



**Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Jurídicas  
Institución Universitaria de Envigado**



### **Revista Nuevo Derecho**

Es una publicación semestral de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Jurídicas de la Institución Universitaria de Envigado

#### **Rectora**

Blanca Libia Echeverri Londoño

#### **Vicerrector académico**

Henry Roncancio González

#### **Editor**

Rafael Alejandro Betancourt Durango

Decano de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Jurídicas

#### **Coordinación de la publicación**

Henry Jose Devia Pernia

#### **Traducción de textos**

Ana Carolina Gaviria Morant  
Escuela de Idiomas

#### **Diseño, diagramación**

Leonardo Sánchez Perea

#### **Dirección y contactos**

Cra. 27 B 39 A Sur 57  
Teléfono: + 57 4 3391010 Ext. 219 -227  
[nuevo.derecho@iue.edu.co](mailto:nuevo.derecho@iue.edu.co)

Solicitud de Canje

Biblioteca Jorge Franco Vélez. IUE  
Teléfono: + 57 4 3391010 Ext. 118-119  
[jf\\_biblioteca@iue.edu.co](mailto:jf_biblioteca@iue.edu.co)

Nuevo Derecho se encuentra incluida en los siguientes índice y base de datos:

- Lexbase
- Fuente Académica Premier de EBSCO
- VLEX
- Latindex
- Dialnet
- Leyex.info

Las opiniones contenidas en los artículos son responsabilidad de sus autores

Nuevo Derecho autoriza la reproducción de los artículos siempre y cuando se mencione la fuente.

#### **Comité Editorial**

Ana Carolina Gaviria Morant  
Jairo Gutiérrez Avendaño  
Henry Roncancio González.  
David Alberto Londoño

#### **Comité científico**

Ph.D. Horacio Cerutti Guldberg  
Ph.D. Juan Guillermo Gómez  
Ph.D. Juan Antonio Zornoza Bonilla  
Mg. Pablo Andres Garcés Vásquez  
Ph.D. Darío Alejandro Rojas Araque  
Mg. Rafael Rubiano Muñoz

## CONTENIDO

<b>Análisis de la oferta y demanda de mercurio, 2009-2013</b>	5
Benjamín Castillo Osorio Helmer Muñoz Hernández José Javier González Millán Diana Melissa Castillo Peñates Yamid Fabián Hernández Julio	
<b>La culpabilidad por la vulnerabilidad como medida de la pena: una revisión al concepto de culpabilidad penal</b>	25
Duvan de Jesús Castañeda García	
<b>El consumidor online en el ordenamiento jurídico español</b>	57
Alejandro Platero Alcón Cristina Jiménez Asensio	
<b>La gestión del suelo en Bogotá D.C. desde 1998: una revisión a partir de un enfoque de políticas públicas sobre la ciudad</b>	81
Marlon Arias Sánchez	
<b>Las cláusulas excepcionales en la contratación estatal</b>	111
Guillermo León Betancur Hincapié Carolina Londoño Muñoz Martha Nelly Múnera Rendón	
<b>Minería ilegal y sus implicaciones en el conflicto armado en el departamento de Córdoba y Bajo Cauca Antioqueño</b>	147
Luis Carlos Restrepo Jiménez Helmer Muñoz Hernández Luis Manuel Zúñiga Pérez Benjamín Castillo Osorio	
<b>Políticas públicas ambientales de carácter endógeno y gobierno de los bienes comunes en la zona de Reserva Campesina del Valle del Río Cimitarra</b>	177
Julián Camilo Barreto García	



# Análisis de la oferta y demanda de mercurio, 2009-2013

*Analysis of supply and demand for mercury, 2009-2013*

*Benjamín Castillo Osorio\**  
*Helmer Muñoz Hernández\*\**  
*José Javier González Millán\*\*\**  
*Diana Melissa Castillo Peñates\*\*\*\**  
*Yamid Fabián Hernández Julio\*\*\*\*\**

## Resumen

Vale la pena recordar, que en Colombia la demanda de mercurio para el periodo comprendido entre el 2009-2013, alcanzó un total de 529.048,59 kg, mientras que la oferta hacia el Perú alcanzó solamente 998 kg; de otro lado se puede afirmar que Colombia no es un País productor de mercurio, todo lo contrario se importan de distintos países productores de éste metal, convirtiéndolo de esta manera en un País importador de primer plano; en lo concerniente con los resultados encontrados se observa el siguiente panorama: teniendo en cuenta las proyecciones de 2014, Colombia ha triplicado la producción de oro y por ende el uso del mercurio ha venido creciendo en forma vertiginosa, pues se estima, según la Sinopsis Nacional de la Minería Aurífera Artesanal y de Pequeña Escala (2012), que a 2013, el consumo de mercurio creció en un 127 % con respecto al año 2011, es decir en tres años. Esto es algo sorprendente, puesto que el grado de contaminación y de afectación de la población también se ha extendido, todo por efectos colaterales del uso del mercurio en las explotaciones mineras legal o ilegal.

Lo antes expuesto permite inferir que a medida que se siga importando mercurio, sin que haya necesidad de producirlo, los daños ambientales siguen latente y su curso no se detiene, sino que cada vez van en ascenso, su crecimiento es vertiginoso e insostenible, tanto en la salud de miles de personas y de otros seres vivos como animales y vegetales.

**Palabras clave:** mercurio, salud, oferta, demanda, exportación.

---

\* Economista, Magister en Planeación Urbana y Regional, Docente Investigador Universidad del Sinù. Grupo de Investigación CUS. [benjamincastillo@unisinu.edu.co](mailto:benjamincastillo@unisinu.edu.co)

\*\* Ingeniero de Sistemas de Información, Magister en Ingeniería de Control Industrial, Doctor en Gerencia, Docente Investigador Universidad del Sinù. Grupo de Investigación CUS. [helmermunoz@unisinu.edu.co](mailto:helmermunoz@unisinu.edu.co)

\*\*\* Administrador de Empresas, Magister en Desarrollo Empresarial Agropecuario, Doctor en Administración. UPTC.

\*\*\*\* Estudiante Especialización en Derecho Comercial y Aduanero Universidad Externado Bogotá.

\*\*\*\*\* Magister en Ingeniería, estudiante Doctorado en Ingeniería, Docente Investigador Universidad del Sinù. Grupo de Investigación CUS. [yamidhernandezj@unisinu.edu.co](mailto:yamidhernandezj@unisinu.edu.co)

### Abstract

It is worth remembering that in Colombia the demand for mercury for the period 2009-2013, reached a total of 529,048.59 kg, while the supply to Peru reached only 998 kg; On the other hand it can be said that Colombia is not a mercury producing country, the opposite is imported from different countries producing this metal, thus converting it into a foreground importing country; In relation to the results found the following Panorama is observed: Taking into account the projections de2014, Colombia has tripled the production of gold and therefore the use of mercury has been growing in a vertiginous way, because it is estimated, according to the National synopsis of artisanal and small-scale gold mining (UNEP and MADS, 2012), which to 2013, mercury consumption grew by 127% compared to the year 2011, ie in three years. This is a surprising thing, since the degree of pollution and affectation of the population has also spread, all due to side effects of the use of mercury in legal or illegal mining operations.

The foregoing allows us to infer that as mercury continues to be imported, without the need to produce it, environmental damage remains latent and its course does not stop, but is increasingly rising, its growth is vertiginous and unsustainable, both in the Health of thousands of people and other living things like animals and vegetables.

**Keywords:** mercury, health, supply, demand, export.

## Identificación de los municipios que demandan mercurio

De acuerdo con los resultados encontrados en el informe estadístico de InfoExIm del 2014 se tiene que el conjunto de municipios que importan mercurio alcanzan un volumen de 12 295 540,59 kg, los cuales se distribuyen de la siguiente forma: Medellín ocupa el primer lugar en volúmenes de mercurio importado lo cual equivale a 12 137 692,51 kg, lo que en términos porcentuales representa a un 98,7 % del total importado, le sigue en su orden de importancia Bogotá con 83 932,466 kg y ocupa el tercer lugar el municipio de Guarne, Antioquia con un volumen de 38 887,12 kg; luego aparece Cali con 14 558,50 kg; siguiendo este orden de ideas aparece Rionegro, Antioquia con 11 086 kg y a partir de aquí los municipios restantes tales como: Chía, Cundinamarca, Cartagena y Zipaquirá, Cundinamarca que no alcanzan a los 3 500 kg de mercurio importado (tabla 1). Lo antes expuesto permite inferir que la mayor concentración de mercurio importado lo hacen tres municipios de Antioquia: Medellín, Guarne y Rionegro, indicando así que la mayor demanda se registra en estos y por tanto son los que más aportan a la contaminación del medio ambiente y al deterioro y pérdida de vidas humanas.

**Tabla 1.** *Volúmenes de importación de mercurio por municipios*

MUNICIPIO	VOLUMÉN
Bogotá	83.932.46
Cali	14.558.50
Cartagena	2.208.00
Chía-Cundinamarca	3.450.00
Guarne-Antioquia	38.887.12
Medellín	12.137.692.51
Río Negro-Antioquia	11.086.00
Zipaquirá-Cundinamarca	1.725.00

Fuente: PNUMA y MADS. (2012). Sinopsis Nacional de la Minería Aurífera Artesanal y de Pequeña Escala. Bogotá.

## Consumo de mercurio ASGM en Colombia 2011

Hoy en día en Colombia la producción de oro está en manos de 13 departamentos, los cuales produjeron en el 2011 un total de 49 648,70 kg de oro y consumieron unos 698 955,50 kg de mercurio. De estos departamentos los que más producen oro y consumen mercurio en su orden son: Chocó con 27 915,10 kg de producción de oro y 195 406 kg de consumo de mercurio; en segundo lugar, se encuentra Antioquia con 12 935 kg de producción de oro y consumo de 170 835 kg de mercurio; en tercer puesto está el departamento de Bolívar que produce unos 5 423 kg de oro y consume 304 404 kg de mercurio. Como puede apreciarse son volúmenes muy altos si se comparan con otros departamentos productores de oro como, Caldas y Cauca que presentan una producción que supera los 1 000 kg de oro (1 273,10 y 1 127,60 respectivamente), los restantes departamentos no llegan a producir los 500 kg (ver tabla 2). Sin embargo, el consumo de mercurio no deja de ser alto, casos concretos lo reportan los departamentos de: Nariño que produce 235,80 kg de oro y consume 3238 kg de mercurio; Tolima con una producción de oro de 268,9 y un consumo de 3 843 kg de mercurio; y Valle del Cauca que reporta 200,60 kg de producción de oro y un consumo de 2 847 kg de mercurio. Esta desproporción es muy notoria, pero no se sabe a qué obedece esta situación de consumo de mercurio en forma desorbitada y una baja producción de oro, caso contrario al que presentan la mayoría de los departamentos que guardan una proporción muy cercana oro-mercurio.

**Tabla 2.** *Relación producción de oro y consumo de mercurio por kilogramo usado*

Departamento	Producción de oro/kg	Consumo de mercurio/kg	Producción de oro por kg de mercurio*
Antioquia	12 935,20	170 835,00	7,57 %
Bolívar	5 423,00	304 404,00	1,78 %
Caldas	1 273,10	-	-
Cauca	1 127,60	15 806,00	7,13 %
Chocó	27 915,10	195 406,00	14,29 %
Córdoba	69,20	443,00	15,62 %
Huila	30,10	436,00	6,90 %
Nariño	235,80	3 238,00	7,28 %
Putumayo	73,70	1 012,00	7,28 %
Risaralda	36,00	526,00	6,84 %
Santander	60,40	199,00	30,35 %
Tolima	268,90	3 843,00	7,00 %
Valle del Cauca	200,60	2 847,00	7,05 %
<b>Total</b>	<b>49 648,70</b>	<b>698 995,00</b>	

Fuente: PNUMA y MADS. (2012). Sinopsis Nacional de la Minería Aurífera Artesanal y de Pequeña Escala. Bogotá.

\* Cálculos del investigador Benjamín Castillo Osorio, 2014.

## Participación de departamentos productores de oro con uso del mercurio en Colombia 2011

Como puede apreciarse, en Colombia la mayoría de las explotaciones de oro usan mercurio, y esto se visualiza en cada uno de los departamentos que tienen tierras con minas de oro; tal es el caso de Antioquia, donde los primeros diez municipios que cuentan con producción son en su orden de importancia: Segovia que aporta 16,5 % del total de toneladas extraídas; le sigue en segundo lugar Tarazá con 16,0 %; en tercer lugar se encuentra el Bagre con 14,7 %; el cuarto puesto lo representa el municipio de Maceo que reporta un 10,5 %; el quinto puesto lo ocupa Cáceres con 10,2 % del total; los restantes cinco municipios se encuentran en un rango entre el 10 % y 2,9 % como mínimo del total producido (ver tabla 3). En consecuencia, se puede afirmar, sin lugar a duda, que este departamento es uno de los que registra mayor producción de oro y que usa mayor cantidad de mercurio, después del Chocó.

**Tabla 3.** *Producción de oro en Antioquia por municipio*

Municipio	Producción/Tn	Participación*
Segovia	38,12	16,5 %
Tarazá	36,90	16,0 %
Bagre	33,93	14,7 %
Maceo	24,17	10,5 %
Cáceres	23,51	10,2 %
Remedios	22,67	9,8 %
Caucasia	22,35	9,7 %
Zaragoza	12,22	5,3 %
Nechí	9,81	4,3 %
Cañas Gordas	6,69	2,9 %
<b>Totales</b>	<b>230,37</b>	<b>100 %</b>

Fuente: PNUMA y MADS. (2012). Sinopsis Nacional de la Minería Aurífera Artesanal y de Pequeña Escala. Bogotá.

\* Cálculos del investigador Benjamín Castillo Osorio, 2014.

Como es de público conocimiento, en la medida que se produce mayor cantidad de oro, mayor es la utilización del mercurio, así sea producto de la minería ilegal o legal, artesanal y en pequeña escala. De todas formas no se puede ocultar que el departamento de Antioquia por tradición es una región aurífera, sobre todo en el nordeste, donde los municipios del Bagre, Maceo, Remedios, Cañas Gordas, Segovia, Zaragoza y corregimientos como Puerto Claver siempre han venido registrando altos volúmenes de producción de oro y por consiguiente un mayor uso del mercurio en esta actividad; de otro lado se encuentran los municipios que distan a más de 350 kilómetros de la capital antioqueña y muy cerca del departamento de Córdoba tales como Cáceres, Tarazá y Caucasia. Se puede decir, sin duda, que de las once empresas que distribuyen mercurio en Medellín, Rionegro y Guarne, todas van con destino a las regiones productoras de oro; muy poco se usa este metal en otras actividades de la industria o la academia, como lo hacen algunas universidades del país, que lo utilizan para fines de pruebas de laboratorio.

Lo antes descrito permite inferir que todavía, hoy en día, se sigue utilizando el mercurio en grandes cantidades en la actividad de la explotación minera, lo que contribuye cada vez más al deterioro del medio

ambiente y a producir un impacto negativo en las poblaciones donde se registra la explotación del mineral con el uso de este metal maligno que tanto daño causa a la humanidad y a los ecosistemas.

### **Rutas de comercialización y destino final del mercurio en el departamento de Antioquia y los municipios que demandan y consumen**

De acuerdo con la información que ofrece el Ministerio de Minas y Energía (2012), al departamento de Antioquia el mercurio entra por los puertos de Turbo, Buenaventura y Tumaco, a partir de aquí llega a las empresas que lo comercializan e importan por medio de transporte terrestre. A continuación, se mencionan las empresas que reciben el mercurio en Antioquia: Insuminer S.A, Villa Estrada José Santiago, Distribuidora De Químicos Industriales SAS, Ferretería El Pedalista Luis Alberto Velásquez Y Cía. LTDA, Productora Y Comercializadora Odontológica New Stetic S. A, Surtiminas S.A. Importar S.A.S, Comercializadora Internacional Euro Manantial S. A, Comercializadora Internacional (C.I.) Multi National, Distribuidora Internacional Global Plam S.A.S, Antioqueña De Materiales S.A.S y Comercializadora, Suministros Mineros De Colombia S.A.S, y finalmente Industrias Electro Metalúrgicas Ltda. ubicada en Rionegro.

Es importante tener en cuenta que cuando se contacta al distribuidor de mercurio la persona que responde al teléfono afirma que desde el almacén o la compañía el metal es despachado por medio de transporte terrestre en el medio que lo estime conveniente el comprador, ya que ellos no ofrecen ese servicio, esto es a cuenta y riesgo del comprador o demandante. Estos se ven obligados a transportar el mercurio hasta el municipio donde está ubicada la mina, sea por medio de carros medianos o grandes dependiendo del volumen obtenido. En cierto modo en Antioquia, la mayoría de las minas se encuentran en la montaña, por tanto, hay necesidad de recorrer ciertos trayectos, donde no llega el automotor, sino a lomo de mula. El destino final del mercurio son los municipios de Segovia, Tarazá, Bagre, Maceo, Cáceres, Remedios, Caucasia, Zaragoza, Nechí y Cañas Gordas.

## Rutas de comercialización y destino final del mercurio en el departamento de Bolívar y los municipios que demandan y consumen.

En lo concerniente a la producción de oro por municipios, se encuentra que al interior del departamento de Bolívar, Santa Rosa del Sur reporta 31,4 % del total del oro producido durante el año 2011, le sigue en su orden de importancia Simití con un 31 %; en tercer lugar está Montecristo que alcanza un 10,5 %, luego en cuarto lugar está San Pablo con 8,9 %; y el quinto puesto lo ocupa Morales con un 6,7 %; a partir de aquí, los restantes cinco municipios no alcanzan el 5% (ver tabla 4). Todo esto indica que la producción de oro en este departamento no es muy representativa dentro del contexto de la producción nacional, pues como se puede observar el municipio de mayor aporte en Bolívar no alcanza un 40%, del total de lo producido. Es importante resaltar que este departamento, de los que pertenecen a la región Caribe, el primer productor de oro que utiliza grandes cantidades de mercurio en el desarrollo de esta actividad, después del departamento de Córdoba que registra producción en Ayapel, Montelíbano y Puerto Libertador.

**Tabla 4.** Producción de Oro en Bolívar por municipio

Municipio	Producción/Tn	Participación*
Santa Rosa del Sur	13,25	31,4 %
Simití	13,10	31,0 %
Montecristo	4,42	10,5 %
San Pablo	3,74	8,9 %
Morales	2,83	6,7 %
San Jacinto del Cauca	1,95	4,6 %
Tiquisio	1,62	3,8 %
San Martín de Loba	0,56	1,3 %
Norosí	0,43	1,0 %
Río Viejo	0,33	0,8 %

Fuente: PNUMA y MADS. (2012). Sinopsis Nacional de la Minería Aurífera Artesanal y de Pequeña Escala. Bogotá.

\* Cálculos del investigador Benjamín Castillo Osorio, 2014.

Es importante tener en cuenta que todo el mercurio que entra a Colombia proveniente de otras latitudes entra por los puertos marí-

timos de Cartagena, Barranquilla, Buenaventura, Tumaco, Santa Marta, Turbo, y otros.

Para el caso de Bolívar, se encuentra que el Mercurio entra por el Puerto de Cartagena, llega a la empresa importadora denominada Comercializadora Internacional Eximport Exportaciones E Impo, la cual distribuye a los diez municipios que demandan el metal tales como: Santa Rosa del Sur, Simití, Montecristo, San Pablo, Tiquisio, Morales, San Jacinto del Cauca, San Martín de Loba, Norosí y Río Viejo. Además, vale la pena mencionar que, desde la comercializadora hasta el destino final, o sea la mina, el transporte se hace por vía terrestre, usando desde Jeep hasta camiones y muchas veces en lomo de mula o burros, dependiendo de lo agreste del terreno que por lo general es escarpado, de pendientes pronunciadas y serranías muy adentro.

### **Rutas de comercialización y destino final del mercurio en el departamento de Caldas y los municipios que demandan y consumen.**

En lo concerniente a los municipios que reportan mayor producción de oro en Colombia durante el periodo comprendido entre el 2001 y el 2013, se encuentra que al interior del departamento de Caldas se presenta un caso especial y es que el municipio de Marmato, siendo el mayor productor de oro, no utiliza mercurio, y produjo 14,74 toneladas de oro durante el año 2011; siguiéndolo Neira con 0,46 Tn; y en tercer lugar Manizales con 0,37 Tn; otro municipio es Río Sucio que reporta un 0,31 Tn; y los demás se encuentran por debajo de 0,30 Tn (ver tabla 5), La producción es muy baja, en consecuencia esto indica que la minería en este departamento ha venido bajando el consumo de mercurio en lo que tiene que ver con la explotación del oro, puesto que el mayor productor es Marmato, que reporta 14,74 toneladas durante el lapso comprendido entre el 2011 y el 2013, y sin embargo este no utiliza mercurio, lo que indica que si es posible producir sin dañar el medio ambiente usando el metal mercurio, que es altamente peligroso y contaminante, este es un ejemplo clásico que podría replicarse en el resto del país, como modelo productivo que puede ayudar a mitigar el impacto causado por el uso del mercurio.

