psicología es esta instancia tratará de:

“Promover la idea de “participación democrática” en los asuntos de la “comunidad” siempre y cuando tal participación no transgreda ciertos límites ni ponga en tela de

---

<sup>11</sup> Sobre esto ver los planteamientos de Baratta sobre la escuela positiva de la criminalidad de finales del siglo XIX y principios del siglo XX en: Baratta, A. (2004) Criminología crítica y crítica del derecho penal (8va Ed.). México, D.F: Siglo XXI editores. Y los planteamientos de la frenología (Joseph Gall) de principios del siglo XIX.

<sup>12</sup> Braunstein, N. (1975). *Psicología, ideología y ciencia*. México: Siglo XXI. pág. 360.

juicio la estructura del poder, al dictaminar sobre la conveniencia de aislar y recluir a personas consideradas como irrecuperables, (...) al ocultar la lucha de clases que está en el fondo de toda actividad política y presentarla como un oposición entre personas o entre generaciones, etc.”<sup>13</sup>

En este punto se hace necesario indicar que la psicología debe saber cómo piensa la gente, siendo quizás este uno de sus fundamentos teóricos más claros, a pesar de lo amplio que pueda parecer. Saber cómo piensan los individuos se convierte en nuestras sociedades en un auténtico reto para los gobernantes, pues siempre habrá marginados que den al traste con la estructura que difícilmente se ha logrado establecer. Las sociedades contemporáneas parecen ser más vulnerables que nunca a actos de emancipación que pretenden reformar, Braunstein dice:

“Hay que saber qué piensa la gente, de qué manera actúa y cómo interactúa para mantener el nivel de adaptación al conjunto del sistema tal como existe y, si se detectan señales que permitan presumir perturbaciones en la organización global de la sociedad, hay que readaptar cambiándolo todo para que siga como está.”<sup>14</sup>

### **2.3. El encargo social respecto al delincuente**

Teniendo en cuenta que ya se ha mencionado la función de la psicología como protectora del orden social, se puede identificar el papel específico de ésta en relación con dos claros elementos perturbadores, el delincuente y el loco, cuyo tratamiento por parte de los profesionales a su cargo se basa en su reclusión y exclusión de la sociedad en tanto no son funcionales a los ideales imperantes en ésta. Así pues, el saber del profesional se encarga de justificar y validar, como dice Basaglia “que locos, enfermos, retardados mentales, delincuentes, lo son por *naturaleza*, y que ciencia y sociedad no pueden modificar procesos connaturales del hombre”.<sup>15</sup>

En este sentido, locura y delincuencia conforman la gran categoría de lo anormal, lo desviado, lo patológico, que al tener un origen constitutivo debe ser segregado para poder actuar sobre él, en el manicomio o en la cárcel, sin que perturbe a los demás.

Hospitales, cárceles, manicomios, fábricas, escuelas, son lugares en los cuales se llevan a cabo y se perpetúan estos crímenes<sup>16</sup> en nombre del orden y de la defensa del hombre. Pero el hombre al que se quiere defender no es el hombre real: es aquello que el hombre debe ser después de la cura, del adoctrinamiento, la destrucción, el achacamiento de sus potencialidades, la recuperación. Es el hombre escindido, separado, dividido, sobre el cual es posible este tipo de manipulación para su total adaptación a este orden social que vive de la criminalización y del crimen.<sup>17</sup>

---

<sup>13</sup> Ibíd. Pág. 357

<sup>14</sup> Ibíd. Pág. 380

<sup>15</sup> Basaglia, F. (1977). *Los crímenes de la paz. Investigación sobre los intelectuales y las técnicas como servidores de la opresión*. México: Siglo XXI. Pág. 17

<sup>16</sup> Aquí, Basaglia se refiere a lo que él denomina crímenes de la paz como todas aquellas “violencias institucionalizadas, que sirven como estrategia para la conservación de nuestro sistema social”. Basaglia, (1977) pág. 9

<sup>17</sup> Basaglia, F. Op. Cit. Pág. 78

Entonces, la institución (manicomio, prisión, asilo) como tal cumple su papel de aislar y separar, y la ciencia y por tanto los profesionales que la encarnan (psicólogos, psiquiatras y demás funcionarios) cumplen la de clasificar, rotular y determinar el origen de tales desviaciones, mentales y/o comportamentales, no para cambiarlas sino para justificar su existencia como disciplinas y la de la ideología en la que se inscriben. Tampoco se encargan de garantizar una satisfactoria reintegración a la sociedad por parte de quien abandona el aislamiento, sino que por el contrario garantizan su posterior marginación, en tanto el loco y el delincuente permanecerán bajo la lupa pues llevan ya la marca de la desviación.