**Tabla 5.** Producción de oro en Caldas por municipio

Municipio	Cantidad en Tn
Marmato*	14,74
Neira	0,46
Manizales	0,37
Río Sucio	0,31
Supía	0,26
Filadelfia	0,19
Anserma	0,09
Norcasia	0,06
La Victoria	0,06

Fuente: PNUMA y MADS. (2012). Sinopsis Nacional de la Minería Aurífera Artesanal y de Pequeña Escala. Bogotá.

\* Marmato no es consumidor importante de Hg.

En lo concerniente con la ruta de comercialización del mercurio para el caso del departamento de Caldas, se encuentra que este entra por los puertos de Buenaventura y Tumaco y de allí llega a las empresas importadoras denominadas Pacific Chemicals Corporation Ltda., Compañía De Negocios Internacionales Ltda. y Distribuciones Johndav Ltda., las cuales distribuyen a los ocho municipios que demandan el metal tales como: Neira, Manizales, Río Sucio, Supía, Filadelfia, Anserma, Norcasia y La Victoria.

### **Rutas de comercialización y destino final del mercurio en el departamento del Cauca y los municipios que demandan y consumen**

Siguiendo este orden de ideas, se encuentra que el departamento del Cauca, es otro de los productores de oro que utiliza mercurio para su extracción, el cual presenta el siguiente comportamiento: el municipio de Timbiquí reporta, hasta el año 2011, una producción de 4,03 Tn; luego está el municipio de Suárez que registra 3,03 Tn; en tercer lugar está Buenos Aires con 2,8 Tn; y en cuarto lugar aparece López de Micai con 1,13 Tn; los municipios restantes como Guapi y Santander de Quilichao solo producen 1 Tn y El Tambo y Caloto menos de 1 Tn (ver tabla 6).

**Tabla 6.** *Producción de Oro en Cauca por Municipio*

Municipio	Cantidad en Tn
Timbiquí	4,03
Suárez*	3,03
Buenos Aires*	2,8
López de Micay	1,13
Guapi	1,00
Santander de Quilichao	1,00
El Tambo	0,98
Caloto	0,14

Fuente: PNUMA y MADS. (2012). Sinopsis Nacional de la Minería Aurífera Artesanal y de Pequeña Escala. Bogotá.

\* En el caso de Suárez y Buenos Aires la producción se realiza en ausencia de mercurio.

Como puede apreciarse este departamento no es un gran productor de oro y por tanto no consume mercurio en grandes proporciones, pero de todas maneras sigue contaminando y degradando el medio ambiente y al ser humano en términos de salud; esto puede dar una idea global si se compara con otros departamento como Chocó, Antioquia y Bolívar, que presentan altos índices de producción de oro, y por ende de consumo de mercurio, alcanzando mayor grado de contaminación del medio ambiente en todos los niveles agua, aire y por desechos sólidos.

En cuanto a lo que tiene que ver con la comercialización y las rutas de destino final del mercurio en el departamento del Cauca, se encuentra el siguiente panorama: en primer lugar, el mercurio llega al demandante, es decir, a la empresa importadora, por puerto marítimo y aéreo y a partir de ahí se inicia el proceso de distribución hacia los centros de extracción del metal. Los compradores que en este caso son los mineros que se encuentran en los municipios de Timbiquí, Suárez, Buenos Aires, López de Micay, Guapi, Santander de Quilichao, El Tambo y Caloto, los cuales son surtidos por las empresas comercializadoras de mercurio que se encuentran en Cali que se mencionan a continuación: Pacific Chemicals Corporation Ltda., Compañía De Negocios Internacionales Ltda. y Distribuciones Johndav Ltda. Todo indica que estas empresas son las encargadas de suministrar todo el mercurio necesario para la explotación del oro en esta región del país, pero lo más importante es que los demandantes o compradores deben asumir el costo y

el riesgo de transportarlo hasta su lugar de consumo final a través de todos los medios posibles desde el automotor, Jeep, camión, carro tanque u otro que tenga acceso al sitio de la mina; desde el momento en que ya no es posible la entrada de estos se debe llevar por medio de animales tales como mula o en última instancia en motocicleta, dado que los terrenos son demasiado pendientes y es una región montañosa de difícil acceso hasta el lugar donde se encuentran ubicadas las minas de oro.

### **Rutas de comercialización y destino final del mercurio en el departamento del Chocó y los municipios que demandan y consumen**

De acuerdo con la información que ofrece Sinopsis Nacional (PNUMA y MADS, 2012), se puede decir que el departamento del Chocó es uno de los que más oro produce en el país, y esto lo muestran cada uno de los municipios que reportan las cantidades en toneladas tales como: Novita que registra 20,40; le sigue Istmina con 16,29; en tercer lugar está Cantón de San Pablo con 9,49; cerca de este está el Medio Baudó con 9,31; con más baja producción siguen los municipios de Sipí y Unión Panamericana con 8,75 y 8,38 respectivamente; luego aparece Condoto con 7,38; acto seguido la capital del departamento, Quibdó, que registra unas 5,89; y con menos de 5 toneladas están Tadó y Certegüi (ver tabla 7).

**Tabla 7.** Producción de oro en Chocó por municipio

Municipio	Cantidad en Tn
Novita	20,40
Istmina	16,29
Cantón de San Pablo	9,49
Medio Baudó	9,31
Sipí	8,75
Unión Panamericana	8,38
Condoto	7,38
Quibdó	5,89
Tadó	4,84
Certegui	4,77

PNUMA y MADS. (2012). Sinopsis Nacional de la Minería Aurífera Artesanal y de Pequeña Escala. Bogotá. Nota: puntos calientes: cuenca del río San Juan (con mayor concentración en Lloró, Bebará, Bebaramá, Condoto, Andágueda y los ríos Zuruco e Iró).

Este es el mapa de producción de oro en el Chocó durante el 2011, todo ello indica que la producción alcanzó más de 93 toneladas, y al mismo tiempo se puede inferir que el uso del mercurio en esta actividad es también significativo, puesto que, como se viene afirmando, en la medida que hay mayor producción de oro mayor será la demanda y el uso del mercurio.

Al entrar a hacer el análisis del comportamiento de la comercialización y distribución del mercurio en el departamento del Chocó, considerado como uno de los que más produce oro en Colombia y por consiguiente uno de los que más consume mercurio para llevar a cabo esta actividad, vale la pena recordar que las empresas que distribuyen el mercurio en este departamento en los municipios que producen oro son las mismas que le venden a los municipios de Antioquia, pero solo las que se encuentran en el Valle del Aburrá, ya que las de Rionegro y Guarne están más distanciadas y el precio del metal se encarece por el transporte. Las empresas son: Insuminer S. A, Villa Estrada José Santiago, Distribuidora De Químicos Industriales SAS, Ferretería El Pedalista Luis Alberto Velásquez Y Cía. LTDA, Productora Y Comercializadora Odontológica New Stetic S. A, Surtiminas S. A. Imporar S. A. S, Comercializadora Internacional Euro Manantial S. A, Comercializadora Internacional (c. l.) Multi National, Metal, Distribuidora Internacional Global Plam Sas, Antioquena De Materiales S. A. S y Comercializadora; las cuales abastecen a los municipios de Novita, Istmina, Cantón de San Pablo, Medio, Baudó Sipí, Unión Panamericana, Condoto, Quibdó, Tadó y Certegui, únicos productores de oro y consumidores del mercurio.

Es importante recordar que el departamento del Chocó, presenta una característica muy importante desde el punto de vista geográfico, el transporte en todo el territorio se produce por vía fluvial lo cual encarece más el precio del mercurio hasta llevarlo al lugar donde están las minas, unas muy distantes de la capital y otras hacia el interior de la selva, donde solo puede entrar el hombre a pie y pocas veces en animales como la mula y el caballo, o en moto hasta donde tiene el terreno lo permite, dado su relieve. ICONTEC. (2000).

## Rutas de comercialización y destino final del mercurio en los departamentos de Nariño y Tolima y los municipios que demandan y consumen

El departamento del Nariño produce muy poco oro, pero no deja de usar mercurio en el desarrollo de esta actividad que sigue dando que decir en todo el territorio nacional, pues como se observa en la tabla 8, el municipio que más produce oro es Roberto Payán que reporta 2,04 toneladas en el año 2011; en segundo lugar está Magüi Payán, cuya participación es de 1,56 toneladas; y en tercer lugar se encuentra Barbacoas que produjo 1,16 toneladas en el mismo período; los siguientes municipios no alcanzan a producir una tonelada: Santa Bárbara, La Llanada, Los Andes, Cumbitara, Santa Cruz, Tumaco y Piedra ancha. De este comportamiento se entiende que es muy poco el mercurio que se consume en esta zona geográfica del país, pero de todas maneras hay un consumo mínimo que repercute directamente en el contexto nacional del consumo de este metal.

**Tabla 8.** Producción de oro en Nariño por municipio

Municipio	Cantidad en Tn
Roberto Payán	2,04
Magüi Payán	1,56
Barbacoas	1,16
Santa Bárbara	0,96
La Llanada	0,90
Los Andes	0,56
Cumbitara	0,55
Santa Cruz	0,48
Tumaco	0,27
Piedra ancha	0,12

Fuente: Sinopsis Nacional de la Minería artesanal y pequeña escala 2011.

Nota: a. Puntos calientes: Ríos Patía, Iscuandé, Mira, Telembí, Güelmambí y la zona minera del Telpí. Qdas El Moquillo, La Dorada, Las Cuadras y El Porvenir (municipio de Mallama); b. Los mayores consumidores de mercurio son en su orden: Piedrancha-Mallama (minas La Dorada, Providencia y Porvenir), Santacruz (más de 12 minas en las veredas Ensolvado y Las Delicias) y Los Andes. Cumbitara está en proceso de reducir consumo de Hg. Llanada y Samaniego utilizan métodos gravimétricos.

Finalmente se encuentra el departamento del Tolima, que solo reporta dos municipios que superan la tonelada de oro, en la siguiente forma: Ataco alcanza 1,26 toneladas de oro y Santa Isabel con 1,06 toneladas

de oro; los ocho municipios restantes no alcanzaron a producir la tonelada de oro (ver tabla 9); esto indica que el consumo de mercurio es poco, pero suman al consumo total nacional y ello contribuye a incrementar el deterioro del medio ambiente y de los otros factores que inciden en la baja calidad de vida de los mineros y de la población que habita cerca de las minas donde se explota el oro.

**Tabla 9.** Producción de oro en Tolima por municipio

Municipio	Cantidad en Tn
Ataco	1,26
Santa Isabel	1,06
El Líbano	0,88
Chaparral	0,03
Valle de San Juan	0,03
Ibagué	0,03
Coyaima	0,03
Mariquita	0,02
Venadillo	0,01
Fresno	0,01

Fuente: PNUMA y MADS. (2012). Sinopsis Nacional de la Minería Aurífera Artesanal y de Pequeña Escala. Bogotá.

## Empresas comercializadoras del mercurio en Colombia

Es importante tener en cuenta que de las 28 empresas que distribuyen mercurio en Colombia (ver tabla 10), el departamento que más empresas tiene es Antioquia, que cuenta con 13 organizaciones, 11 en la capital, Medellín, una en Rionegro y la otra en Guarne, estas últimas distan aproximadamente a una hora de Medellín; luego se encuentra la capital del país, Bogotá, que tiene nueve empresas y una en Chía y la otra en Zipaquirá, estas, cerca del distrito capital, a menos de una hora por carretera. Como puede apreciarse estas dos grandes ciudades concentra la mayoría de las empresas distribuidoras de mercurio en Colombia, ya que solo en Cali se encuentran ubicadas tres empresas y una en el departamento de Bolívar, pese a que en el sur de este último departamento se encuentran muchas minas de oro que usan el mercurio para desarrollar esta actividad económica sea en forma artesanal o en pequeña escala.

**Tabla 10.** *Empresas comercializadoras del mercurio en Colombia*

No	Distribuidor	Volumen	Ciudad
1	Insuminer S. A.	305 794,50	Medellín
2	Villa Estrada José Santiago	115 852,35	Medellín
3	Distribuidora De Químicos Industriales Sa. 2	110 849,00	Medellín
4	Ferretería El Pedali Alberto Velásquez Y Cia LTDA	44 717,90	Medellín
5	Productora Y Comercializadora Odontologica New Stetic S. A	38 887,12	Guarne, Antioquia
6	Surtiminas S. A.	36 225,00	Medellín
7	Brinsa S. A.	35 776,50	Bogotá
8	Imporar S. A. S.	28 951,04	Medellín
9	Tmc Triveño Mercury Corporation De Colombia E. U	21 238,00	Bogotá
10	Comercializadora Internacional Euro Manantial S. A. S	12 183,47	Medellín
11	Quimicos Compota y Cia Ltda	11 868,00	Bogotá
12	Industrias Electro Metalurgicas Ltda	11 086,00	Rionegro, Antioquia
13	Pacific Chemicals Corporation Ltda	9 174,00	Cali
14	Comercializadora Internacional (c. l.) Multi National Metals	8 674,50	Medellín
15	Baux Chemical Ltda	4 830,00	Bogotá
16	Compania De Negocios Internacionales Ltda	4 177,00	Cali
17	Emch Energy Mining Construction and Heavy Equipment S A S	3 450,00	Chía, Cundinamarca
18	Emel Ltda.	3 447,36	Bogotá
19	Prolanco S. A. S.	3 312,00	Bogotá
20	Metal y Mineral Graop S.A.S.	2 900,74	Bogotá
21	Comercializadora Internacional Eximport Exportaciones E Impo	2 208,00	Cartagena
22	Distribuidora Internacional Global Plam Sas	2 070,00	Medellín
23	Antioquena De Materiales S. A. S.	1 819,10	Medellín
24	Químicos y Reactivos LTDA Quimirel	1 735,60	Bogotá
25	Refinadora de Sal S.A. Refisal	1 725,00	Zipaquirá, Cundinamarca
26	G&g Global Corporations S.A.S.	1 725,00	Bogotá
27	Distribuciones Johndav Ltda	1 207,50	Cali
28	Comercializadora y Suministros Mineros de Colombia S. A. S	1 173,00	Medellín

Fuente: Base de datos [www.infoexim.com](http://www.infoexim.com) 2013

## Precios de venta del mercurio en Colombia a 2014

En Colombia es muy fácil la comercialización de mercurio y de hecho desde su propia casa o sitio de trabajo sentado frente a su Tablet o computador puede conseguir fácilmente el metal. Los precios son variantes, se puede conseguir barato y a precios exagerados, todo depende de la calidad de este metal, a continuación, se presenta un detallado análisis del comportamiento de los precios del mercurio en Colombia a 2014 (ver figuras 1 y 2). La información es proveniente de fuente primaria suministrada por los gerentes, administradores, empleados y responsables de las empresas que distribuyen el mercurio en todos los departamentos implicados en la producción del oro y el uso del mercurio en cada regional objeto de estudio.



**Figura 1.** *Venta de mercurio en Cali, Valle del Cauca.*

Nota: Detalles de anuncio. “\$350 000. Mercurio 99.9% de pureza por kilogramo. Excelente precio envío a cualquier parte de Colombia”. Tomado de <http://cali.olx.com.co/venta-de-mercurio-cali-iid-431619199>



**Figura 2.** *Mercurio Cianuro Minería, Segovia, Antioquia.*

Nota: Detalles de anuncio. “\$100 000. Ofrezco Mercurio 99.9% de pureza, por kilogramos en la cantidad que necesite. Excelente precio, envío a cualquier parte del país”. Tomado de <http://segovia.olx.com.co/mercurio-cianuro-mineria-iid-394154761>

Así como los dos anuncios antes mencionados, se encuentran infinidad de avisos publicitarios ofreciendo este metal sin ninguna restricción, pero con las consecuencias que de esto se derivan. Un demandante podrá conseguir en el mercado el mercurio por kilogramos al precio que más le convenga.

Como se dijo anteriormente, en el país hay 28 empresas legalmente constituidas para la venta de mercurio, que sin embargo no tienen vallas ni avisos publicitarios en páginas web, dando los precios directamente al posible comprador o interesado en el metal, para esto son muy cautelosos y esquivos, se cuidan y al mismo tiempo recomiendan que no compren en el mercado negro porque estarían propensos a ser estafados con mercurio de baja pureza y por supuesto barato, de cualquier precio el kilogramo como se muestra en las figuras 1 y 2. Es muy importante tener en cuenta que los precios del mercurio en las 28 empresas que distribuyen en el país se encuentra la competencia perfecta, dado que hay precios que van desde \$150 000 hasta \$600 000 el kilogramo, llama la atención por qué estos varían en forma muy alejada, puede estar jugando un papel muy importante la calidad y el contrabando. La empresa Metal Mineral Graop S.A.S. de la ciudad de Bogotá ofrece el metal a \$150 000 y la pipeta a \$6 000 000; mientras la Compañía Emch Energy Mining Construction and Heavy Equipment S.A.S, ubicada en Chía Cundinamarca, ofrece a \$600 000 el kilogramo y la pipeta a \$9 500 000, es decir, el límite inferior y el límite superior; mientras que otras compañías como Insuminer S.A. de la ciudad de Medellín lo ofrece a \$180 000 y la pipeta a \$5 500 000 y Gyg Global Corporation S.A.S. de la ciudad de Bogotá lo ofrece a \$399 090 el kilogramo y a \$7 890 999 la pipeta; seguido en su orden de importancia los precios que oscilan entre \$260 000 y \$380 000 el primero ofertado por la empresa Surtiminas S.A. de Medellín que además oferta la pipeta a \$7 800 000 y el segundo representado por la empresa Distribuidora de Químicas Industriales S.A. de Medellín que ofrece la pipeta a \$9 400 000; luego se encuentran la compañía Ferretería el Pedalista Luis Alberto Velázquez y Cía. Ltda., ubicada en la ciudad de Medellín, que ofrece el mercurio a \$280 000 el kg y a \$8 500 000 la pipeta; le sigue en su orden la compañía TMC Triveño, ubicada en Bogotá, que ofrece el mercurio a \$290 000 el kg y no suministra precio por pipeta; le sigue la compañía Comercializadora y Suministros Mineros de Colombia S.A.S en Medellín la cual ofrece el kg de Mercurio a \$300 657 y la pipeta a \$6 999 999; acto seguido se encuentra la empresa Químicos Compota y Cía. Ltda. de Bogotá que oferta a \$309 500 el kg de mercurio y la pipeta a \$8 200 000; así mismo se encuentra la Compañía Prolanco S.A.S. en la ciudad de Bogotá y reporta su oferta a \$315 000 el kg de mercurio y la pipeta a \$7 800 000.

Es importante resaltar que estos precios fueron suministrados por propietarios de la empresa, empleados, gerentes y/o administradores de cada una de las compañías que fueron contactadas telefónicamente (ver tabla 11).

Durante el 2005, la producción del oro en el país fue de 1115000 onza, y Antioquia fue el responsable de cerca del 60 % de esta producción. En regiones como la Nordeste y Bajo Cauca antioqueño, Condoto, Istmina, Lloró y otras en Chocó, el sur de Bolívar, Llanadas y Sotomayor en Nariño, Vetas y California en Santander, la población depende económicamente de la minería en un 90 %, INFOEXIM, (2014).

En Colombia el número de mineros artesanales es de aproximadamente 220000 personas, labor realizada principalmente por los hombres, sin embargo, más de 10 % de los obreros son mujeres y niños, y muchos de estos acompañan a sus madres mientras trabajan, exponiéndose y participando en algunas actividades mineras. Lo dicho anteriormente, refuerza lo expuesto en la tabla 2, donde se dice que: Chocó, Antioquia y Bolívar son los mayores productores de oro en Colombia y por consiguiente los que más consumen mercurio en el desarrollo de esta actividad económica, legal e ilegal, artesanal o en pequeña escala todo ello contribuye a incrementar la contaminación del medio ambiente y el deterioro de la vida de los asociados que se encuentran cerca de las explotaciones de las minas de oro. Ayala, H., Rodallega, N., Ardila, Y (2005).

De acuerdo con los datos anteriores, y teniendo en cuenta las proyecciones de 2014, Colombia ha triplicado la producción de oro y por ende el uso del mercurio ha venido creciendo en forma vertiginosa, pues se estima, según la Sinopsis Nacional de la Minería Aurífera Artesanal y de Pequeña Escala (PNUMA y MADS, 2012), que a 2013, el consumo de mercurio creció en un 127 % con respecto al año 2011, es decir en tres años. Esto es algo sorprendente, puesto que el grado de contaminación y de afectación de la población también se ha extendido, todo por efectos colaterales del uso del mercurio en las explotaciones mineras legal o ilegal. Por lo antes expuesto, se puede

inferir que se hace necesario que el Gobierno en todos sus niveles, intervenga con medidas fuertes que logren frenar el impacto de esta actividad económica que tanto daño le causa al país desde el punto de vista económico, ambiental, de salud pública y demás derivados de este problema.

Finalmente y como puede apreciarse este estudio, determinar las características técnicas del mercurio, requiere un alto grado de complejidad y esto amerita ser tratado por profesionales de la química que puedan dar una explicación coherente y lógica que permita hacer un análisis detallado de los componentes que integran este metal, como medio de explotación del oro y otros usos en diversas actividades económicas que se llevan a cabo al interior del país.

## Referencias

- Ayala, H., Rodallega, N., Ardila, Y. e Instituto de Investigaciones Ambientales del Pacífico. (2005). *Diagnóstico situacional de la minería artesanal y en pequeña escala desarrollada por afrocolombianos en territorios colectivos de comunidades negras en el Chocó biogeográfico*. Quibdó: Instituto de Investigaciones Ambientales del Pacífico.
- ICONTEC. (1999). *Norma Técnica Colombiana NTC 4702-6. Embalajes y envases para transporte de mercancías peligrosas clase 6 –Sustancias tóxicas e infecciosas*. Bogotá: ICONTEC.
- ICONTEC. (2000). *Norma Técnica Colombiana –NTC 3969 Transporte de mercancías peligrosas Clase 6: sustancias tóxicas e infecciosas, transporte por carretera*. Bogotá: ICONTEC.
- ICONTEC. (2005). *Norma Técnica Colombiana –NTC 1692 Transporte de mercancías peligrosas: definiciones, clasificación, marcado, etiquetado y rotulado*. Bogotá: ICONTEC.
- INFOEXIM, (2014) Información de las exportaciones e importaciones de Colombia [www.infoexim.com/](http://www.infoexim.com/)
- INGEOMINAS. (2011), Servicio Geológico Colombiano, UPME, Bogotá D.C. (2012-2013)

- Jiménez, O. (2004). *El Chocó: un paraíso del demonio: Nóvita, Citará y El Baudó siglo XVIII*. Medellín: Editorial Universidad de Antioquia.
- Medina, F., Ayala, H. y Perea, J. (2011). Determinación de la contaminación mercurial en personas vinculadas con la minería de oro en el distrito minero del San Juan, departamento del Chocó, Colombia. *Revista Bioetnia*, (8)2, 195-206.
- MINERCOL y PNUD. (2001). *Integración de Áreas Mineras para la Explotación de Oro en el Sur de Bolívar. Resumen Proyecto*. Barrancabermeja. MINERCOL y PNUD.
- Ministerio de Minas y Energía. (2012). *Censo Minero Departamental 2010–2011*. Bogotá: Ministerio de Minas y Energía.
- Naciones Unidas. (1994). *Convenio de las Naciones Unidas sobre el transporte marítimo de mercancías, 1978*. Recuperado de: [http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/transport/hamburg/hamburg\\_rules\\_s.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/transport/hamburg/hamburg_rules_s.pdf)
- Navarrete, M. C. (2005). *Génesis y desarrollo de la esclavitud en Colombia siglos XVI y XVII*. Cali: Universidad del Valle.
- Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) y Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible (MADS). (2012). *Sinopsis Nacional de la Minería Aurífera Artesanal y de Pequeña Escala*. PNUMA y MADS: Bogotá.
- Organización de las Naciones Unidas (ONU). (2013). *Recomendaciones relativas al transporte de mercancías peligrosas. Reglamentación modelo. Volumen I, Décimo octava edición revisada*. Ginebra: Naciones Unidas.

# La culpabilidad por la vulnerabilidad como medida de la pena: una revisión al concepto de culpabilidad penal

*The guiltiness by vulnerability as a measure of punishment:  
The Concept of Criminal Guiltiness Revised*

*Duvan de Jesús Castañeda García\**

*El proceso de criminalización se dirige de manera altamente selectiva  
hacia los estratos sociales más débiles y marginados*  
ALESSANDRO BARATTA

*El derecho no es el mero resultado de caprichosas veleidades del legislador,  
sino esencialmente el producto reflejo de una realidad social*  
ALFONSO REYES ECHANDÍA

## Resumen

El problema de la culpabilidad penal quizá sea el más discutido y es del que menos acuerdo existe en la teoría del delito. Es obvio que ello obedece a que la culpabilidad corona la teoría del delito, y toda falla en los cimientos o en la planificación de la estructura teórica del delito, se hace más evidente a medida que se asciende en los estratos teóricos de la misma, pudiendo distorsionarlos totalmente por defecto de sustentación en las etapas anteriores. El problema surge cuando la culpabilidad penal deja de ser concebida como juicio de reproche y se sustenta en la peligrosidad, por lo que el derecho penal no se estaría erigiendo en un derecho penal de acto, sino en un derecho penal de autor, donde la respuesta punitiva del Estado no se dirige hacia lo que el autor hace, sino hacia lo que el autor es, desconociéndose el principio de antijuridicidad material. Es en este punto donde surge una especie de disolución conceptual del derecho penal contemporáneo que tiene raíces profundas y consecuencias bastante graves.

**Palabras clave:** derecho penal, culpabilidad, reprochabilidad, peligrosidad, derecho penal de acto, derecho penal de autor

## Abstract

The problem of guiltiness is perhaps the most discussed but it is indeed the one with less accord in the Theory of Crime. It is obvious that such a lack of accord is due to Guiltiness as the crown of the Theory of Crime, and the higher the level in the theoretical structure of Crime the more evident every failure in its groundings or in its planning becomes, and the defects in the previous stages totally distort them. The problem patent when guiltiness is no longer conceived as reproachfulness and is sustained in dangerousness, and so it is covered in a Penal Law of Action where the punitive answer of the State is not directed towards the subject's deeds but towards the subject's being or self, having as a consequence the disregarding of the principle of material antijuridicity. It is in this point where occurs a kind of conceptual dissolution of Contemporary Penal Law, which is very serious, with rooted very deep in a conceptual inconsistency and preoccupant consequences. Those are reasons enough to reconsider the concept of Guiltiness and its relation with dangerousness.

**Keywords:** penal Law, guiltiness, reproachfulness, dangerousness, Penal Law in act, Penal Law of author

\* Estudiante de Derecho, Institución Universitaria de Envigado, dr.duvancabogado@gmail.com  
Envigado – Antioquia.

## Introducción

El delito, entendido en el sentido más general de la expresión, es aquella “forma de comportamiento desviado que se considera grave dentro de un sistema social y que es calificado de tal por órganos legislativos con competencia para ello” (Bacigalupo, 1996, p. 2). Ese comportamiento desviado para que tenga relevancia jurídico-penal debe ser punible, lo cual significa que debe ser castigado con pena criminal, y por tanto en los términos del artículo 9° de la Ley 509 de 2000, se requiere que sea típico, antijurídico y culpable.

Siendo la culpabilidad penal el último estrato teórico de la construcción dogmática del delito, es allí donde surgen todas las contradicciones de la sistemática que se haya elaborado hasta ese momento. Como resultado de esa sistemática se tiene el injusto penal, que no es otra cosa que la conducta típica y antijurídica, o, lo que es igual, la conducta típicamente antijurídica.

Por ello, el injusto penal presupone dos aristas, pues de un lado se exige la lesión al derecho<sup>1</sup>, y del otro, esa lesión al derecho se traduce en una pena. En consecuencia, la pregunta será ¿se puede dejar la pena adecuada solamente al grado de infracción al derecho?, ¿se puede dejar la pena adecuada al grado de injusto? La respuesta obvia a estos dos interrogantes es, no se puede.

Para la imposición de una pena, principal consecuencia jurídico-penal del delito, no es suficiente con la inferencia razonable para formular imputación<sup>2</sup>, es decir, para vincular formalmente a la investigación a una o varias personas, ni tampoco con la probabilidad de verdad de la comisión del delito para formular acusación<sup>3</sup> de una conducta típica

---

<sup>1</sup> La Ley 599 de 2000, consagra en el artículo 11 el principio de antijuridicidad material o principio de lesividad, disponiendo que “para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa el bien jurídicamente tutelado por la ley penal”.

<sup>2</sup> El artículo 287 del Código de Procedimiento Penal, establece las situaciones que determinan la formulación de imputación, disponiendo que “el fiscal hará la imputación fáctica cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, se pueda inferir razonablemente que el imputado es autor o participe del delito que se investiga...”

<sup>3</sup> El artículo 336 del C.P.P., establece los requisitos para formular acusación, y dispone que “el fiscal presentará el escrito de acusación ante el juez competente para adelantar el juicio cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida, se pueda afirmar, con probabilidad de verdad, que la conducta delictiva existió y que el imputado es su autor o participe...”

y antijurídica. Como se deduce de algunos presupuestos del derecho penal vigente en cualquier país civilizado, la comisión de un hecho delictivo, en el sentido de conducta típica y antijurídica, no presupone *per se* la imposición de una pena al autor o partícipes de ese hecho.

Se necesita entonces, una conexión o puente entre el injusto penal y la pena. De manera que, si se adecua la pena solamente al grado del injusto penal, desconociendo la conexión o puente entre éste y aquella, la respuesta punitiva del Estado solo sería posible –valga la paradoja– en una sociedad imposible; solo sería posible en una sociedad de iguales donde todas las personas tuvieran el mismo espacio de autodeterminación; sería posible en una sociedad simétrica donde todas las personas fueran iguales, pero además permanecerían iguales, cuando se sabe que el ser humano es cambiante.

Esa conexión o puente del que se habla, se materializa con la cuantificación de la pena, es decir, con la forma como se cuantifica la pena cuando se tiene un injusto penal en un determinado nivel de gravedad, manifestado a través de la respuesta punitiva o *ius puniendi* del Estado. Pero, ¿cuál es la medida de la pena?, ¿cómo se cuantifica la pena? Hoy se responde que la medida de la pena, es la medida de la culpabilidad. En eso la doctrina más calificada está de acuerdo, lástima que no suceda lo mismo en tratándose del concepto de culpabilidad.

Es en este punto donde surge una especie de disolución conceptual del derecho penal contemporáneo, que tiene raíces profundas y consecuencias bastante graves. Es por ello, que se hace necesaria una reflexión tendiente a la recuperación del concepto de culpabilidad penal en su más prístina versión, no como peligrosidad sino como aquel juicio de reproche que deberá hacerse al autor del delito.

Juicio de reproche entendido no como el libre albedrío romántico, sino como el catálogo de posibles conductas que se le presentan al sujeto activo del delito al momento de la comisión de una conducta típica y antijurídica, y aun así éste actúa contrario a derecho. De esta manera, el operador jurídico, mantendrá incólume el principio del derecho penal de acto, principio fundante del derecho penal colombiano, lo cual se verá reflejado al momento de la determinación judicial de la pena o dosimetría penal, que tendrá relación con los fines de la pena,

donde el Estado a través de la respuesta punitiva lleve a las cárceles a los sujetos que han lesionado o puesto efectivamente en peligro sin justa causa, un bien jurídico objeto de tutela por parte de la ley penal, no como sucede hoy en el sistema jurídico-penal y carcelario, donde el Estado está enviando a las cárceles a los sujetos vulnerables de las clases menos favorecidas, más débiles y marginales.

En ese orden de ideas, el Estado está criminalizando a los sujetos más vulnerables, soslayando el juicio de reproche al momento de la determinación de la pena, lo que consecuentemente resulta atentatorio al principio del derecho penal de acto, abriendo paso a un derecho penal de autor, por lo que la aplicación del derecho penal se está deslegitimando, y en consecuencia, se está desvaneciendo el concepto de culpabilidad penal, entendido como reprochabilidad o juicio de reproche, para ser entendido tal concepto como peligrosidad positivista como discurso vigente en el principio fundante del derecho penal de acto.

De allí que, este artículo se ocupe de realizar una reflexión necesaria sobre la disolución del concepto de culpabilidad, y pretenda, por tanto, crear una revisión de tal concepto, para crear una fisura a la aplicación actual del derecho penal, para mantener incólumes los principios de lesión y de acto en el derecho penal contemporáneo.

## 1. El concepto de culpabilidad penal

La dogmática penal, se ha desarrollado a la largo de la historia a través de dos grandes corrientes de pensamiento: (i) el positivo penal italiano<sup>4</sup>, y (ii) el positivismo penal alemán<sup>5</sup>. Esta última corriente de pensamiento está compuesta por la escuela clásica, la escuela neoclásica y la escuela finalista. Fue entonces, el positivismo penal alemán el que definió el delito como conducta típica, antijurídica y culpable<sup>6</sup>. Definición que hoy es común en la ley y en los textos doctrinarios,

---

<sup>4</sup> Se circunscriben a esta corriente de pensamiento autores como Cesare Lombroso, Enrique Ferri, Francesco Carrara, Raffaele Garofalo, Giuseppe Bettiol, entre otros.

<sup>5</sup> Pertenecen a esta corriente autores como Franz von Liszt, Ernst Beling, Edmund Mezger, Hans Welzel, Alexander Graf zu Dohna, Günther Stratenwerth, Günther Jakobs, entre otros.

<sup>6</sup> Téngase en cuenta que, como lo afirma Hans Heinrich Jeschek, “el concepto del delito como acción típica, antijurídica y culpable, del cual proceden en la actualidad todas las doctrinas en Alemania, no ha sido obra de un solo espíritu eminente, sino que descansa en una larga evolución histórica”.

pues el artículo 9° del Código Penal Colombiano acoge dicha estructura sistemática de la configuración de la conducta punible, cuya función principal es servir de herramienta mental de cara a analizar casos concretos con relevancia jurídico-penal.

### **1.1 La culpabilidad en la escuela clásica del delito**

La escuela clásica del delito, cuyos representantes más significativos son Franz von Liszt y Ernst Beling, concibieron la culpabilidad como el nexo psicológico que constituye el aspecto subjetivo del delito, es decir, una culpabilidad causalista, por ser una “relación subjetiva entre el acto y el autor” (Liszt, 1927, p. 388).

En ese orden de ideas, la culpabilidad es una realidad psicológica existente en el individuo. Para que exista dicho elemento es necesario que se dé un acto de voluntad el cual supone una representación a la cual tiende la culpabilidad. El dolo y la culpa conforman la culpabilidad en la escuela clásica del delito.

### **1.2 La culpabilidad en la escuela neoclásica del delito**

En la escuela neoclásica del delito, fue Reinhard Frank, quien en 1907 escribió su obra célebre titulada “Estructura del concepto de culpabilidad”. En esta pequeña obra, Frank demostró que muchas veces en la culpabilidad existía un nexo psicológico entre el autor y el hecho, sin embargo, no se podía decir que existiera culpabilidad (Frank, 1996). Por esta razón, la culpabilidad no puede agotarse solamente en una vinculación psicológica, sino que la culpabilidad es algo más, es un juicio de reproche.

El juicio de reproche o reprochabilidad –dice Frank– es un concepto complejo, entre cuyos elementos están, al lado del dolo y la culpa, la inimputabilidad y las circunstancias del hecho antijurídico. Así, el concepto de reprochabilidad, es solo una breve síntesis de los distintos elementos de la culpabilidad (Frank, 1966), que enunciados en forma completa y sistemática son:

- a) Una actitud espiritual normal del autor, lo cual se denomina imputabilidad,
- b) Una cierta concreta relación psíquica del autor con el hecho (dolo), o aun la posibilidad del hecho (culpa),

c) La normalidad de las circunstancias en las cuales el autor del delito obra, es decir, la exigibilidad de otra conducta.

En síntesis, para la escuela neoclásica del delito, la culpabilidad se apoya en la violación del deber jurídico impuesto por la prohibición o el mandato. Su específico carácter normativo consiste en la constatación de tal contrariedad al deber, que es lo que es denominado juicio de reproche. La reprohabilidad se realiza contra el autor del delito por haber decidido actuar contra el derecho, cuando hubiera podido (imputabilidad, normal motivación de la voluntad, dominio del hecho), actuar conforme al derecho, y en derecho debido (exigibilidad), determinarse a actuar conforme al deber de la norma incriminadora.

### **1.3 La culpabilidad en la escuela finalista del delito**

Hans Welzel (1956), máximo precursor de la teoría finalista, estableció que el delito, parte de una acción pero tiene una finalidad o un fin, es decir, el delito basa su creación en una relación ético-social en donde en primer plano se encuentra la culpabilidad como elemento del delito. De ahí que la teoría finalista hace un análisis de la culpabilidad del delincuente tomando en cuenta el fin o fines de la acción este; ésta ideología recibe el nombre de finalista por que atiende principalmente al estudio técnico-jurídico sobre la finalidad del autor para cometer el delito.

La escuela finalista, propuso un concepto de culpabilidad carente de todo elemento psicológico (como lo concebía la escuela neoclásica que ubicaba el dolo y la culpa como elementos de la culpabilidad), como quiera que el dolo y la culpa no son elementos de la culpabilidad, pero sí son elementos del tipo penal subjetivo que previamente están establecidos en la norma. De esta manera, los finalistas erigen un concepto de culpabilidad como puro juicio de reproche. Juicio que “se le hace el sujeto imputable, que ha obrado de manera típicamente dolosa o culposa y con antijuridicidad” (Agudelo, 2013, p. 136). Esto significa que, la reprochabilidad ubica al sujeto en circunstancias que le hacían exigible el comportamiento conforme a la ley, pero no la obedeció; Welzen, parte del libre albedrío en la fundamentación de

la culpabilidad y por tal razón sostiene que el reproche implica una persona libre en sus concretas circunstancias (1956, p. 230).

En el finalismo, la culpabilidad al ser un juicio de reproche, tiene como supuestos los siguientes elementos:

- a) La imputabilidad (capacidad de motivación del autor del delito de dirigir una acción a un determinado fin contrario a la ley),
- b) La conciencia actual y potencial de la antijuridicidad (el autor del delito conoce la norma y sabe que su comportamiento está prohibido pero aun así dirige su acción para lograr un fin determinado),
- c) La exigibilidad de otra conducta (capacidad del autor del delito de poder actuar de otro modo, es decir, actuar conforme a la ley).

En síntesis, “el juicio de reproche que supone la culpabilidad, era un puro juicio de valor en el cual la reprochabilidad de la conducta, podía exigirse en cuanto la conducta finalmente requerida, no guardó el cuidado objetivamente debido para evitar el resultado” (Tobón, 1998, p. 82).

## **2. La pérdida del concepto de culpabilidad como juicio de reproche**

En el curso del siglo pasado, el peligrosismo –que surge con el positivismo penal italiano–, creó una disolución al concepto de culpabilidad entendida como reprochabilidad. El peligrosismo entendía que no solo bastaba con la punición de los delitos consumados o tentados, sino que convenía anticiparse a la realidad de la delincuencia, adoptando medidas de seguridad contra los sujetos de los cuales existía fundadamente por condiciones personales, de relación o de ambiente, la posibilidad de comisión de actos contrarios a los intereses sociales e individuales.

El concepto de estado peligroso se aplicaba a aquellos individuos que no pertenecían a la categoría de personas normales, es decir, a todos aquellos anormales: enfermos de mente, pobres, vagabundos, feos con características similares al del criminal nato, a todos aquellos que constituían una clase peligrosa que cuestionaba el ambiente en que vivían (Bogun, 2003). Los individuos anormales y degenerados eran peligrosos, y por lo tanto debían ser corregidos o neutralizados para

el bien de la sociedad y de sí mismos. El límite a la intervención del Estado se desarrolló en aras de la peligrosidad como fundamento y medida de función punitiva.

El positivismo penal italiano, reemplazó el reproche en la culpabilidad por la peligrosidad, en la que el delito, la infracción o el injusto penal pasaron a ser un signo revelador del supuesto peligro del autor. Perdiendo importancia la lesión al derecho<sup>7</sup>, y tomando capital significación el reduccionismo biológico.

El máximo representante del discurso reduccionista biológico fue Cesare Lombroso con su célebre obra titulada “El hombre delincuente”, en la que sostenía que existía un delincuente nato, entendiendo por tal, aquella especie de delincuente que por presentar ciertas características físicas o morfológicas definidas desde su nacimiento, estaba determinado naturalmente a tener inclinación hacia el delito, lo cual significa que por algún accidente biológico, súbitamente se producía una retención del desarrollo embrio-fetal, originándose el nacimiento de una criatura, de una persona mal desarrollada que estaría determinada a ser delincuente (Huertas, 2011).

El peligrosismo positivista en precedencia, en particular el positivismo Ferriano de las primeras décadas del siglo pasado, fue el más burdo, más grosero y más monista, por cuanto Enrico Ferri, “amplía y configura con un criterio más unitario y coordinado la visión del positivismo, partiendo de considerar que el hombre está fatalmente determinado a cometer delitos por el hecho de vivir en sociedad, pues ésta genera los motivos de la delincuencia” (Huertas, 2011).

Sin embargo, ese positivismo peligrosista en la dogmática alemana cobra un matiz distinto, y quien se encarga de darle ese matiz es Franz von Liszt. La famosa construcción de Liszt en su célebre obra “Tratado de derecho penal alemán”, consta de un injusto objetivo y culpabilidad subjetiva –o lo que se denomina teoría psicológica de la culpabilidad–. Para Liszt la culpabilidad significa responsabilidad por el injusto, abarcando la causación del resultado por el autor y la ilegalidad del acto” (Fernández, 1986, p. 239).