Basaglia controvierte esta función de los profesionales como protectores del *statu quo* poniéndose de lado de los marginados económica y socialmente, pues considera que es principalmente sobre ellos que recaen estas violencias institucionalizadas. Plantea entonces que:

Si se quiere afrontar el problema de la marginalidad y de la desviación, debemos afrontarlo en relación a la estructura social, a la división innatural sobre la cual tal estructura se funda y no como fenómenos aislados que se pretende hacer pasar como simples anomalías individuales, de las cuales un cierto porcentaje de la población tiene la desgracia de ser sujeto.<sup>18</sup>

Se entiende de sus planeamientos, entonces, que la desviación —locura y delincuencia— expresa en sí misma necesidades insatisfechas que la sociedad no reconoce como tal y que, por el contrario, reprime a través de las justificaciones científicas, negando así que existen factores histórico-sociales y no sólo individuales presentes en aquello que se separa como diferente, es decir, que la misma sociedad que los excluye ha potenciado su existencia.

Además, Basaglia se refiere específicamente al asunto de la disidencia política, entendida por la ideología dominante también como una desviación merecedora de castigo, como el caso sobre el que más arrecian estos procesos de criminalización y en el cual:

Es todavía más explícito el juego [de separar, marcar y criminalizar lo no funcional], porque la ciencia no ha encontrado todavía una patología adecuada de acuerdo con la cual codificar estos comportamientos. La respuesta, en este caso, es más directa y no tiene necesidad de mediaciones: puede ser el asesinato y la tortura.<sup>19</sup>

En estos planteamientos se puede ubicar cómo la psicología a partir de una postura epistemológica que ha ido de la mano de la institucionalidad (en la mayoría de los casos), llega a una aplicación práctica en espacios en los que tiene como función reproducir la ideología que la ha puesto allí. Una vez al interior de estas instituciones, sea cárcel o manicomio, de lo que se trata es de clasificar, marcar y separar, pues así se facilita la tarea de identificar quién es el enemigo del discurso dominante o qué comportamiento pondría en riesgo su soberanía.

Sin embargo, siempre pueden construirse posturas críticas frente al papel que se le ha asignado a una y otra disciplina. Entendiendo los roles asignados como consecuencia de

<sup>18</sup> Ibíd. pág. 96

<sup>19</sup> Ibíd. pág. 99.

un contexto histórico y unas problemáticas determinadas que han enmarcado su quehacer, se posibilitan nuevas elaboraciones que reivindiquen otros aspectos que hasta el momento no se hayan tenido en cuenta, como en este caso puede ser las condiciones del preso político y la lectura que desde la psicología se hace sobre su vivencia y subjetividad.

### **3. A manera de cierre**

#### **3.1. Salud mental y enfoque psicosocial en relación con el preso político**

Buscar un acercamiento a las condiciones de salud mental de los detenidos políticos implica tener en cuenta que por el desarrollo de su actividad política y su actuar poco tradicional o fuera de la norma, tienen una condición de vulnerabilidad mayor puesto que confrontan al Estado y este a su vez intenta sofocar estas manifestaciones.

Al tener esta condición de marginación, se escapan al análisis situaciones y condiciones que alteran o disminuyen su bienestar en términos de salud mental (emocional-afectivo, familiar y lo relacional en general).

Estos asuntos de participación política y los efectos que ella tiene sobre los sujetos que la asumen y la sociedad en que la desarrollan, también son del interés de la psicología. Maritza Montero se ha ocupado de estudiar estas cuestiones denominadas por ella como formas alternativas de acción política,<sup>20</sup> en contraposición a participación política, en tanto no se hace cargo exclusivamente de las conductas electorales y la participación de espacios institucionales de gobernabilidad, sino que por las condiciones sociales y políticas del contexto latinoamericano, evidencia otras vías por las que los ciudadanos han intervenido en las condiciones históricas que han posibilitado o no un cambio.

En estas formas alternativas de acción política, están inscritas tanto aquellas que son legales como las que no lo son, y, dentro de estas, las que hacen uso de las armas y la violencia como las que no. En todo caso, son opciones minoritarias y al margen de las grandes maquinarias políticas, y que muchas veces han quedado por fuera de la mirada y el análisis por parte de las ciencias sociales.

El no haber hecho objeto de estudio psicosocial político a este tipo de expresiones puede ser una forma de manifestación del carácter omnipresente del poder, cuya perspectiva suele ser, naturalmente, la dominante, y que en los años sesenta y, aun más, en los cincuenta, pero todavía en los sesenta y aun hoy, suele establecer no solo las condiciones de la acción científica, sino también su ámbito de acción.<sup>21</sup>

Teniendo en cuenta estas consideraciones, se hace necesario enfatizar en las condiciones jurídicas e intracarcelarias que tienen algún impacto sobre el detenido político. La mirada que se da a esta problemática debe abarcar tanto condiciones individuales de los detenidos como condiciones que involucran a sus compañeros de reclusión, familiares y allegados.

<sup>20</sup> Montero M. (1995). *Formas alternativas de acción política*. En: Psicología de la acción política. Buenos Aires: Paidós.

<sup>21</sup> Ibíd. pág. 95.

Es preciso entender pues que la salud mental no se limita exclusivamente a un aspecto individual de presencia o ausencia de alteraciones en la funcionalidad o psicopatologías. Además, al tener en cuenta los factores sociales y culturales, este concepto se enmarca en el contexto específico en que se desenvuelven los individuos y comunidades.

Así, la salud mental se entiende como algo social que incluye automáticamente al otro y con el cual hay un vínculo constante que genera una afectación mutua. En este sentido, la salud mental y los efectos psicosociales del tratamiento que reciben los presos políticos involucran también las relaciones con su familia y el entorno social en que esto se presenta y las consecuencias que se generan en todos estos ámbitos. Esta es una concepción alternativa a la posición exclusivamente clínica en tanto considera que:

“El problema inherente al “modelo médico”, [es] su abstracción respecto a las realidades sociohistóricas y su insistencia en ubicar los trastornos en la particularidad, orgánica o funcional, según el caso, de cada individuo, sin conceder suficiente consideración a la naturaleza social de las personas. Por eso, por lo menos en lo concerniente a los problemas psíquicos ligados a la situación de guerra, hablemos de un trauma psicosocial.”<sup>22</sup>

Con la intención de trascender un modelo de salud mental intrapsíquico o individualista, se han hecho aportes desde diferentes disciplinas que permiten intervenir este tipo de situaciones y propiciar una relación con poblaciones que presentan múltiples afectaciones (sociales, económicas y psicológicas). Es a partir de esto que se ha empezado a hablar de enfoque psicosocial.

La aplicación de este enfoque, en el caso específico de los detenidos políticos, implica un acercamiento a los efectos del encierro y a las condiciones en las que éste se da, y los efectos que tiene sobre el detenido, su entorno y la sociedad en general. Esto teniendo en cuenta la multiplicidad de ámbitos desde los que es posible analizar un sujeto y unas prácticas.

Las consideraciones anteriores son tomadas como referente ya que para hablar sobre la salud mental del preso político no se le puede despojar del marco de referencia histórico, colectivo e ideológico y crítico en el que se ha desenvuelto y que rodea sus condiciones de detención. Este marco de referencia, que para el caso es el conflicto colombiano, sirve para acercarse a uno de esos actores que sistemáticamente han sido ignorados y que cargan sobre sí las consecuencias de esa guerra.

A partir de lo anteriormente expuesto se puede concluir que lo psicosocial va en dos direcciones. La primera de ellas como una vía teórica o un marco de análisis para entender a los sujetos y sus relaciones contextuales con situaciones determinadas, en este caso, el conflicto colombiano. La segunda, tiene que ver con el trabajo práctico realizado en esos contextos en que se desenvuelve el sujeto.

Como aproximación entonces a eso sobre lo cual la psicología también debe voltear su mirada y esfuerzos teórico prácticos se puede decir que para el caso específico de los delincuentes políticos, es posible percibir que las penas y el tratamiento en general que se les da, además de cumplir una función directa sobre ellos, tienen una función adicional

<sup>22</sup> Martín-Baró, (2000). I. (ed). *Psicología social de la guerra*. San Salvador: UCA. pág. 235.

de transmitir un mensaje al grueso de la población. Este mensaje no es otro que la demostración de la supremacía del Estado que puede hacer que todo el peso de la ley recaiga sobre el rebelde y/o diferente. Así, los efectos de la sofocación del inconformismo se extienden como una medida de prevención sobre aquellos que no han tomado parte activa del conflicto.

De esta manera la psicología no puede pretender separar lo individual de lo colectivo y lo social, y pensar que su misión se circumscribe exclusivamente al ámbito privado de las personas afectadas por tal o cual fenómeno, menos por aquellos ligados a la represión política, ya que éstos indefectiblemente se inscriben en otras lógicas más generales que los contienen y les dan sentido.

Tal es el campo que tiene abierto la psicología como disciplina, que reclama articulación con otras, para encarar la complejidad de las situaciones en que quedan sumidas las personas o comunidades, afectadas sin distinción alguna, por el devenir del conflicto.

## Referencias Bibliográficas

- Baratta, A. (2004). *Criminología crítica y crítica del derecho penal.* (8va Ed.). México, D.F: Siglo XXI editores.
- Basaglia, F. (1977). *Los crímenes de la paz: investigación sobre los intelectuales y las técnicas como servidores de la opresión.* México: Siglo XXI.
- Braunstein, N. Pasternac, M. Benedito, G. y Saal, F. (1975). *Psicología, ideología y ciencia.* México: Siglo XXI.
- Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo. (2001). *¿Terrorismo o rebelión? Propuestas de regulación del conflicto armado.* Bogotá.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-456 de 1997. M.P. Jorge Arango Mejía y Eduardo Cifuentes.
- Martín-Baró (2000). *Psicología social de la guerra.* San Salvador: UCA., I. (Ed.).
- Montero, M. (1995). *Formas alternativas de acción política.* En: D'Adamo, O. (Ed) *Psicología de la acción política.* Buenos Aires: Paidós.
- Sandoval, A. y Suelt, V. (1999). *Del delincuente político al terrorista.* Tesis no publicada. Facultad de ciencias jurídicas. Pontificia Universidad Javeriana. Consultado en: <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/TESIS12.pdf>
- Terre des Hommes Italia. (2004). *Enfoques y metodologías de atención psicosocial en el contexto del conflicto sociopolítico colombiano.* Bogotá.