La culpabilidad de Von Liszt, era lo que hoy se denomina el aspecto subjetivo del tipo penal, vale decir, el dolo, la culpa o la preterintención, y no permitía graduación. Liszt graduaba la culpabilidad con base en la peligrosidad positivista de la época. Por tanto, la culpabilidad no era culpabilidad propiamente dicha, sino una descripción del aspecto subjetivo, lo cual significa una descripción de la voluntad de la persona, dado que la culpabilidad “en sentido estricto es la relación subjetiva entre el acto y el autor, relación que sólo puede ser psicológica, pero que, al existir, determina la ordenación de la naturaleza antisocial del carácter del autor” (Fernández, 1986, p. 239).

Esta era pues, la famosa culpabilidad descriptiva o culpabilidad naturalística de la construcción dogmática de Von Liszt y de la escuela clásica del delito. Este concepto de culpabilidad se mantuvo vigente hasta 1907, cuando renace la teoría de la culpabilidad, entendida como juicio de reproche o reprochabilidad. Ulteriormente, fue la escuela finalista de Hans Welzen, la que le da el carácter de reprochabilidad a la culpabilidad –como se señaló en párrafos anteriores–, donde uno de sus elementos constitutivos del juicio de reproche es la exigibilidad de otra conducta.

### **3. El reproche y la reprochabilidad**

Adviértase que, reproche no es sinónimo de reprochabilidad. Lo que se le reprocha al autor es que haya realizado una conducta típicamente antijurídica cuando podría exigírsele que no la realizara. De allí que, cuando no hay injusto no hay reproche jurídico-penal. Desde luego, se suscita un reproche ético o moral, empero, éstos, no son propios de la órbita del derecho penal.

“En la posibilidad exigible que el autor tuvo de actuar conforme a derecho es en lo que se finca el reproche, porque es lo que evidencia la disposición interna que el autor tuvo para el hecho. No es cierta así, la crítica de que la culpabilidad como reprochabilidad es algo que está en la cabeza del juez pero no en la conducta, puesto que la reprochabilidad es la valoración jurídica de la disposición contraria a la norma y al derecho que hubo en el acto y que se revela al juez mediante la posibilidad que tuvo el autor de proceder de otra manera” (Zaffaroni, 1999, p. 27).

La reprochabilidad, entonces, no es el reproche mismo, pues el reproche lo hace el orden jurídico, mientras la reprochabilidad es la comprobación de las condiciones que permiten el reproche en función de que revelan la disposición interna contraria al derecho con que el autor realizó el acto.

#### **4. La disolución conceptual de la culpabilidad: reprochabilidad por la peligrosidad**

La culpabilidad penal, por su esencia de reprochabilidad no puede significar otra cosa, máxime cuando el mismo término así lo indica. La idea de culpabilidad está indicando una idea de reproche, una idea de deuda, una idea de falta, una idea de falla con el Estado y el orden social. De modo que, hablar de una culpabilidad descriptiva o de una culpabilidad como mera voluntad, es una no culpabilidad. Por lo tanto, si el derecho se aferrara a la idea positivista de concebir la culpabilidad como peligrosidad, dejando de lado el concepto de juicio de reproche, estaría eliminando el puente o conexión entre la conducta típicamente antijurídica y la pena. Lo cual reflejaría que la reacción punitiva del Estado está determinada por la peligrosidad del autor imputable del delito, desconfigurándose así la sistemática propia de la estructura de la conducta punible.

Como definición general del término peligrosidad, algunos autores han propuesto la conceptualización de peligrosidad como “capacidad para cometer conductas antisociales” (Chargoy, 1999). No obstante, esta definición es excesivamente general y puede asociarse más bien con lo que habitualmente se denomina peligrosidad social, puesto que no hace referencia específicamente a la comisión de hechos delictivos. En este sentido, si bien es habitual que la criminología proponga su propia definición de delito, más amplia que la ofrecida por el derecho penal, recuérdese que, no toda conducta antisocial puede ser considerada como delito.

Será Ferri quien, acertadamente, distinga entre peligrosidad social y peligrosidad criminal. La primera será entendida como “la mayor o menor probabilidad de que un sujeto cometa un delito” (1933, p. 135), mientras que la segunda se refiere a “la mayor o menor re-adaptabilidad a la vida social de un sujeto que ya delinquirió” (1933, 135.). Por tanto, la peligrosidad social se refiere a la posibilidad de que una

persona se convierta en un peligro para la sociedad, es decir, que llegue a estar determinada biológicamente (determinismo criminal) a delinquir, creando un riesgo social o marginalidad no deseable para el resto de la comunidad.

Ahora bien, cuando el positivismo entre en crisis, comienza la preocupación por crear un concepto de culpabilidad que sea el equivalente funcional de la peligrosidad que entró en declive. Se crea entonces, una culpabilidad como puro juicio de reproche, fundante de un derecho penal de acto. No obstante, la peligrosidad se ha disuelto en una culpabilidad de acto, convirtiéndose en un problema para el ejercicio del poder punitivo, puesto que, si se le reprocha un injusto penal a un sujeto imputable conforme al ámbito de autodeterminación que tiene para abstenerse de consumir o desistir de un delito, hay sujetos que tienen un ámbito de autodeterminación en unas circunstancias más amplio y otros que tiene ese mismo ámbito de autodeterminación más limitado.

Así, por ejemplo, suponiendo que un sujeto tímido, apocado, muy difícil de relacionarse con otras personas, al que naturalmente le cuesta mucho mentir, de buena clase social y con estudios superiores, comete el delito de secuestro extorsivo. Y suponiendo ahora que, el mismo delito es cometido por un sujeto que es mitómano, al cual le resulta difícil contenerse, con un nivel de educación bastante básico, y además ya ha sido investigado por diferentes delitos. Se puede preguntar entonces ¿cuál de los dos sujetos es más reprochable? *Prima facie*, se respondería que el comportamiento del primer sujeto sería menos reprochable, puesto que este sujeto tenía un ámbito de autodeterminación más amplio para no cometer el delito de secuestro extorsivo. Pero, ¿qué pasa con el segundo sujeto? Se respondería que al segundo sujeto se le ha de reprochar más, por cuanto puede volver a cometer el mismo delito, toda vez que es proclive a la delincuencia. Es ésta la peligrosidad pura, misma peligrosidad que reemplazó la finalidad y el concepto de la culpabilidad entendida como reprochabilidad.

Para tratar de reemplazar el concepto de culpabilidad entendida como reproche, se empezó a inventar la culpabilidad que cumpliera la función de imponerle más pena a un sujeto que a otro. Por esta

razón, se erige una discusión que en la actualidad se quiere soslayar y se remienda con la política criminal, pero es la discusión que hay en el fondo de todo planteamiento culpabilista: la peligrosidad.

En la práctica judicial, se está ocultando la peligrosidad en el derecho penal de acto o reproche de acto, donde la respuesta punitiva del Estado es enviar a las cárceles a los sujetos por su personalidad y no por la reprochabilidad que merece la conducta típica y antijurídica que este cometió. Dando paso así, no a un derecho penal de acto, sino a un derecho penal de autor, en el que la peligrosidad es la protagonista.

## **5. El discurso legitimante del poder punitivo del Estado: Derecho penal de autor y Derecho penal de acto**

Desde el punto de vista de la esencia de las distintas concepciones de la relación del delito con el autor, el delito puede ser para algunos (i) una infracción o lesión jurídica, y para otros (ii) el signo o síntoma de una inferioridad moral, biológica o psicológica. Por esta razón, el discurso legitimante del poder punitivo del Estado para los primeros, es el desvalor de la acción que se agota en el acto mismo (lesión). En tanto que, para los segundos, es sólo una lente que permite ver algo en lo que se deposita el desvalor y que se halla en una característica del autor. Así, la reacción punitiva del Estado se legitima en un derecho penal de acto o en un derecho penal de autor.

### **5.1 El derecho penal de autor**

Para el derecho penal de autor, el delito es signo de una falla en un aparato complejo, pero que no pasa de ser una complicada pieza de otro aparato mayor denominado sociedad. “Esta falla del mecanismo pequeño importa un peligro para el aparato mayor, es decir, indica un estado de peligrosidad. Las agencias jurídicas constituyen aparatos mecánicamente determinados a la corrección o neutralización de las piezas malas” (Zaffaroni, 2002, p. 66). Dentro de esta corriente, ni los criminalizados ni los operadores jurídicos son personas, sino cosas complicadas, destinadas unas por sus fallas a sufrir la criminalización (criminalización primaria), y otras, por sus especiales composiciones a ejercerla (criminalización secundaria).

Se trata pues, de un juego de parásitos y leucocitos del gran organismo social, pero que no interesan en su individualidad, sino sólo en razón de la salud de este. De cualquier manera, es bueno destacar que los argumentos del derecho penal de autor que idolatra una divinidad mecánica e impersonal, no siempre son consecuentes con sus planteamientos, pues suelen ocultar posiciones de su versión contraria y vestir con “ciencia” mecánica valoraciones meramente moralizantes.

En el discurso del derecho penal de autor, el criminalizado es un ser inferior, es decir, presenta una inferioridad mecánica que lo hace peligroso, y por ello penado, pero no es su persona la única que se desconoce, pues el discurso del derecho penal de autor le propone a los operadores jurídicos la negación de su propia condición de personas.

En ese orden de ideas, el derecho penal de autor parece ser producto de un desequilibrio crítico deteriorante de la dignidad humana de quienes padecen y practican la criminalización (Zaffaroni, 2002). En suma, el derecho penal de autor legitima el *ius puniendi* del Estado hacia la personalidad del sujeto, no hacia la conducta antijurídica que el sujeto realiza.

## 5.2 El derecho penal de acto

En sus versiones más puras, “el derecho penal de acto concibe al delito como un conflicto que produce una lesión jurídica, provocado por un acto humano como decisión autónoma de un ente responsable (persona) al que se le puede reprochar y, por tanto, retribuirle el mal en medida de la culpabilidad (de la autonomía de voluntad con que actúo)” (Zaffaroni, 2002, p. 67). Así, este discurso requiere que los conflictos se limiten a los provocados por acciones humanas (*nullum crimen sine conducta*), una estricta delimitación de los mismos en la criminalización primaria (*nullum crimen sine lege*), y la culpabilidad por el acto como límite de la pena (*nullum crimen sine culpa*).

El derecho penal de acto, en el plano procesal, exige un debate de partes ceñido a lo que sea materia de acusación, y de ese modo separa las funciones del acusador, del defensor y del juez (sistema acusatorio). Aunque ninguno de estos principios se cumple estrictamente, no cabe duda que las agencias jurídicas que los asumen deciden con

menor irracionalidad y violencia que el resto de teorías legitimantes de la reacción punitiva.

Con todo, el derecho penal de acto, dirige la respuesta punitiva del Estado hacia lo que el autor del delito hace (lesión del bien jurídico tutelado por la ley penal), no hacia la personalidad del sujeto.

### **5.3 La legitimación del poder punitivo del Estado en el derecho penal colombiano**

El derecho penal colombiano, en general, y el principio de culpabilidad en particular, están fundados en el derecho penal de acto. Por ello, la Corte Constitucional, mediante sentencia C-077 de 2006, afirmó que

“En la doctrina penal se distingue entre derecho penal de autor y el derecho penal de acto. i) En el primero, el sujeto responde por su ser, por sus condiciones sicofísicas o su personalidad, que se consideran peligrosos para la sociedad, por su supuesta inclinación natural al delito, con un criterio determinista, de modo que el sujeto resulta condenado por la naturaleza a sufrir las condenas penales, por obra del destino y, por tanto de modo fatal o inevitable. En este orden de ideas, no es relevante que aquel cometa infracciones, sino que tenga la potencialidad de cometerlas. ii) En el segundo, el sujeto responde por sus actos conscientes y libres, es decir por la comisión de conductas conocidas y queridas por él mismo, previstas expresa y previamente en la ley como contrarias a bienes fundamentales de la sociedad y de sus miembros y que hace a aquel merecedor de una sanción”.

En igual sentido, el más Alto Tribunal Constitucional, mediante sentencia C-365 de 2012, ha manifestado que la culpabilidad en el ordenamiento jurídico-penal colombiano, está regida por el derecho penal de acto,

“El principio de culpabilidad derivado del artículo 29 de la Carta Política y que en nuestro ordenamiento jurídico tiene las siguientes consecuencias: (i) el Derecho penal, por el cual sólo se permite castigar al hombre por lo que hace, por su conducta social, y no por lo que es, no por lo que sea, piensa o siente. (ii) El principio según el cual no hay acción sin voluntad, que exige la configuración del elemento subjetivo del delito. De acuerdo al mismo, ningún hecho o comportamiento humano es valorado como acción, sino es el fruto de una decisión; por tanto, no puede ser castigado si no es intencional, esto es, realizado con conciencia y voluntad por una persona capaz de co-

meter y de querer. (iii) El grado de culpabilidad es uno de los criterios básicos de imposición de la pena es, de tal manera que a su autor se impone una sanción, mayor o menor, atendiendo a la entidad del juicio de exigibilidad, es decir, la pena debe ser proporcional al grado de culpabilidad”.

Adviértase que, aunque los pronunciamientos de la Corte Constitucional parezcan convincentes y ajustados a los postulados de la Carta Política de 1991 y del ordenamiento jurídico-penal, la realidad demuestra que se ha reemplazado la culpabilidad como reprochabilidad, por una culpabilidad como peligrosidad, erigiéndose así nuevamente un derecho penal basado en el peligrosismo que imperaba en tiempos pasados, donde el Estado supuestamente adopta el principio del derecho penal de acto para legitimar su poder punitivo, pero en realidad está adoptando un derecho penal de autor en cuanto a los imputables se refiere. La jurisdicción penal en el Estado colombiano, está reemplazando la reprochabilidad por la peligrosidad en el derecho penal de acto, algo que resulta inadmisibles y peligroso en un Estado Social de Derecho. Es por esta razón que, la reacción punitiva del Estado a través de la Fiscalía General de la Nación, los jueces y magistrados, se está aplicando de manera ilegítima.

En ese orden de ideas, la respuesta punitiva del Estado está sustituyendo el derecho penal de acto y la culpabilidad como reprochabilidad, esto es, el juicio de reproche que merece el autor de la conducta punible por cuanto no guardó el cuidado objetivo para evitar el resultado lesivo de un bien jurídico tutelado por la ley penal y desobedecer la norma, por un derecho penal de autor, el cual reclama el castigo del modo de ser del actor imputable del delito. Lo anterior significa, que, con el derecho penal de autor, el poder punitivo está desconociendo el principio de antijuridicidad material, y consecuentemente, está criminalizando sujetos imputables no por la lesión o efectiva puesta en peligro sin justa causa de un determinado bien jurídico, sino por su peligrosidad o determinismo criminal, es decir, por ser proclive al delito. En la aplicación del derecho penal, el operador jurídico, está dejando de lado el derecho penal de acto, esto significa, que, está soslayando el daño real o potencial al bien jurídico (principio de lesividad o antijuridicidad material), y está aplicando la norma penal valorando la personalidad del actor del delito.

Salta a la vista, que la respuesta punitiva del Estado en el derecho penal colombiano, está dirigida hacia la personalidad del autor del delito, esto es, hacia la peligrosidad o tendencia al fenómeno criminal, donde el aparato jurisdiccional está adoptando el discurso legitimante propio de un derecho penal de autor, por tanto, el *ius puniendi* está deslegitimado como quiera que se está prescindiendo del discurso legitimante del derecho penal de acto, lo cual significa que el operador jurídico está aplicando la norma penal, y está juzgando al autor del delito desconociendo el principio de antijuridicidad material, pues está juzgando con base en la personalidad de aquel.

Téngase en cuenta que, el derecho penal de acto, está consagrado en la Constitución Política de Colombia de 1991, en cuanto se erige dentro de un Estado Social de Derecho, que tiene como uno de sus pilares fundamentales el respeto por la dignidad humana (artículo 1°), asigna el carácter de valor fundamental a la libertad de las personas (preámbulo) en sus diversas modalidades o manifestaciones, destaca que todas las personas nacen libres (artículo 13), que toda persona es libre (artículo 28) y preceptúa específicamente en relación con la responsabilidad penal que nadie puede ser reducido a prisión o arresto ni detención sino por motivo previamente definido en la ley (artículo 28), y en igual sentido, nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, como también que toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable (artículo 29).

Con lo anterior, se mantiene latente la vieja fórmula del peligrosismo positivista, pues, la culpabilidad se está concibiendo como peligrosidad, no como reprochabilidad, aplicándose un derecho penal de autor, no un derecho penal de acto. Hoy se juzga al autor imputable de un delito con base en su personalidad, en su clase social y en su peligrosidad, soslayándose así, el juicio de reproche propio de la culpabilidad, y fundante de un derecho penal de acto.

## 6. La culpabilidad como juicio de reproche

Está admitida en líneas generales por toda la doctrina penal contemporánea la dicotomía existente en la culpabilidad, entre el extracto de responsabilidad y luego de culpabilidad. Si bien es cierto, la culpabilidad tiene una estructura ética de carácter formal, más no de conte-

nido. Obsérvese, entre tanto, que no se puede construir un concepto de culpabilidad respecto de la persona, formalmente fuera de la ética tradicional, habida cuenta que en el juicio de reproche ha de respetarse la forma del reproche ético, más no el contenido, toda vez que la culpabilidad por su esencia resulta violatoria del contenido ético.

De este modo, surge un problema bastante complejo e importante en tratándose de la reprochabilidad: ¿el juicio de reproche que exige la culpabilidad es un juicio de carácter ético? De entrada, es necesario responder categóricamente que el juicio de reproche del que trata la culpabilidad no es un juicio ético por las siguientes razones:

1. El juicio ético exige el conocimiento de las conductas que el autor realizó *a priori* y *a posteriori* de la comisión del delito, para luego hacer un juicio personal,
2. Las conductas típicamente antijurídicas que se reprochan son seleccionadas,
3. El juicio de reproche lo realiza el Estado mediante la respuesta punitiva

En tratándose de la primera afirmación, el juicio de reproche que exige la culpabilidad está lejos de ser un juicio ético, como quiera que el juicio ético exige tener en consideración conductas tanto *a priori* como *a posteriori* de la personalidad del autor imputable del delito. Luego, la reprochabilidad de la conducta típicamente antijurídica no supone el conocimiento de la personalidad del autor del delito. Desde luego, la personalidad del sujeto activo del delito sí se tiene que tomar en consideración para saber cuál fue el catálogo de posibles conductas que se le presentaron al momento de cometer el hecho. También deberá tenerse en cuenta la personalidad del autor para poder determinar la pena, ya sea medida de seguridad o medida de aseguramiento.

Así por ejemplo, también sucede con las circunstancias de menor punibilidad contenidas en el artículo 55 del Código Penal, pues el numeral 1° de dicha disposición señala como tal la carencia de antecedentes penales. Esta circunstancia de menor punibilidad, supone el conocimiento de la personalidad del autor *a priori* de la comisión del

delito. Misma circunstancia que será relevante al momento de realizar el proceso dosimétrico de la pena.

En relación con el segundo argumento, las conductas típicamente anti-jurídicas que se reprochan son seleccionadas, por lo tanto, el juicio de reproche que exige la culpabilidad no puede –y no debe– ser un juicio ético.

Obsérvese que, esa selectividad de las conductas típicamente antijurídicas no solo están en la ley penal –el campo del *deber ser*–, sino que también se encuentra criminalizada primariamente por la ley penal. Es por ello que

“todas las preguntas sobre las condiciones y las causas de la criminalidad se trasforman en interrogantes sobre las condiciones y las causas de la criminalización, ya sea desde la perspectiva de la elaboración de las reglas (penalización y despenalización, es decir, criminalización primaria), o bien de la aplicación de las reglas (criminalización secundaria: proceso de aplicación de las reglas generales). La manera en que los miembros de la sociedad definen un cierto comportamiento como tipo criminal forma parte, por eso, del cuadro de la definición psicológica del comportamiento desviado, y su estadió debe, precisamente por esta razón, proceder al examen de la reacción social ante el comportamiento” (Baratta, 2011, pp. 94-95).

En ese orden de ideas, si se lee la Parte Especial del Código Penal colombiano, se llega a la conclusión de que en algún momento todos hemos cometido alguno de los delitos que allí se tipifican. Así, por ejemplo, nos hemos quedado con la percha del ropero del hotel (hurto), nos quedamos con el libro prestado (abuso de confianza), no ayudamos a otro sujeto cuando este pide socorro (omisión de socorro), etc. Por fortuna, la criminalización es seleccionada, de lo contrario, si todas las personas del Estado colombiano estuviesen criminalizadas por todo el *deber ser* criminalizante, no quedaría ninguna persona para cerrar la puerta del lado de afuera de la celda y la sociedad se paralizaría.

La criminalización primaria (creación, modificación o supresión de la ley penal), entonces, es un programa solo realizable en una medida limitada. Es en esa medida limitada donde la selectividad cobra suma importancia dado que los entes investigadores tienen una capacidad

de investigar determinado número de delitos, los juzgados y tribunales penales tienen capacidad de procesar determinado número de delitos, y la cárcel tiene espacio para determinado número de presos. En síntesis, la criminalización primaria, es gigantesca, mientras que la criminalización secundaria es limitada (aplicación de la ley penal). Hay, pues, una necesaria e inevitable selectividad estructural.

Tratándose del tercer argumento, el juicio de reproche que exige la culpabilidad, no es un juicio ético como quiera que quien realiza dicho juicio es el Estado. Y, como bien se sabe, el Estado está ejerciendo el poder punitivo o *ius puniendi*, no realizando juicios de carácter ético. Con todo, el poder punitivo se ejerce de un modo inequitativo, de un modo desigual.

## **7. La selectividad: problema para adoptar la culpabilidad como juicio de reproche**

### **7.1 Criminalización primaria y secundaria**

Todas las sociedades contemporáneas que institucionalizan o formalizan el poder (denominadas Estados), seleccionan a un reducido grupo de personas, a las que someten a su coacción con el fin de imponerles una pena. Esta selección penalizante se denomina criminalización y no se lleva a cabo por azar sino como resultado de la gestión de un conjunto de agencias que forman el llamado sistema penal (Baratta, 1980). El proceso selectivo de criminalización se desarrolla en dos etapas, denominadas respectivamente, primaria y secundaria. "Criminalización primaria es el acto y el efecto de sancionar una ley penal material, que incrimina o permite la punición de ciertas personas. La criminalización secundaria es la acción punitiva ejercida sobre personas concretas, que tiene lugar cuando las agencias policiales detectan a una persona, a la que se atribuye la realización de cierto acto criminalizado primariamente, la investiga y en algunos casos la priva de su libertad" (Zaffaroni, 2002, p. 6).

Aunque la criminalización primaria implica un primer paso selectivo, este permanece siempre en cierto nivel de abstracción, porque, en verdad, el órgano legislativo nunca puede saber sobre quién recaerá la selección que habilita, que siempre se opera en concreto, con la criminalización secundaria. La muy limitada capacidad operacional

de la Fiscalía General de la Nación, los juzgados y tribunales penales (criminalización secundaria), no les deja otro recurso que proceder siempre de modo selectivo. Por ello, incumbe a estos decidir quiénes serán las personas que se procesan y, al mismo tiempo, quiénes han de ser víctimas potenciales, pues la selección no sólo es de los criminalizados, sino también de los victimizados.

Esto responde a que las instituciones de criminalización secundaria, dada su pequeña capacidad frente a la inmensidad del programa que discursivamente se les encomienda, deben optar entre la inactividad o la selección. Como la primera acarrearía su desaparición, cumplen con la regla de toda burocracia y proceden a la selección. Este poder le corresponde principalmente a la Fiscalía General de la Nación, en los términos del artículo 250 de la Constitución Política de 1991.

La Fiscalía General de la Nación, los Juzgados y Tribunales penales, no seleccionan conforme a su exclusivo criterio, sino que su actividad selectiva es condicionada también por el poder de otras instituciones, como las de comunicación social, las políticas, los factores de poder, etc. La selección secundaria es producto de variables circunstancias coyunturales. La empresa criminalizante siempre está orientada por los empresarios morales<sup>8</sup>, que participan en las dos etapas de la criminalización, pues sin un empresario moral los órganos ejecutivo y legislativo no sancionarían una ley penal, y tampoco el órgano judicial comenzaría a seleccionar nuevas categorías de personas.

En ese orden de ideas, respecto a la selectividad de la criminalización primaria, Gilberto Tobón Sanín, afirma que

“el derecho penal no trata de asegurar los valores generales, éticos sociales de toda la comunidad cuanto salvaguardar las necesidades e intereses de la clase detentadora del poder para sostener las condiciones sociales existentes, y de servir de modo fundamental del control social. Esta verdad aparentemente simplista no puede reducirse al esquema de que con las normas penales se está protegiendo exclusivamente los intereses de la clase dominante, según

---

<sup>8</sup> El concepto de empresario moral fue adoptado por Howard Becker en 1973, quien refiere que en la sociedad industrial (refiriéndose al Estado), puede asumir el rol de empresario moral un comunicador social en pos de audiencia, como un político en busca de clientela, un grupo religioso en procura de notoriedad, un jefe policial persiguiendo poder frente a los políticos, una organización que reclama por los derechos de minorías, etc. En cualquier caso, la empresa moral acaba en un fenómeno comunicativo: no importa lo que se haga, sino cómo se lo comunique.

su voluntad. No es por un mero acto de voluntariedad que la clase dominante impone sus intereses, es fundamentalmente por un acto de necesidad a que se ve avocada a tutelar determinados bienes y valores de todo acto que los ataque. Pero las clases y grupos dominantes a través de sus mecanismos de poder irrigan y esparcen culturalmente el respeto a esos valores y a esos bienes a otras clases y sectores sociales creándose la ilusión ideológica de que cuando se ataca uno de esos bienes o valores se comete un delito contra la sociedad. Así por ejemplo cuando se comete un delito contra la propiedad, se considera que ello constituye una amenaza futura contra el derecho de propiedad de que gozan (así sea potencialmente) todos los miembros de la sociedad. De allí ese carácter ilusorio de que el Derecho Penal protege los intereses generales de la comunidad, ocultando su carácter diferenciador” (1998, pp. 94-95).

No es sólo el poder de otras instituciones lo que orienta la selección de la criminalización secundaria, sino que esta procede también de sus propias limitaciones operativas, que incluyen elementos cualitativos, pues en alguna medida, toda burocracia termina por olvidar sus metas y las reemplazan por la reiteración ritual, pero en general concluye haciendo lo más sencillo: la selección.

En la criminalización la regla general se materializa en la selección (i) por hechos burdos o groseros (la obra tosca de la criminalidad, cuya detección es más fácil), y (ii) de personas que causen menos problemas (por su incapacidad de acceso positivo al poder político y económico o a la comunicación masiva).

En el plano jurídico, es obvio que esta selección lesiona el principio de igualdad, que no sólo se desconoce ante la ley, sino también en la ley, es decir que, el principio de igualdad constitucional no sólo se viola en los fundamentos de la ley, sino también cuando cualquier autoridad judicial hace una aplicación arbitraria de ella.

## **7.2 Selectividad y vulnerabilidad**

Los hechos más groseros cometidos por personas sin acceso positivo a la comunicación, terminan siendo proyectados por esta como los únicos delitos y las personas seleccionadas como los únicos delinquentes. Esto último les proporciona una imagen comunicacional negativa, que contribuye a crear un estereotipo en el imaginario colectivo. Por tratarse de personas desvaloradas, es posible asociarles

todas las cargas negativas que existen en la sociedad en forma de prejuicio, lo que termina fijando una imagen pública del delincuente, con componentes clasistas, racistas, etarios, de género y estéticos. El estereotipo acaba siendo el principal criterio selectivo de criminalización secundaria, por lo cual son observables ciertas regularidades de la población penitenciaria asociadas a desvalores estéticos (personas feas) que el biologismo criminológico consideró como causas del delito, cuando en realidad son causas de la criminalización, aunque terminen siendo causa del delito cuando la persona acaba asumiendo el rol asociado al estereotipo (en el llamado efecto reproductor de la criminalización o desviación secundaria).

La selectividad no es al azar o por capricho, se distribuye conforme a la vulnerabilidad de cada persona. Y hay sujetos imputables que tienen un alto nivel de vulnerabilidad, y otros, en cambio, con un bajo nivel de vulnerabilidad. Normalmente la vulnerabilidad es mayor o menor dependiendo de qué tan lejos o de qué tan cerca se está del poder económico.

La selectividad, entonces, es un reparto desigual del poder punitivo, lo cual de alguna manera está requiriendo algo en la culpabilidad para hacer el juicio de reproche lo más proporcional a la lesión o al daño causado al bien jurídico objeto de tutela penal.

Así las cosas, vale la pena preguntarse ¿cómo se va a condenar por el delito de hurto a un sujeto que no encuentra trabajo?, ¿qué hará el Estado si el sujeto no encuentra trabajo y se hurta un pan y se lo come? *Prima facie*, la respuesta sería decirle al Estado que le pague el pan al panadero en tanto el Estado tendría que haberle proporcionado empleo digno al sujeto para que este como resultado de su labor pudiera obtener el pan. Adviértase, que la respuesta a esta pregunta no es tan fácil de responder.

El inconveniente más significativo es aquel ostensible sesgo a una criminología etiológica, que en otras palabras sería la criminología de la pobreza, entendiendo por tal, aquella criminología referida al delito de los pobres, lamentablemente. Dejando así de lado otros delitos que evidentemente también existen, pues la infracción penal atraviesa todas las capas sociales, solo que en unas es más notoria que en otras.

Como se ha indicado, tanto la penalización como la criminalización se producen en razón de la vulnerabilidad del sujeto. Si bien es cierto, el derecho penal es de acto, la criminalización es de autor, y esta última procede conforme a estereotipos. Cada época, cada país, cada situación, cada circunstancia tiene su estereotipo. Hoy Colombia –y en general toda América Latina–, tiene una suerte de estereotipo residual que normalmente se denomina chivo expiatorio. Entonces, ¿quién es el chivo expiatorio en las sociedades? En América Latina el chivo expiatorio hoy es el adolescente de barrio precario, bien sea la favela brasileña, el pueblo nuevo peruano o la comuna en Colombia. Es con los adolescentes de estas comunidades como el estereotipo se alimenta. Normalmente el estereotipo tiene un componente conspirativo, pero no es ideal afirmar tal componente porque no se puede decir que existe una conspiración mundial de adolescentes de barrio precario.

El estereotipo criminal se compone de caracteres que corresponden a personas en posición social desventajosa –y por lo tanto, con entrenamiento primitivo–, cuyos eventuales delitos, por lo general, sólo pueden ser obras toscas, lo que no hace más que reforzar los prejuicios racistas y clasistas, en la medida en que la comunicación oculta el resto de los ilícitos que son cometidos por otras personas en forma menos grosera o muy sofisticada, y muestra las obras toscas como los únicos delitos.

Esto provoca la impresión pública de que la delincuencia es sólo la de los sectores subalternos de la sociedad. Si bien no cabe duda que es menester luchar contra la pobreza, la deficiente educación y asistencia sanitaria, etc., sería absurdo pretender que con ello se cancelan las supuestas causas del delito, cuando en realidad la criminalización de los estratos sociales carenciados en nada altera el inmenso océano de ilícitos de los segmentos hegemónicos, practicados con mayor refinamiento y casi absolutamente impunes. Desde muy antiguo se conoce el fenómeno de la selectividad, pues las leyes son como las telas de araña, que aprisionan a los pequeños, pero son desgarradas por los grandes.

Ahora bien, existe un problema bastante grave en tratándose del fenómeno de la criminalización, que podría explicarse así: el criminali-

zado cometió un delito, pero no está preso por ese delito, o, si se prefiere, no está criminalizado por ese delito, sino por su vulnerabilidad, pues, hay sujetos que realizan delitos iguales o peores, pero no están presos ni criminalizados. Entonces, si el Estado ejerce el poder punitivo y llevando a las cárceles a los sujetos más ignorantes y vulnerables que tiene la sociedad, se concluye que esos sujetos están presos por su condición social, por su ignorancia y por su vulnerabilidad, no así por la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, lo cual significa que, el Estado no está teniendo en cuenta el principio de antijuridicidad material y mucho menos la reprochabilidad del autor del delito. Con lo que queda demostrado una vez más, que el derecho penal es de acto, pero la criminalización es de autor, dando lugar así a la culpabilidad como vulnerabilidad y no como un mero juicio de reproche.

Desde la criminología llamada “liberal” ha quedado de manifiesto que el discurso penal es falso, porque se basa en una causalidad social falsa. Hoy se sabe perfectamente que los presos no están presos por el delito que han cometido, sino por su vulnerabilidad, es decir, que el sistema penal opera como una epidemia, que afecta a quienes tienen sus defensas bajas. Se sabe también que forma parte de la vulnerabilidad la clase de delitos que comete el sujeto imputable, es decir, el sujeto comete solo esos delitos porque no sabe cometer otros delitos que cometen otros sujetos imputables que no son vulnerables –piénsese en el llamado delito de cuello blanco, por ejemplo, en el que el autor que en situación de vulnerabilidad no tiene capacidad para comértelo–, que no motivan ninguna criminalización secundaria y menos penalización, pese a que su contenido injusto es igual, mayor o mucho mayor que el que da lugar a la penalización de los presos que se encuentran en una ostensible situación de vulnerabilidad.

Obsérvese que, se sabe que hay una construcción social acerca del sistema penal que, entre otras cosas, lleva a creer que las cárceles están llenas de homicidas, violadores y estafadores, cuando en realidad los homicidas, violadores y estafadores son una minoría ínfima de los habitantes de las prisiones, pues la gran mayoría de los habitantes de las prisión son pequeños delincuentes que cometen delitos contra el patrimonio económico, infractores de delitos de menor cuantía e infractores de la ley de estupefacientes.

Hoy entonces, el derecho penal se constituye con base en la selectividad de la situación de vulnerabilidad del autor del delito. Selectividad que tiene fundamento en un derecho penal de autor, soslayándose la reprochabilidad que es propia de la culpabilidad y del derecho penal de acto.

## Conclusiones

Todo este panorama debe servir de reflexión, sobre qué es lo que reamente se puede reprochar, tratando de bajar esa falla ética de la selectividad que lamentablemente se produce. La vulnerabilidad al poder punitivo se reparte en una sociedad, y se reparte como se propaga una enfermedad infecciosa: principalmente perjudica a los sujetos más débiles o más vulnerables.

Es importante decir, que existe un estado de vulnerabilidad el cual depende del *status* social del sujeto. Hay un *status* social mucho más proclive a responder a la selección por estereotipos, que otros *status* sociales. Evidentemente, cuando el sujeto pasa a un estado de vulnerabilidad tiene que haber hecho algo para que el Estado lo criminalice.

El poder punitivo criminaliza seleccionando, por regla general, a las personas que encuadran en los estereotipos criminales y que por ello son vulnerables, por ser sólo capaces de obras ilícitas toscas y por asumirlas como roles demandados según los valores negativos asociados al estereotipo (criminalización conforme a estereotipo). Con mucha menor frecuencia criminaliza a las personas que, sin encuadrar en el estereotipo, hayan actuado con bruteza tan singular o patológica que se han vuelto vulnerables (autores de homicidios agravados). Muy excepcionalmente, criminaliza a alguien que, hallándose en una posición que lo hace prácticamente invulnerable al poder punitivo, lleva la peor parte en una pugna de poder hegemónico y sufre por ello una caída en la vulnerabilidad (criminalización por retiro de cobertura). El sistema penal opera, pues, en forma de filtro y termina seleccionando a estas personas.

Cada una de ellas tiene un estado de vulnerabilidad al poder punitivo que depende de su correspondencia con un estereotipo criminal: es alto o bajo en relación directa con el grado de la misma. Pero nadie es alcanzado por el poder punitivo por ese estado sino por la situación

de vulnerabilidad, que es la concreta posición de riesgo criminalizante en que la persona se coloca.

Por lo general, dado que la selección dominante responde a estereotipos, la persona que encuadra en alguno de ellos debe realizar un esfuerzo muy pequeño para colocarse en una posición de riesgo criminalizante (y a veces debe realizar el esfuerzo para evitarlo), porque se halla en un estado de vulnerabilidad siempre alto. Por el contrario, quien no da en un estereotipo debe realizar un considerable esfuerzo para colocarse en esa situación, porque parte de un estado de vulnerabilidad relativamente bajo. De allí que, en estos casos poco frecuentes, sea adecuado referirse a una criminalización por comportamiento grotesco o trágico. Los rarísimos casos de retiro de cobertura sirven para alimentar la ilusión de irrestricta movilidad social vertical (que ninguna sociedad garantiza), porque configuran la contracara del mito de que cualquiera puede ascender hasta la cúspide social desde la base misma de la pirámide.

¿Significa todo lo anterior que hay un correctivo a la culpabilidad de acto, así como se plantea por la doctrina? Pues no, no es un correctivo, es una síntesis dialéctica. Adviértase, que se debe tener especial cuidado en tanto existe la síntesis dialéctica en todas las categorías de la teoría del delito. El tipo penal tiene una cara de manifestación de voluntad punitiva del Estado y tiene otra cara, que se usa para contener el poder punitivo del Estado (principio de legalidad), Así las cosas, todos los estratos teóricos de la sistemática que se elabora en la teoría del delito son bifrontes.

Tratándose de la culpabilidad, se tiene por un lado la culpabilidad de acto que dice cuál fue el ámbito de autodeterminación que el autor tuvo al momento de realizar el hecho delictivo, y por otro lado, se encuentra la culpabilidad propiamente dicha, el reproche por el esfuerzo para alcanzar o no la situación de vulnerabilidad. La síntesis entre los dos, da el juicio de reprochabilidad personalizado que el Estado a través de la respuesta punitiva puede utilizar como nexo o puente entre la conducta típicamente antijurídica y la pena, para lograr así una condena proporcional al daño o lesión del bien jurídico protegido por la ley penal.

Lo anterior para demostrar que el derecho penal es bastante complejo, sobre todo en una coyuntura global como el punitivismo en distintas versiones, las cuales a su vez se van filtrando. Quedo claro entonces, que el derecho en general, y en el derecho penal en particular, así como en todos los estratos teóricos de la conducta punible, en todo proceso penal y en toda construcción dogmática que se tenga que hacer, es necesario tener en cuenta el *deber ser*. Desde luego que se tiene que tener en cuenta la norma, pero si solo se tiene en cuenta la norma, ello llevaría a reducir el derecho penal a la mera normatividad.

En ese orden de ideas, se estaría realizando un ejercicio de compatibilización coherente y lógicamente completo del plano normativo, lo cual significa que la lógica se elevaría al carácter de la deontología, y desde luego se tendrá un sistema totalmente lógico, mismo sistema que a su vez será un delirio sistematizado en razón de estar alejado de la realidad.

Obsérvese, que el *deber ser* no es el *ser*, quizá el *deber ser* está destinado a nunca llegar a ser el *ser*, porque si algo *deber ser*, es porque no es. *Verbi gratia*, a nadie se le ocurriría crear una ley que disponga que el corazón esté a la izquierda, ¿por qué?, porque el corazón está ubicado al lado izquierdo del cuerpo humano.

Si existe un *deber ser* en una norma, es porque algo tiene que ir en dirección a la norma. Pero entonces, siempre se ha tener en la construcción dogmática dos datos: (i) el dato valorativo, vale decir, hacia dónde se dirige la norma, y (ii) el grado de realización de la norma en el plano de la realidad. La función de la construcción dogmática del sistema que se ofrece como base a los jueces para que estos resuelvan de la forma más racional posible el comportamiento desviado, es impulsar el dato del *ser* en el sentido del *deber ser*, lo cual significa, acortar la distancia entre el *ser* y el *deber ser*.

Adviértase entre tanto, que, si se llegare a prescindir de alguno de los anteriores datos, se estaría en presencia de un reduccionismo. Si se soslaya el dato normativo o valorativo, se estaría en presencia de un reduccionismo sociológico economicista. O bien si se prescinde del dato realidad y el juez se queda solo con el dato normativo, se estaría en presencia de un reduccionismo normativista. Cualquiera de los dos

reduccionismos, hace que toda construcción dogmática del delito sea inútil para la convivencia humana.

Hoy se presenta una necesaria revisión del concepto de culpabilidad penal en su más prístina versión de reprochabilidad de acto puro, toda vez que, la culpabilidad ha dejado de ser reprochabilidad y el derecho penal de acto no es el fundamento de la respuesta punitiva del Estado. La culpabilidad se ha convertido en peligrosidad, y como consecuencia, la reacción punitiva se legitima en los postulados del derecho penal de autor, donde los fiscales y jueces están investigando y juzgando al autor imputable de un delito no con base en la antijuridicidad material, sino con base en su peligrosidad, y el Estado está enviando a las cárceles a los sujetos de las clases menos favorecidas, más débiles y marginales debido a su vulnerabilidad.

En la aplicación del derecho penal contemporáneo, la culpabilidad ha de ser entendida como un puro juicio de reproche, que contenga los siguientes elementos: la imputabilidad (capacidad de motivación del autor del delito de dirigir una acción a un determinado fin contrario a la ley), la conciencia actual y potencial de la antijuridicidad (el autor del delito conoce la norma y sabe que su comportamiento está prohibido pero aun así dirige su acción para lograr un fin determinado), y la exigibilidad de otra conducta (capacidad del autor del delito de poder actuar de otro modo, es decir, actuar conforme a la ley).

Téngase en cuenta que, el derecho penal es una técnica de control social creada por los empresarios morales, y en cuanto tal, está articulado a las estructuras de poder, de una formación social determinada, dirigiendo la criminalización primaria y secundaria hacia los sujetos de clases menos favorecidas, es decir, hacia sujetos vulnerables.

Así las cosas, se dice que el derecho penal es igual por excelencia, pero el derecho penal no es menos desigual que las otras ramas del Derecho. Antes bien, contraria a toda apariencia, el derecho penal es el derecho desigual por excelencia.

La interpretación del derecho penal, es algo demasiado delicado para dejarlo en manos de los políticos, deben ser los académicos, ajenos de las mezquindades y las pasiones del poder, los que con sus juiciosas reflexiones fortalezcan y fomenten la interpretación de

los Códigos, a la luz de principios filosóficos y criterios jurídicos sólidamente construidos.

Hoy el derecho penal no se construye fundamentado en el derecho penal de acto, sino con base en el derecho penal de autor, donde la peligrosidad es la protagonista, ocultándose así la reprochabilidad al momento del fiscal investigar una conducta típicamente antijurídica, y el juez determinar la pena, dando como resultado el quebrantamiento de los principios de lesividad o antijuridicidad material y derecho penal de acto, situación que aniquila completamente la conexión o puente entre la conducta típicamente antijurídica y la pena: la culpabilidad.

## Referencias

- Agudelo, N. (2013). *Curso de derecho penal. Esquemas del delito*. 4<sup>o</sup> edición. Medellín, Colombia: Ediciones Nuevo Foro.
- Bacigalupo, E. (1996). *Manual de derecho penal. Parte general*. Bogotá D.C. Colombia: Editorial Leyer.
- Baratta, A. (1980). *Criminología y dogmática penal. Pasado y futuro del modelo integral de la ciencia penal*. Buenos Aires, Argentina: Uniservidad Siglo Veintiuno. Revista de Sociología Número 13. Sociedad y delito.
- Baratta, A. (2011). *Criminología crítica y crítica del derecho penal. Introducción a la sociología jurídico-penal*. Buenos Aires, Argentina: Siglo veintiuno editores.
- Becker, H. (1973). *Studies in the Sociology of Deviance*. New York: University New York.
- Bogun, G. (2003) *El hombre y el delito según las escuelas clásica, positiva y escuela sociológica*. Buenos Aires, Argentina: Instituto Nacional contra la discriminación, la xenofobia y el racismo. Ministerio de Justicia, seguridad y derechos humanos de la República de Argentina. Disponible en: [http://www.inadi.gov.ar/uploads/archivoEnTexto\\_26.doc](http://www.inadi.gov.ar/uploads/archivoEnTexto_26.doc)

Chargoy, J. E. (1999). *Escala de respuesta individual criminológica: un instrumento psicocriminológico para determinar objetivamente la peligrosidad*. España: Universidad de Salamanca. Revista de Ciencias Sociales. Número 53.

Colombia. Corte Constitucional (2006). Sentencia C-077. Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería. Bogotá. Corte Constitucional.

Colombia. Corte Constitucional (2012). Sentencia C-365. Magistrado Ponente: Jorge Ignacion Pretelt Chaljub. Bogotá. Corte Constitucional.

Fernández, J. (1986). *Derecho penal fundamental. Introducción al derecho penal. Evolución de la teoría del delito*. Segunda edición. Bogotá D.C., Colombia: Editorial Leyer.

Ferri, E. (1933). *Principios de derecho criminal delincuente y delito en la ciencia, en la legislación y en la jurisprudencia*. Traducción al español por Rodríguez Muñoz. Madrid, España: Editorial Porrúa.

Frank, R. (1966). *Estructura del concepto de culpabilidad*. Santiago de Chile: Universidad de Chile. Publicaciones del Seminario de Derecho Penal.

Heinrich H. (1962). *La evolución del concepto de delito en Alemania desde Beling, comprada con la doctrina austríaca*. Argentina: Universidad de Córdoba. Cuadernos de los Institutos.

Huertas, O. (2011). *Aproximaciones a la antropología criminal desde la Perspectiva de Lombroso*. Bogotá D.C., Colombia: Universidad Autónoma de Colombia, Revista de Criminología, Volúmen 53.

Liszt, F. (1927). *Tratado de derecho penal*. 3 volúmenes. Madrid, España: editorial Reus.

República de Colombia. Constitución política de 1991.

República de Colombia. Ley Nro. 509 de julio 24 de 2000. Código Penal. Anotado por: Arboleda, Mario (2016). Editorial Leyer.

República de Colombia. Ley Nro. 906 de agosto 31 de 2004. Código de Procedimiento Penal. Anotado por: Arboleda, Mario (2016). Editorial Leyer.

Tobón, G. (1998). *Filosofía del derecho penal. Análisis crítico de la teoría finalista en el derecho penal*. Primera edición. Medellín, Colombia: Señal Editora.

Welzen, H. (1956). *Derecho penal. Parte general*. 11 edición. Buenos Aires, Argentina: Editorial Depalma.

Zaffaroni, E. (1999). *Tratado de derecho penal. Parte general*. Tomo V. Buenos Aires, Argentina: Editorial Ediar.

Zaffaroni, E. (2002). *Derecho penal parte general*. Segunda edición. Buenos Aires, Argentina: Editorial Ediar.



# El consumidor online en el ordenamiento jurídico español\*

*Online consumer in spanish legal order*

Alejandro Platero Alcón\*\*  
Cristina Jiménez Asensio\*\*\*

## Resumen

En el presente artículo se realizará una exposición sobre los derechos y garantías que dispone el consumidor cuando adquiere bienes y servicios online en el ordenamiento jurídico español, el cual se encuentra fuertemente influenciado por el derecho que emana de la Unión Europea. Que debe ser objeto de transposición al derecho español, fundamentalmente a través de directivas. Se expondrán también, los avances realizados para solucionar controversias extrajudicialmente y, los avances de los denominados códigos de conducta.

**Palabras clave:** consumidor, online, internet, códigos de conducta, derechos del consumidor.

## Abstract

In this article there will be a presentation on the rights and guarantees available to the consumer when purchasing goods and services online in the Spanish legal system, which is strongly influenced by the law that emanates from the European Union. That must be transposed into Spanish law, mainly through directives. The progress made to solve controversies extrajudicially and the progress of the so-called codes of conduct will also be discussed.

**Keywords:** consumer, online, Internet codes of conduct, consumer rights.

## Introducción

Las bases sobre las que se articula el intercambio de los bienes y servicios deben adecuarse a aquello que exige la sociedad, teniendo presente los nuevos hechos económicos y la evolución de los fenómenos tecnológicos que nos aporta el desarrollo social. La evolución del comercio ha estado siempre condicionada por los medios con los que, en cada momento, pueden servirse los oferentes de bienes y servicios y sus destinatarios, sean empresarios o consu-

---

\* Este trabajo se ha desarrollado en el marco del Programa Nacional de Formación del Profesorado Universitario del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte del Gobierno de España.

\*\* Investigador y docente (FPU) del área de derecho civil de la Universidad de Extremadura (España). Miembro del grupo de investigación de Estudios en España, Portugal y América Latina, grupo oficial de investigación de la Universidad de Extremadura. E-mail institucional: platero@unex.es.

\*\*\* Licenciada en Derecho por la Universidad de Extremadura.. E-mail: cristi.jimenez.cc@gmail.com

midores (Vega, 2005). De un modo sencillo, cuando hablamos de un contrato celebrado con consumidores, nos estamos refiriendo a aquellos que son realizados entre un consumidor o un usuario y un empresario (Acedo, 2011).

No fue hasta comienzos de los años ochenta cuando empezó a destacar el intercambio de la información, años en los que se produjo un desarrollo tecnológico; desarrollo que continuó en los años noventa, pero que sufrió un tremendo auge en el siglo XXI, y es que, este siglo se caracteriza por el surgimiento de la sociedad de la información, dominando una gran dependencia tecnológica por parte de los ciudadanos, que, cada vez, nos vemos más imposibilitados a pasar el desarrollo normal de nuestro día a día sin el uso de estos nuevos medios electrónicos. Y, todo ello, porque el alma y el elemento vertebrador de esta nueva sociedad en la que nos encontramos es el internet, ese espacio de información globalizado. De hecho, se ha llegado a hablar de un nuevo estadio evolutivo del hombre que curiosamente se conoce como *homo digitalis* o *simio informatizado* (Gudín, 2013).

Todo este auge y progreso tecnológico ha traído para los consumidores y usuarios innumerables ventajas ante las diversas opciones de contratación online, sobre todo destacando por su rapidez y mayor acceso; pero, también ha supuesto la aparición de evidentes abusos para aquellos. Por esta razón, los diferentes ordenamientos jurídicos han creado sistemas de protección de consumidores online, siendo de exposición en el presente trabajo, los mecanismos de protección del ordenamiento jurídico español.

## El comercio electrónico

Desde un sentido amplio, cuando hablamos de contratos celebrados con los consumidores a través de internet, nos estamos refiriendo a la venta por vía telemática de bienes o servicios a consumidores. Pero, desde un sentido estricto, no podemos quedarnos aquí, puesto que no seríamos precisos y someteríamos a una simple expresión, definiciones tan complejas como el *comercio electrónico* y la *contratación electrónica*. El comercio electrónico es un concepto mucho más amplio que la mera venta por vía telemática de bienes o servicios a consumidores. Es una nueva modalidad de tráfico económico que se vincula a la sociedad de la información y que tiene su mayor proyec-

ción a través de Internet (Rodríguez-Cano, 2015), entendiéndose por comercio electrónico

todas las operaciones y actividades de tráfico de información comercial y de bienes y servicios realizados a través de una red, como el envío y la puesta a disposición de comunicaciones comerciales, la contratación electrónica y la prestación general de servicios de la sociedad de la información (Plaza, 2003, p. 90).

Pero hemos de ir más allá y diferenciar *comercio electrónico* de *contratación electrónica*, ya que cuando hablamos de comercio electrónico, nos referimos a cualquier forma de transacción económica o de intercambio de información comercial basada en la transmisión de datos sobre redes de comunicación, mientras que la contratación electrónica sería esa actividad que está contenida en el comercio electrónico, pero que no es la única que este engloba (Vega, 2005).

### **El contrato electrónico**

Cuando intentamos establecer un concepto de contrato electrónico, no podemos partir del establecimiento de un nuevo contrato que se configura como electrónico, ya que un contrato electrónico es una nueva forma de contratación, puesto que si lo consideramos como una nueva categoría jurídica, deberíamos comenzar a distinguir entre diferentes tipos de contratos electrónicos, por ejemplo: contrato electrónico de compraventa mercantil, contrato electrónico de compraventa civil, etc.; de tal modo que, visto desde esta perspectiva, lo que estaríamos haciendo es crear un sistema jurídico configurado por el medio o la vía de contratación, algo que sería bastante ilógico y que no tiene ningún tipo de utilidad práctica. Es por esto que, hemos de considerar que nos encontramos ante una nueva vía de contratación posibilitada por un nuevo medio de transmisión de voluntades contractuales, pero no ante una nueva categoría jurídica.

En el ordenamiento jurídico español, el contrato electrónico aparece definido en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. Concretamente es preciso que nos dirijamos a su Anexo de definiciones, donde en su apartado h) regula el , *contrato celebrado por vía electrónica*, siendo el mismo, “todo contrato en el que la oferta y la aceptación se trans-

miten por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos, conectados a una red de telecomunicaciones”.

En el comercio electrónico pueden participar distintos sujetos, y, dependiendo de quienes sean estos, podemos estructurar diferentes categorías de contratos electrónicos, donde una de las partes puede ser un consumidor, un empresario, o incluso la Administración Pública, entre otros. De todas las combinaciones posibles, en el presente artículo, es menester, centrar la controversia en las dos caras principales de toda relación de consumo, la cara poderosa, representada por el empresario, y la cara débil, ostentada por el consumidor.

### **El empresario**

Quizás, la mejor forma de definir el concepto de empresario es a través de la definición que extraemos del artículo 6 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios, según el cual

se considera empresario a toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe directamente o a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.

### **El consumidor de la Unión Europea**

No siempre ha sido fácil concretar un concepto de consumidor, ya que no existe unanimidad doctrinal ni legal a la hora de concretar dicho concepto. Siendo más precisos, si acudimos al ámbito comunitario, tanto la jurisprudencia como las normas, con carácter general, solo reconocen como consumidores a “las personas físicas que adquieren bienes o servicios sin un fin que pueda considerarse comprendido en sus actividades comerciales o profesionales, sino como consumidores finales privados” (STJUE, 2015, asunto C-297/14. FJ 25). Pero, la mera circunstancia de que nos encontremos ante una persona física, no quiere decir automáticamente que sea un consumidor, es decir, “ser persona física no basta para determinar su condición de consumidor” (STJUE, 2013, asunto C-19/11. FJ 38), por lo que es necesario que realice un acto de consumo.

Las normas comunitarias siguen la misma línea que la jurisprudencial, que con carácter general solo reconoce como consumidores a las personas físicas, quedando fuera de su ámbito las personas jurídicas, a lo que hemos de añadir que, en el derecho comunitario originario no existe una definición del concepto de consumidor (Méndez, 1998), por ello, el acercamiento al concepto de consumidor, hemos de hacerlo a través de las Directivas comunitarias. Una de las normas comunitarias más importantes es la Directiva 2011/83/UE del Parlamento europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011 sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo; donde en su artículo 2, concretamente en su primer apartado, aparece el concepto comunitario de consumidor como “toda persona física que, en contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión”.

De esta definición comunitaria extraemos dos ideas claves que caracterizan al consumidor: la primera de ellas es que el consumidor ha de ser una persona física, por lo que vemos un distanciamiento con ese concepto de consumidor que se dio en la *Carta Europea para la Protección de los Consumidores, elaborada por el Consejo de Europa el 17 de mayo de 1973*, donde se definía al consumidor como, “una persona física o jurídica a la que se venden bienes o se proporcionan servicios para un uso privado”. La segunda de ellas es que esa persona física ha de actuar en el ámbito de su vida particular, excluyéndose aquel destinatario de un bien o servicio que lo utilice en el ámbito de su vida profesional o de su negocio.

### **El consumidor en el ordenamiento jurídico español**

En España, el concepto de consumidor varía con el que hemos visto en líneas anteriores, estableciendo en el artículo 3 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuario, que,

son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial.

De este precepto extraemos que, junto al término consumidor aparece el de *usuario*, que hemos de identificar como una figura análoga a la de consumidor, pero reflejado en el ámbito de que este va a ser beneficiario de un servicio. Y, por otro lado, vemos como no existe ningún antecedente del concepto que da nuestra norma, con el que aparece reflejado en la Directiva 2011/83/UE, ya que en España no solo se considera que el consumidor sea una persona física, sino también las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro. Pero, esta extensión del concepto de consumidor en nuestro ordenamiento no supone un incumplimiento de esta Directiva, y ello es porque nos situamos ante sujetos que no están incluidos en el ámbito de aplicación de esta, de modo que nos encontramos ante una materia no armonizada, por lo que los Estados miembros pueden regular con total libertad, como así señala la primera parte del Considerando 13 de la Directiva 2011/83/UE.

De este precepto también extraemos que el legislador aporta una definición con carácter restrictivo, y ello lo consideramos así porque excluye de la condición de consumidor a los empresarios o profesionales, sin excepción (Acedo, 2012).

## **La influencia del derecho de la Unión Europea en el ordenamiento jurídico español**

La protección de los consumidores tiene por objetivo reducir o paliar los desequilibrios que se producen en una relación de consumo, entre la parte más poderosa, el empresario y, la parte más débil y vulnerable, el consumidor (Herrero, 2016). En el ordenamiento jurídico español no aparece regulada la defensa de los consumidores y usuarios online en un único cuerpo legal, sino que para conocer cuál es la protección de la que gozan estos sujetos es necesario acudir a diferentes textos legales, existiendo una gran dispersión normativa. Estos textos legales se encuentran fuertemente influenciados por la obligación de transposición de las Directivas emitidas por la Unión Europea, ya que uno de

los grandes objetivos que impera dentro de esta es la protección de los consumidores (Platero, 2014).

### **Especial referencia a las técnicas de armonización de mínimos y plena**

Ya desde el año 2001, el legislador europeo rehusó la técnica de armonización mínima en relación con las Directivas que hacen referencia al consumo, para volcarse en una armonización de carácter pleno para todos los Estados miembros. En caso de continuarse dictando Directivas aplicando una armonización mínima, cada Estado miembro tendría la capacidad de establecer medidas más exigentes que las señaladas en la normativa europea en materia de defensa de los consumidores. Por ello, con el objeto de que cada Estado miembro no aporte una solución distinta ante un mismo conflicto, ya que esta situación genera, obviamente, una gran desconfianza para el consumidor, se optó por un cambio en las técnicas de armonización. Sin embargo, hay que aclarar, que aún existen determinadas materias sobre las que la técnica de armonización sigue siendo de carácter mínimo, como es, por ejemplo, la responsabilidad por productos defectuosos y garantía de bienes de consumo (Islas y Sosa, 2017).

El punto de inflexión donde el legislador europeo decidió abandonar la técnica de armonización mínima para dar paso a una armonización plena, lo encontramos con la revisión del *Libro Verde sobre la Protección del consumidor* elaborado por la Comisión Europea el 2 de octubre del año 2001, ya que nos encontrábamos en un punto en el que esa armonización de mínimos había conducido a una importante fragmentación jurídica en los diferentes miembros de la Unión Europea. Por ello, la armonización plena aumenta la seguridad jurídica de los consumidores en el momento de realizar sus compras de forma transfronteriza. Aunque existen autores que no están a favor de este argumento y no creen que la armonización plena aumente la seguridad jurídica de los consumidores y ello genere un aumento de las compras por internet, ya que esta técnica impide a los Estados miembros reaccionar de un modo flexible y rápido a la hora de aplicar cambios necesarios (Ebers, 2010). Por esta razón, la técnica de armonización plena debe adaptarse a los principios de *proporcionalidad* y *subsidiariedad*, en función de lo previsto en el artículo 5 del Tratado

de la Unión Europea, debido a que los Estados miembros gozan de cierto margen de actuación al respecto.

### **Los derechos atribuidos al consumidor y su protección constitucional y legal**

El hecho de que una persona ostente la condición de consumidor, independientemente de que este actúe a distancia o en un determinado establecimiento, le supondrá el reconocimiento de una serie de derechos. Sin embargo, la existencia de una protección sobre el consumidor solo será coherente y perceptible en aquellos casos en los que nos encontremos ante mercados masivos y en un marco de economía de mercado, funcionando en un régimen de libertad, ya que no podríamos considerar que existe una protección del consumidor en aquellos casos en los que situemos al sujeto en una sociedad en la que haya una economía intervenida (Acedo, 2012).

Un punto clave en relación con la protección de los consumidores lo encontramos con la declaración de los derechos del consumidor que realizó el presidente John F. Kennedy el día 15 de marzo de 1962, que comenzó señalando en su discurso lo siguiente:

Consumidores, por definición, somos todos. Son el grupo mayoritario de la economía, afectando y siendo afectados por la práctica totalidad de las decisiones económicas públicas y privadas. Dos tercios del gasto total en la economía provienen de los consumidores. Pero son el único grupo importante en la economía que no están organizados eficazmente, cuya opinión es a menudo ignorada [...].

La gran influencia que tuvo este discurso norteamericano sobre el consumidor se hizo notar en Europa y fue en el año 1973 cuando se aprobó la *Carta Europea para la Protección de los Consumidores*, resultando el punto de partida de un gran número de textos y declaraciones que tratan sobre los derechos de los consumidores.

Centrándonos en España, esta también tuvo en cuenta este tipo de declaraciones, donde, producto de estas influencias, se redactó un artículo que aborda específicamente y de forma expresa la protección de los consumidores, estamos hablando, en concreto, del artículo 51 de la Constitución Española. Fruto de este reconocimiento cons-

titucional, la protección del consumidor se considera como un principio *pro consumatore*, es decir, de preferencia de la interpretación más beneficiosa para el consumidor. Este artículo 51 fue desarrollado mediante ley, nos estamos refiriendo a la Ley General para la Defensa de los consumidores y usuarios de 1984, y que fue sustituida por el vigente Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios (en siglas: TRLGDCU). La citada norma tiene carácter estatal, pero ello no quiere decir que la protección de los consumidores y usuarios sea una competencia exclusiva del Estado, ya que podemos encontrarnos, también, ante normas sectoriales que regulan esta materia, y es que, algunos aspectos en materia de defensa de los consumidores han sido transferidos a las Comunidades Autónomas (Vega, 2015).

## **Protección del consumidor online atendiendo a la fase del contrato en la que se encuentre**

### **La defensa de los consumidores en la fase precontractual**

En la fase anterior al concurso de la oferta y la aceptación, los consumidores gozan de derechos, donde el más importante, sin lugar a duda, es el derecho a información que tienen los consumidores y usuarios, ya que las mejores armas para proteger al consumidor es la educación y la información (González, 1991). Se trata de un derecho para el consumidor, pero un deber capital para el empresario, ya que el objeto de este derecho es reducir ese desequilibrio que encontramos entre la figura del consumidor y la del empresario, desequilibrio que es aún más acusado en la contratación online, puesto que el consumidor no tiene la facultad de examinar el producto, a diferencia de que llevara a cabo su adquisición en un establecimiento físico.

Podemos señalar que los deberes de información más importantes que ostenta el consumidor antes de someterse a ningún tipo de contrato a través de internet son los siguientes:

- Derecho a conocer cuáles son las características principales de los bienes y servicios ofertados, de una forma clara y comprensible.

- Derecho a conocer la identidad del comerciante, su nombre comercial, dirección y número de teléfono.
- Derecho a conocer el precio total de los bienes o servicios, incluidos los impuestos y tasas, así como cuáles son los medios de pago aceptados (pago contra reembolso, domiciliación bancaria, transferencia bancaria, dinero electrónico...).
- Derecho a conocer si puede hacer uso del derecho de desistimiento, el cual no podrá ser inferior a 14 días, en caso de ser así, en la página web, ha de haber un formulario de desistimiento, aunque hay casos excepcionales en los que se permite al empresario que no se dé este derecho.
- En el caso de que exista la posibilidad de aplicarse el derecho de desistimiento, también debe informar el empresario en su web, las circunstancias en las que el consumidor pierda el derecho de desistimiento, y si le va a suponer una serie de gastos al consumidor.

El empresario debe adaptar sus obligaciones de informar al consumidor, al medio que emplee para ello. Pero esto no quiere decir que las páginas que componen una web, en todas y cada una de ellas deba aparecer este tipo de información, basta con que haya una página de esta, que hable sobre estas obligaciones de información. Además, en el caso en el que el consumidor decida adquirir un bien o que le presten un servicio, y acceda a la web del empresario a través de su *Smartphone*, *Tablet* u otro dispositivo informático, el empresario cumplirá con esta obligación si, desde estos dispositivos, podemos acceder a un enlace en el que encontremos esta información (Rivas, 2015).

### **La defensa de los consumidores en la fase contractual y postcontractual**

Una vez que el consumidor, tras su navegación por internet, tome la decisión de adquirir un bien o servicio online, pasamos a encontrarnos en la fase contractual. En esta fase, el consumidor y usuario acepta las condiciones que le ofrece el empresario, y el contrato comienza a

desplegar sus efectos. Aquí el consumidor también dispondrá de una serie de derechos.

### **Los contratos de adhesión, las condiciones generales de contratación y las cláusulas abusivas**

Sin embargo, ante este tipo de contratación electrónica, es muy común que el consumidor y usuario tenga que enfrentarse ante un contrato de adhesión, siendo muy difícil que, encontrándonos en internet se proporcione la posibilidad de poder negociar con el empresario las condiciones de contratación (STJUE, 2013, asunto C-19/11. FJ 5). Sí que es cierto que la ventaja de este tipo de contratos, que hallamos mayoritariamente en internet, es esa enorme rapidez que tenemos para contratar, pudiéndolo hacer en escasos minutos. Pero, la gran desventaja es que el consumidor y usuario ve restringida su libertad, quedando sometido a dos opciones: o acepta o rechaza el contrato desde su dispositivo electrónico.

El legislador ha tenido presente esta desventaja con las condiciones generales de la contratación, las cuales aparecen reguladas en la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (en siglas LCGC).

En relación con la LCGC, si acudimos a su artículo 5, se nos muestran los requisitos que las condiciones generales de la contratación han de cumplir para que puedan ser incorporadas al contrato, los cuales son:

- Las condiciones generales pasarán a formar parte del contrato cuando se acepte por el adherente su incorporación al mismo.
- No podrá entenderse que ha habido aceptación de la incorporación de las condiciones generales al contrato cuando el predisponente no haya informado expresamente al adherente acerca de su existencia y no le haya facilitado un ejemplar de estas.
- La redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de claridad, transparencia, concreción y sencillez.

También, en la LCGC se establecen aquellas condiciones que no pueden ser incorporadas al contrato, para ello es necesario que

acudamos a su artículo 7 donde se señala que no se entenderán incorporadas al contrato las siguientes cláusulas:

- Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas, cuando sea necesario, en los términos resultantes del artículo 5.
- Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato.

Por otro lado, y en relación con el TRLGDCU, este se va a centrar en las condiciones generales abusivas. Para el legislador las cláusulas abusivas son

todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato (TRLGDCU, artículo 82.1).

Además, el legislador establece una enumeración en su artículo 82.4 del TRLGDCU donde se consideran como cláusulas abusivas en todo caso:

- Las que vinculen el contrato a la voluntad del empresario.
- Las que limiten los derechos del consumidor y usuario.
- Las que determinen la falta de reciprocidad en el contrato.
- Las que impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba.
- Las que resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato.

- Las que contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable.

Finalmente, en el caso en el que se demuestre dicho abuso, el artículo 83 del TRLGDCU señala que serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. Y en el caso de que haya duda sobre la interpretación de dichas cláusulas, tendremos presente que *in ambiguis contra stipulatorem vel proferentem* (STS 25 de febrero de 1998), es decir, las mismas deberán ser interpretadas a favor del consumidor.

### **Derecho de garantía del consumidor**

Ya en la fase precontractual, al consumidor se le debe haber informado que dispone de un derecho de garantía del que puede hacer uso tras la adquisición de un bien o servicio online. Generalmente, este derecho vendrá reflejado en la página web del empresario, donde ubique sus propias condiciones generales. Este derecho es vital y está directamente relacionado con el derecho que vamos a desarrollar en el apartado siguiente, ya que se puede dar el caso de que el producto esté defectuoso, no funciona adecuadamente o simplemente no cumple con las características que se describían en la página web a la que el consumidor accedió.

Nuevamente nos encontramos ante una gran dispersión normativa, siendo necesario estar a lo dispuesto al respecto en el TRLGDCU y en la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo. Dentro de los derechos que se encuentran en la garantía legal, el consumidor y usuario tiene la posibilidad de reclamar al empresario; la reparación del producto, su sustitución, la rebaja del precio o a la resolución del contrato. Para hacer uso de este derecho de garantía, el vendedor responderá de las faltas de conformidad que se manifiesten en un plazo de dos años desde la entrega, pero en el caso en el que nos encontremos ante productos de segunda mano, el vendedor y el consumidor y usuario podrán pactar un plazo menor, pero no podrá ser inferior a un año desde la entrega. Por último, hay que señalar que la garantía legal no se contrapone con la conocida como *garantía comercial o convencional*, la cual no es obligatoria para el empresario, y perfectamente puede concurrir junto a la garantía legal, que sí es obligatoria para este.

## **Derecho a obtener una sustitución, una reparación si el producto o servicio adquirido resulta defectuoso, rebaja del precio o a la resolución del contrato**

Dentro de los plazos señalados por el derecho de garantía legal, el consumidor y usuario tiene la posibilidad de reclamar al empresario; la reparación del producto, su sustitución, la rebaja del precio o a la resolución del contrato. El artículo 119 del TRLGDCU señala la posibilidad que tiene el consumidor y usuario para optar por la reparación o la sustitución del producto cuando el producto no fuera conforme con el contrato al que se encuentran unidos, este puede elegir entre una u otra forma, salvo que una de estas dos opciones resulte objetivamente imposible o desproporcionada. Además, la reparación o sustitución de un producto deberá ser sin penalización alguna (STJUE 15 de abril de 2010, asunto C-511/2008. FJ 6) para el consumidor y debe llevarse a cabo dentro de un plazo razonable. Sin embargo, nos podemos encontrar ante la situación de que el producto adquirido por internet no puede ni ser reparado ni sustituido, en este caso, el empresario debe dar la posibilidad al consumidor de poder rebajar el precio del producto o exigir la resolución del contrato.

### **El derecho de desistimiento**

Los contratos nacen para cumplirse y deben efectuarse de acuerdo con lo que las partes hayan convenido y de acuerdo con el principio de buena fe. Sin embargo, hay determinadas situaciones especiales en las que se permite aplicar el derecho de desistimiento, siendo una forma de proteger al consumidor.

El derecho de desistimiento tiene su razón de ser en la posición de desventaja en que se encuentra el consumidor en este tipo de contratos [...] donde éste no está preparado y puede verse atrapado en las técnicas agresivas del agente vendedor por conseguir la venta del comprador, haciendo desbordar su capacidad de reflexión (SAP de Granada 407/2011 de 14 de octubre de 2011. FJ 2).

Cuando hablamos de derecho de desistimiento, el legislador, en el artículo 68 del TRLGDCU, señala que es la facultad del consumidor y usuario de dejar sin efecto el contrato celebrado, notificándose así a la otra parte contratante en el plazo establecido para el ejercicio de ese

derecho, sin necesidad de justificar su decisión y sin penalización de ninguna clase. Continuando el precepto señalando que serán nulas de pleno derecho las cláusulas que impongan al consumidor y usuario una penalización por el ejercicio de su derecho de desistimiento. Pero es importante saber que, el derecho de desistimiento no es un derecho genérico para todos los consumidores y usuarios cuando adquieren bienes y servicios online, sino para que el consumidor pueda acogerse a este derecho, es necesario que haya una norma que lo reconozca, que lo disponga el empresario en la propia web o, ya en el contrato que suscriba con el consumidor.

De otro lado, el derecho de desistimiento no es un derecho absoluto, sino que hay excepciones (SJM núm. 2 de Bilbao 85/2016, 7 de marzo de 2016. FJ 2) en las que no se permite la aplicación de este derecho (STJUE 10 de marzo de 2005, asunto C-336/03. FJ 32), como por ejemplo sería la prestación de un servicio ya ejecutado, o el suministro de bienes precintados por razones de protección de salud o higiene que hayan sido desprecintados.

Una vez que el derecho de desistimiento esté reconocido, el consumidor dispondrá de un plazo mínimo de 14 días naturales para ejercerlo, como así señalan los artículos 71 y 104 en el TRLGDCU. Y, en el caso de que el consumidor decida hacer uso de este derecho, esto va a generar una serie de efectos, como los siguientes:

- Las partes deberán restituirse recíprocamente las prestaciones realizadas.
- El consumidor y usuario no tendrá que rembolsar cantidad alguna por la disminución del valor del bien, que sea consecuencia de su uso conforme a lo pactado o a su naturaleza, o por el uso del servicio.
- El consumidor y usuario tendrá derecho al reembolso de los gastos necesarios y útiles que hubiera realizado en el bien.

### **La formación y perfección del contrato online**

Una de las cuestiones más controvertidas ante la que nos podemos encontrar en la contratación online es establecer cuándo se produce la

perfección del contrato. Cuando hablamos de perfección del contrato nos estamos refiriendo a ese momento, en el cual, la oferta y la aceptación entran en *concurso*. Sin embargo, nos encontramos en una situación, en la que vamos a ubicar al oferente y al aceptante en espacios geográficamente distintos, mediando, además, un cierto intervalo de tiempo entre la manifestación de la aceptación y su conocimiento por parte del oferente. En este caso, vemos cómo la manifestación de la oferta y aceptación no se realizan de forma simultánea, como sí sería el caso de adquirir un producto en un establecimiento físico.

Para resolver esta controversia es preciso acudir al Código Civil español, el cual en su artículo 1262, haciendo referencia a la contratación entre ausentes, establece que si el que hizo la oferta y el que la aceptó se hallan en lugares diferentes, existirá consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, habiéndosela remitido el aceptante, no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe. El contrato, en tal caso, se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta.

Pese a lo señalado en la Ley, hay en muchas ocasiones en las que, el consumidor, muy probablemente por su desconocimiento jurídico, alcanza la errónea idea de que esa perfección del contrato llega con el pago o en otro momento, y no cuando el oferente conoce la aceptación o no pudiera ignorarla sin faltar a la buena fe. Pero, el pago no puede ser el elemento que determine la perfección del contrato, ya que el pago, realmente es una prestación del contrato, no la perfección de este. Que el consumidor llegue a esta idea errónea también se ha debido a las condiciones generales que establece el empresario en su web. Para apreciar este desconocimiento del consumidor, veamos un ejemplo real, para ello es necesario que acudamos a la página web de la tienda de ropa C&A. Navegando por la web accedemos a las condiciones generales de contratación e información, donde se nos habla de los plazos de entrega de las prendas, cómo podemos pagar, nuestro derecho de desistimiento..., pero un punto realmente curioso lo encontramos en uno de sus apartados, concretamente el titulado como *contratación*, este apartado de la web C&A dice así:

[...] Nos reservamos el derecho de aceptación de tu pedido. La aceptación del pedido y la perfección del contrato solo se producen mediante el envío

de las mercancías pedidas y disponibles. Al efecto recibirás una notificación mediante otro e-mail. Para realizar un pedido debes ser mayor de 18 años [...].

Vemos como la página web de este empresario, señala que la perfección de este contrato llegará con la entrega del pedido al consumidor, decidiendo unilateralmente, él, cuando se comienzan a desplegar sus efectos, ya que se ha reservado el derecho de aceptación del consumidor.

### **Protección del consumidor transfronterizo INTRA-UE**

El mercado europeo, la desaparición de barreras interiores, las libertades de circulación de personas, bienes y servicios, la globalización del mercado, el establecimiento de una política monetaria común o, los grandes avances tecnológicos e informáticos que estamos viviendo en nuestros días, son algunas de las causas que han llevado al incremento de las relaciones de consumo entre consumidores y empresarios de los distintos Estados de la Unión Europea. Sin embargo, pese a este incremento, aún son muchos los consumidores que rechazan la adquisición de bienes y servicios online en páginas españolas, pero mucho más reacios lo son, en el caso de la adquisición de bienes en páginas en las que el empresario tiene su establecimiento fuera de nuestras fronteras. Disminuyéndose la confianza de los consumidores en este tipo de transacciones, confianza que está directamente relacionada con la eficacia de la aplicación de la legislación que los proteja (Vega, 2015).

### **La protección judicial del consumidor INTRA-UE**

Es muy acusada la desinformación que muestra parte del sector de los consumidores, los cuales evitan adquirir un bien a través de internet a otro Estado miembro, muy probablemente, por el miedo a recibir un producto defectuoso o a que este no se corresponda realmente con lo ofertado en la página del empresario extranjero, entre otras desconfianzas. Sin embargo, en caso de litigio transfronterizo el consumidor ha de saber que goza de importantes derechos. En el caso de que nos encontremos ante un consumidor perjudicado por la adquisición de un bien online a un empresario de otro Estado miembro, aquel ha de saber que tiene asistencia no solo durante el proceso judicial, sino

antes de él, e incluso después. Lógicamente, el consumidor perjudicado requerirá del conocimiento de cuáles son los derechos que le asisten ante esta controversia, cuáles son los sistemas de resolución de conflictos que existe, la jurisdicción competente y la norma aplicable al caso en concreto. Y, tras el proceso judicial, el consumidor perjudicado necesitará la obtención del reconocimiento de fuerza ejecutiva de la resolución judicial y su ejecución.

Pese a los derechos y garantías que dispone el consumidor para defender sus intereses frente al empresario transfronterizo, en muchas ocasiones el consumidor perjudicado declina la opción de someterse a un proceso judicial, dada su débil posición frente al empresario, la desigualdad económica entre ambas partes, pero sobre todo y fundamentalmente debido a la escasa cuantía del bien adquirido frente al sobre coste que le puede generar verse inmerso en un procedimiento judicial transfronterizo (Hernández, 2006), ya que se encontraría en un conflicto donde las partes pertenecen a Estados diferentes.

Es por ello, que la Unión Europea y, en especial, la Comisión Europea han tomado una serie de medidas para aumentar la seguridad jurídica y confianza del consumidor transfronterizo, como por ejemplo ha sido el establecimiento del Reglamento (CE) nº861/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía. Sí que es cierto que a lo largo del articulado de dicho Reglamento no se hace alusión a los consumidores, pero el considerando número 4 señala que

el Consejo Europeo reunido en Tampere los días 15 y 16 de octubre de 1999 invitó al Consejo y a la Comisión a establecer unas normas de procedimiento comunes para la tramitación simplificada y acelerada de litigios transfronterizos relativos a demandas de escasa cuantía en materia de consumo o de índole mercantil”.

Por lo que se permite hacer uso de procesos simplificados y acelerar así la resolución de conflictos transfronterizos sobre demandas de escasa cuantía en materia de consumo.

Pese a todas las medidas que pueda tomar la normativa comunitaria, es primordial el establecimiento de una política de prevención, donde

lo que se pretende es informar al consumidor de los derechos y garantías que goza en caso de conflicto.

### **La protección extrajudicial del consumidor INTRA-UE y los códigos de conducta**

Ha habido una cantidad de avances y mejoras significativas en materia de consumo transfronterizo, pero aún son muchos los problemas que tienen los consumidores en un procedimiento judicial; su desconocimiento del derecho, la excesiva duración de los procedimientos judiciales, el gran coste de estos procedimientos en comparación con la cantidad que se pretende reclamar. Por lo que queda reflejado el gran camino que queda por recorrer en relación con esta materia en el ámbito judicial (Esteban de la Rosa, 2010). Por ello, las soluciones por vía judicial han de ser una opción junto a las soluciones que se puedan obtener a través de la vía extrajudicial, que cada vez está adquiriendo un papel más destacado en nuestra sociedad, nos estamos refiriendo al arbitraje, la mediación, etc. (Pardos, 2015).

Los mecanismos de resolución extrajudicial de controversias son una alternativa eficaz y real frente a los procedimientos judiciales. Uno de ellos es el conocido como ADR (*Alternative Dispute Resolution*), dentro del cual podemos distinguir distintos métodos, algunos de ellos son sistemas más formales, como sería la mediación, el arbitraje o la conciliación, a los que podríamos añadir otros sistemas con un carácter más informal, como serían los servicios de atención al cliente (Laborda, 2015). Por otro lado, hemos de destacar otro mecanismo que ha aparecido gracias a las nuevas tecnologías, nos referimos al ODR (*Online Dispute Resolution*), este mecanismo supone un gran avance, ya que permite resolver controversias a través de internet y por medios electrónicos, lo que genera un aumento de la seguridad del consumidor (Hernández, 2013).

Junto a la vía extrajudicial para solventar conflictos transfronterizos entre consumidor y empresario, especial mención merecen los *códigos de conducta*. Cuando hablamos de códigos de conducta nos estamos refiriendo a ese

acuerdo o conjunto de normas no impuestas por disposiciones legales, reglamentarias o administrativas de un Estado miembro, en el que se define el

comportamiento de aquellos comerciantes que se comprometen a cumplir el código en relación con una o más prácticas comerciales o sectores económicos concreto (TRLGDCU, artículo 97.1).

Aunque los códigos de conducta se caracterizan por ser voluntarios para los empresarios, señala la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2000 relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico), en su artículo 16, que tanto

los Estados miembros como la Comisión Europea fomentarán la elaboración de estos códigos a nivel comunitario a través de asociaciones u organizaciones comerciales, profesionales o de consumidores con el fin de contribuir a que se apliquen correctamente los deberes contenidos en los arts. 5 a 15 [entre los que destacamos el deber de información general exigido para los empresarios].

## Conclusiones

Consumidores, por definición, somos todos. Se trata del grupo mayoritario de la economía. Ya que a lo largo del desarrollo de nuestra vida vamos a adquirir, en algún momento, la condición de consumidor. La evolución del comercio siempre ha estado condicionada por los medios con los que los oferentes y sus destinatarios pueden servirse, evolución que nos ha llevado en la actualidad a una gran dependencia tecnológica, concretamente estamos hablando de internet.

Pese a esta evolución que hemos experimentado en los últimos años y el aumento que ha mostrado la adquisición de bienes y servicios online, aún son muchos los consumidores que se muestran reacios a utilizar este medio para adquirir los bienes y servicios que requieren para satisfacer sus necesidades. Aún más acusado es el rechazo, si esa adquisición alcanza un carácter transfronterizo.

No existe un cuerpo legal único que regule la defensa de los consumidores y usuarios que adquieren bienes y servicios a través de internet. Para saber cuál es la protección de la que gozan estos sujetos, es necesario acudir a diferentes textos legales, y ello es así, porque hay una gran dispersión normativa. Estos textos legales se encuentran fuerte-

mente influenciados por la obligación de transposición de las Directivas emitidas por la Unión Europea.

El consumidor por ostentar esta posición goza automáticamente de una serie de derechos que le son inherentes a su condición. Pese a estos derechos y, a las medidas y mecanismos que se están tomando a lo largo de los años para aumentar la seguridad jurídica del consumidor y su confianza a la hora de adquirir bienes y servicios a través de internet, el elemento clave para que aumente este tipo de consumo, sea a nivel nacional o transfronterizo, es el establecimiento de una política de prevención, donde lo que se pretende es informar al consumidor de los derechos y garantías que goza en caso de conflicto.

Una herramienta que está en auge, son los códigos de conducta, los cuales, no tienen una función educativa con los consumidores, ni tampoco se trata de un catálogo de buenas intenciones. Se trata de que las empresas adheridas a códigos de conducta se comprometan a ser responsables con los consumidores que adquieran bienes o servicios con ellas, ofreciendo al consumidor: garantías, derechos, sistemas extrajudiciales de conflictos, entre otros.

## Referencias

Acedo, Á. (2011). *Derecho de contratos*. Madrid, España: Editorial Dykinson.

Acedo, Á. (2012). *Derecho de consumo. Análisis jurídico-privado de la Ley General para la Defensa de los consumidores de 2007*. Madrid, España: Editorial Dykinson.

C&A.<http://www.c-and-a.com/es/es/shop/information/Condiciones-generales-de-contrato>

Comisión Europea. (2001), Libro Verde sobre la Protección del consumidor del 2 de octubre del año 2001.

Consejo de Europa. (1973). Carta Europea para la Protección de los Consumidores, del 17 de mayo de 1973.

Ebers, M. (2010). De la armonización mínima a la armonización plena. *Revista para el análisis del Derecho*, 2, 1-47.

- Esteban de la Rosa, F. (2010). *Mediación y arbitraje de consumo*. Valencia, España: Editorial Tirant lo Blanch.
- España. (1889). Real Decreto de 24 de julio de 1889, por el que se publica el Código Civil.
- España. (1978). Constitución Española de 28 de diciembre de 1978.
- España. (1998). Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación.
- España. (2002). Ley 34/2002, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico.
- España. (2007). Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios.
- España. Audiencia Provincial de Granada. 2011. Sentencia 407/2011.
- España. Juzgado de lo Mercantil número 2 de Bilbao. 2016. Sentencia 85/2016.
- España. Tribunal Supremo. 1998. Sentencia de 25 de febrero de 1998.
- González, L. (1991). El Derecho de consumo: ¿una disciplina jurídica? *Estudios sobre consumo*, 22, 12-31.
- Gudín, F. (2013). Nuevos delitos informáticos. Un mundo orientado hacia el ciberespacio. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 2, 15-35.
- Hernández, A. (2006). La protección del consumidor transfronterizo intracomunitario: cuestiones de Derecho Internacional Privado. *Estudios sobre Consumo*, 79, 17-34.
- Hernández, A. (2013). Una experiencia paradigmática: el arbitraje de consumo online en el marco del sistema español de protección de los consumidores. *Estudios sobre Consumo*, 47, 25-54.
- Herrero, M. (2016). *La protección del consumidor transfronterizo intracomunitario en el comercio electrónico* (Tesis doctoral). Universidad de Extremadura: España.

- Kennedy, J.F., (1962). *Special Message to the Congress on Protecting the Consumer Interest*. Disponible en: <http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=9108>.
- Islas, A. y Sosa, E. (2017). Los deberes de información y el arbitraje on-line como mecanismos protectores del consumidor en la contratación a distancia, *Revista Internacional de Trabajo y Ciencias Sociales*, 13, 73-100.
- Laborda, E. (2015). *El sistema arbitral de consumo* (Tesis doctoral). Universidad Nacional de Educación a Distancia: España.
- Méndez, E. (1998). *Protección de consumidores en la Unión Europea. Hacia un Derecho procesal comunitario de consumo*, Madrid, España: Editorial Marcial Pons.
- Pardos, M. (2015). *Retos y perspectivas de los sistemas de reclamación de los consumidores. Estudio jurídico sobre la aplicación en España de la Directiva 2013/11/UE de resolución alternativa de conflictos de consumo*. Madrid, España: Editorial Asociación de Usuarios de Bancos, Cajas y Seguros.
- Platero, A. (2014). La protección de los consumidores en la contratación electrónica. *Anuario de la Facultad de Derecho*, 31, 163-176.
- Plaza, J. (2003). La contratación electrónica en la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico. *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, 1, 75-98.
- Rivas, A. (2015). La protección del consumidor en la venta a distancia por Internet. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 15, 52-68.
- Rodríguez-Cano, A. (2015). *Apuntes de Derecho mercantil*. Pamplona, España: Editorial Aranzadi.
- Unión Europea. (1993). Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.
- Unión Europea. (1999). Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo.
- Unión Europea. (2000). Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2000 relativa a determinados aspectos

jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior.

Unión Europea. (2007). Reglamento (CE) N.º 861/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía.

Unión Europea. (2010) Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, de 30 de marzo de 2010.

Unión Europea. (2011). Directiva 2011/83/UE del Parlamento europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011 sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.

Unión Europea. Tribunal de Justicia de la Unión Europea. 2005. Sentencia del asunto C-336/03.

Unión Europea. Tribunal de Justicia de la Unión Europea. 2010. Sentencia del asunto C-511/2008.

Unión Europea. Tribunal de Justicia de la Unión Europea. 2013. Sentencia del asunto C-19/11.

Unión Europea. Tribunal de Justicia de la Unión Europea. 2015. Sentencia del asunto C-297/14.

Vega, J. (2005). *Contratos electrónicos y protección de los consumidores*, Madrid, España: Editorial Reus.

Vega, J. (2015). Mercado digital único y consumidores. *Revista de Estudios Económicos y Empresariales*, 25, 87-116.

# La gestión del suelo en Bogotá D.C. desde 1998: una revisión a partir de un enfoque de políticas públicas sobre la ciudad\*

*The land management in Bogotá D.C. from 1998: a review since  
an approach of public policy about the city*

Marlon Arias Sánchez\*\*

## Resumen

La ciudad de Bogotá D.C. a través del uso de algunos instrumentos de planificación urbana ha ido construyendo diferentes representaciones y significados sobre el territorio. Lo anterior, se hace relevante desde el año 1998, donde al revisar la puesta en marcha de algunos instrumentos de gestión del suelo a partir de un enfoque de políticas públicas, el ejercicio de producción y de definición del territorio, ha implicado la pugna de valores-intenciones en medio de lo complejo y lo dinámico de la ciudad. Abriendo la discusión en torno a el o los modelos de ciudad que ha tenido Bogotá D.C. durante las últimas seis administraciones y el papel que tuvieron los instrumentos de gestión del suelo empleados en cada periodo de gobierno, para la materialización de intenciones en el territorio y el alcance-conservación de la gobernabilidad en la ciudad.

**Palabras clave:** gestión del suelo, gobernabilidad, modelo de ciudad, Políticas Públicas, territorio.

## Abstract

The city of Bogotá D.C. through the use of some instruments of urban planning has been building different representations and meanings on the territory. The foregoing is relevant from the year 1998, where in reviewing the implementation of some instruments of land management from an approach of public policies, the exercise of production and definition of the territory, has involved the conflict of values-intentions in the complex and the dynamic of the city. Opening the discussion around city model(s) that has had Bogota D.C. during the last six administrations and the role that they employees the instruments of land management in each period of government, for the realization of intentions in the territory and the scope-conservation of governability in the city.

**Keywords:** land management, governability, city model, Public policy, territory.

---

\* El presente artículo es producto de la ponencia presentada en el Simposio Internacional de Pensamiento Americanista: "Políticas Públicas, Desarrollo Sostenible y Territorio", realizado el día 26 de octubre del 2017, en la Institución Universitaria de Envigado. En este documento se exponen avances de investigación del autor a partir de su trabajo adelantado dentro del Grupo de Investigación Interfacultades (Ciencia Política y Arquitectura) "Políticas Públicas" de la Pontificia Universidad Javeriana, sede Bogotá.

\*\* Licenciado en Psicología y Pedagogía, Magister en Estudios Políticos, Investigador de políticas urbanas en la ciudad de Bogotá D.C. Docente Catedrático, Escuela Superior de Administración Pública, Bogotá, Colombia. E-mail: marlon88arias@gmail.com.

## Introducción

La ciudad a lo largo de la historia presenta características particulares tanto en su forma física como en sus aspectos más profundos, muestra de ellos son las relaciones sociales emprendidas en ella y a través de ella, con diferentes fines. Donde las ideas y los espacios se han ido modificando paulatinamente, dando forma a nuevas maneras de organización, algunas mediadas por la cultura y la tradición, otras por la organización de la vida colectiva y las formas de gobierno, o ambas a la vez, según el caso. De todos modos, sin importar la manera desarrollada, en la ciudad se ha facilitado el encuentro de hombres y mujeres para intercambiar y materializar sueños, esperanzas y anhelos de toda índole.

En ese orden de ideas, las ciudades se han vuelto, en voz de Ítalo Calvino,

un conjunto de muchas cosas: memorias, deseos, signos de un lenguaje; son lugares de trueque, como explican todos los libros de historia de la economía, pero estos trueques no lo son sólo de mercancías, sino también trueques de palabras, de deseos, de recuerdos (2003, p.15).

Y en este intercambio principalmente se ha dado rienda suelta a la vida del ser humano en comunidad, la cual lo ha llevado a ocupar territorios con el fin de satisfacer sus diferentes necesidades.

Hoy en día, las ciudades en el mundo se conciben como centros de soluciones integrales y de desarrollo, por contar con instituciones económicas, sociales, políticas y culturales, además de concentrar gran número de personas y de flujos de recursos. Por estas características se ha llegado a desplegar, a nivel global en la mayoría de las esferas de poder, la intención de producir *Successful cities* o *cities rich*, bajo un modelo de *economic performance* y *complex set of policies at the national and local level*, siguiendo el principio de *function more effectively* (OECD, 2015), acompañado como lo indica Soja (2004), por los discursos de flexibilidad, cosmópolis, polarizaciones, desigualdades, vigilancia, reestructuración e hiperrealidad de la vida urbana.

Sin embargo, esta intención, si bien tiende a ser dominante en los foros internacionales, no ha sido la única difundida en el planeta. También existen esfuerzos por parte de la sociedad para encaminar acciones en torno a la organización y a la mejora de las condiciones de vida en las ciudades donde se habita (Forum, 2014), bajo un modelo alternativo denominado en algunos casos como “Derecho a la ciudad” que, según lo afirma Harvey (2013), está orientado por principios de cooperación, de reivindicación, de apropiación y de poder colectivo.

Asimismo, las ciudades, por efecto del crecimiento en número de habitantes y en ocupación del territorio, han entrado en la discusión interna de cuál es el modelo más adecuado a sus expectativas, para adoptarlo y poder así seguir escribiendo sus miles de historias. Al respecto, son reconocidos los modelos de expansión y/o de ciudad compacta, los cuales responden a motivaciones diferentes y ordenan los modos de vivir la ciudad de manera particular. Pues si bien el primero responde principalmente a fuerzas del mercado, el segundo corresponde a esfuerzos de políticas públicas y de administraciones conjuntas de las ciudades (Rincón, 2006), cada modelo define en el territorio cómo y dónde enfatizar las acciones de gobierno.

Según la postura con la que se asuma conducir la ciudad, se adelantan en la práctica diferentes mecanismos para dar orden a sus intenciones en el territorio y, de esa manera, acercase a un estado óptimo de sus expectativas. En ciudades como Bogotá D.C. el debate se encuentra abierto y los mecanismos a los que se puede remitir para organizar el territorio se encuentran demarcados por el sistema de planificación urbana (Ley 388 de 1997 y Ley 152 de 1994), el cual ofrece un conjunto de instrumentos con los que se puede gobernar sobre el suelo, es decir, gobernar la ciudad, tal y como dice Saldías (2007), “el gobierno de la ciudad es sobre todo una intervención para gobernar el suelo” (p. 59).

En ese sentido, es posible afirmar que los instrumentos de gestión del suelo son más que un mero asunto técnico y normativo, son de índole político, porque al estar en la práctica reflejan las intenciones políticas de quienes rigen y gobiernan los territorios y ello le otorga características particulares a la luz de los *estudios políticos*. En esta perspectiva, es posible proponer un análisis sobre los marcos de inter-

pretación del mundo puestos en práctica por los diferentes actores, públicos o privados, interesados en la gestión del suelo, a partir del estudio sistemático de sus instrumentos. Siguiendo lo propuesto por Bejarano (2012) sobre las dimensiones del esquema de análisis, se contemplan las dimensiones cognitiva, temporal, espacial y política, a fin de comprender las estrategias inmersas en ellos para definir el contenido y la forma de la ciudad.

Por lo anterior, el presente artículo comparte los avances de investigación en torno al *análisis de la trayectoria de los instrumentos de gestión del suelo utilizados en la ciudad de Bogotá D.C. durante el periodo 1998-2017*, mediante un enfoque de las políticas públicas con el fin de comprender los modelos de ciudad existentes en la práctica al revisar las intenciones expuestas por los diferentes gobiernos del Distrito a la luz del “derecho a la ciudad”, es decir, pensar lo urbano desde las políticas de ciudad, con la certeza de contemplar a los seres humanos como partícipes de las mismas, en medio de su pleno ejercicio político, social, económico y medioambiental, y en busca de reivindicar sus deseos, los derechos colectivos, el derecho a la obra y el derecho a la apropiación (Lefebvre, 1976).

Con propósitos explicativos del proceso de investigación, el texto se desarrolla en tres capítulos, el primer capítulo recoge los aportes teóricos sobre políticas públicas y los enfoques para su análisis (Roth, 2011; Hinestrosa, 2007; Puello, 2007; Muller, 2007; 2010; 2016; Bejarano, 2012), sobre la acción pública y sus instrumentos (Commaille, 2016; Lascoumes y Le Galès, 2016), la gobernabilidad y el sistema socio-territorial (Camou, 2001; Monnet, 2010; Jolly, 2012).

El segundo capítulo presenta la herramienta metodológica empleada durante la investigación, cuyas bases son el esquema de análisis del referencial de las políticas urbanas desde la perspectiva de los instrumentos de acción pública desarrollada por Catalina Bejarano (2012) al interior del Grupo de Investigación Interfacultades (Ciencia Política y Arquitectura) “Políticas Públicas” de la Pontificia Universidad Javeriana y el suelo y su gestión (Equipo de Gestión del Suelo (EGS), 2014; Maldonado, 2002).

Luego, el tercer capítulo abre la discusión vigente en torno al(los) modelo(s) de ciudad que ha tenido Bogotá D.C. durante las últimas seis

administraciones y el papel que tuvieron los instrumentos de gestión del suelo empleados en cada periodo de gobierno para la materialización de intenciones en el territorio. Del mismo modo, se analiza la posición asumida por cada alcaldía con respecto a las perspectivas de políticas urbanas o de políticas de ciudad, para explorar su cercanía a las intenciones del derecho a la ciudad.

Por último, producto del ejercicio de investigación adelantado, se indican las reflexiones y consideraciones finales en torno a las trayectorias de los instrumentos de la gestión del suelo en la ciudad de Bogotá D.C durante el periodo 1998-2017, como a su vez, la articulación hallada con el modelo de gestión integral adoptado por la ciudad, y formulado por la Nación, denominado Sistema de Planificación Urbana, y la respuesta a: ¿cuál(es) modelo(s) de ciudad ha vivido Bogotá D.C. en el periodo de análisis?

## **Fundamentación teórica**

Asumir una definición única e inequívoca de la categoría *política pública* sería un desconocimiento de su complejidad. En las dos últimas décadas, diferentes ramas del saber (economía, administración, derecho, sociología, ciencia política, entre otras) han analizado los diferentes factores, procesos y actores puestos en escena a la hora de su conformación, y ello muestra, como lo señala Roth (2010) citando a Capano, que “la política pública es un fenómeno complejo en el cual interactúan, frecuentemente mediante redes estructuradas de agentes, tanto elementos institucionalizados como reglas formales, ideas, intereses e instituciones políticas” (p. 23), en contextos concretos, con realidades y personas específicas, que hacen de los problemas sociales y las diferentes respuestas por parte del Estado, un conjunto de posibilidades existentes a estudiar.

En ese sentido, al revisar las diferentes orientaciones, con el fin de analizar las trayectorias de los instrumentos utilizados para la gestión del suelo en la ciudad de Bogotá D.C. desde 1998, se acoge para el presente estudio la *política pública* como “un atributo de coherencia, integridad y sostenibilidad en la decisión y en la acción de los gobiernos” reflejado en “las respuestas a las demandas sociales” (Hinestrosa, 2007, p. 11). Donde la toma de decisiones y las acciones de los gobiernos no se pueden concebir sin la interacción de distintos

actores del sistema político, de la sociedad civil y de los organismos económicos internacionales (Muller, 2007), cada uno con espacios para múltiples roles, intereses, influencias y, ante todo, relaciones de poder que dan cuenta del grado de desarrollo, cohesión y consistencia de los sistemas social y político, con sus respectivos atributos y deficiencias.

Teniendo en cuenta lo anterior, y siguiendo los escritos de André-Noël Roth acerca del análisis de política pública (2010), este concepto permite articular la producción normativa, las actividades políticas y las administrativas realizadas tanto por instituciones públicas, como por actores políticos o sociales, para la elaboración, decisión, implementación y evaluación de los planes, las leyes, las ordenanzas, los acuerdos, etc., es decir, los procesos de la política, como también sus efectos.

Según lo expresa Roth (2010),

hay que entender la política pública como un conjunto de elementos y procesos que, con el concurso activo o voluntariamente inactivo de alguna institución gubernamental o autoridad, se articulan racionalmente entre sí en vista de lograr el mantenimiento o la modificación de algún aspecto del orden social (p. 23).

Para poder revisar y evaluar dicha racionalidad, se necesita adoptar una forma de interpretar el proceso, según los diferentes enfoques existentes para el análisis de las políticas públicas, tales como: el enfoque secuencial, el enfoque de la elección racional, el enfoque de redes, el enfoque de *advocacy coalitions framework* y/o el enfoque constructivista y cognitivista. Cada uno con matices particulares orientados a dar respuesta a las preguntas clave del análisis: ¿cómo se hizo la política? ¿Para qué? y ¿para quién?

Al respecto, para el estudio se adopta la corriente cognitiva, que utiliza marcos cognitivos donde se especifican las visiones del mundo de los diferentes actores, y como lo describe Puello (2007):

“animan, a su vez, los principios de la acción pública y las metodologías prácticas que convergen en un sistema estructurado de *instrumentos conceptuales* y *analíticos*, legítimos a la hora de justificar e interpretar las relaciones

sociales, y el manejo de los asuntos públicos y las políticas en un dominio particular de acción en la esfera pública” (p. 88.)

Y para nuestro caso, el análisis de las políticas públicas logra poner en discusión la representación de una(s) realidad(es) concreta(s), cuyas decisiones y traducciones en acciones requieren del debate y la acción del Gobierno, para dar respuesta a demandas sociales recogidas en imágenes establecidas en el ámbito político, como también a las que aún no, producto del juego de estrategias continuas y dinámicas, están reflejadas en el referencial de una política.

Desde este enfoque es importante indicar que la formulación de las políticas públicas yace en las pugnas por consolidar una representación de la realidad, la cual desencadena la intervención de los gobiernos y los diferentes actores de la sociedad; y encuadra las decisiones y las acciones en un marco referencial concreto. Autores como Pierre Muller (2010) definen *referencial* al describir el proceso de las políticas públicas de la siguiente manera:

Elaborar una política pública consiste, entonces, en construir una representación, *una imagen de la realidad sobre la cual se quiere intervenir*. Es en referencia a esta imagen cognitiva que los actores van a organizar su percepción del problema, confrontar sus soluciones y definir sus propuestas de acción: este conjunto de imágenes es “el *referencial* de la política pública (p. 115.)

Desde el enfoque cognitivo de las políticas públicas, se tienen en cuenta para el análisis, el referencial global y el referencial sectorial, con el fin de comprender transacciones adelantadas entre los diferentes escenarios de decisión. Y cuatro niveles de percepción, cuyo aporte radica en la doble operación de decodificar y recodificar lo real, para definir un programa de acción política, dada la distinción al reconocimiento de la representación en la estructura de significación, como se explica en la tabla 1.

**Tabla 1.** Batería para el análisis cognitivo de las políticas públicas

Los referenciales	
El referencial global	El referencial sectorial
Hace alusión a la representación consensuada que tiene una sociedad sobre su relación con el mundo en un contexto específico, delimitando el campo donde se van a jerarquizar y organizar los conflictos sociales, como también, dirimir los caminos de la acción pública. Muller (2010) señala que <i>“el referencial global es una representación general alrededor de la cual van a ordenarse y jerarquizarse las diferentes representaciones sectoriales”</i> , y agrega que, <i>“está conformado por un conjunto de valores fundamentales que constituyen las creencias básicas de una sociedad, así como por una serie de normas que permiten elegir entre varias conductas”</i> (p. 118.).	Es un constructo, producto de lidias sociales desembocadas en la aceptación, consensuada o no, de una concepción sobre otras en torno a la naturaleza y los límites de un sector. Muller (2010) al respecto dice: <i>“el referencial sectorial es una representación de un sector, de una disciplina, de un campo de acción o de una profesión”</i> y continua, <i>“su primer efecto es delimitar las fronteras del sector, la configuración de un sector como la agricultura, los transportes o la energía depende estrechamente de la representación que se tiene del puesto de la agricultura, de los transportes y de la energía en la sociedad”</i> (p. 122.); asunto generador de discusión, pues tiene elementos en torno a los criterios de selección, modos de designación y normas de inscripción de los diferentes sectores en la agenda política de los gobiernos para articular lo global y lo sectorial.
Los niveles de percepción de los referenciales	
Los valores	Las normas
Son las representaciones fundamentales sobre lo que está bien y lo que está mal, lo deseable o lo que debe ser descartado. Define un marco global de la acción pública.	Definen las diferencias entre lo real percibido y lo real deseado. Definen unos principios de acción más que unos valores. Por ejemplo: <i>“la agricultura debe modernizarse”</i> , <i>“hay que disminuir el costo de los gastos en salud”</i> .
Las imágenes	Los algoritmos
Son unos vectores implícitos de valores, de normas y aun de algoritmos. Que proporcionan significación de manera inmediata, sin necesidad de un largo discurso. Desde este punto de vista, constituyen un elemento central del referencial. Ejemplo: <i>“el joven agricultor dinámico y moderno”</i> ; <i>“Airbus supera a Boeing”</i> .	Son unas relaciones causales que expresan una teoría de la acción. Pueden expresarse bajo la forma de <i>“si..., entonces”</i> : <i>“si el gobierno no le pone tanto cuidado a la moneda, entonces las empresas ganarán competitividad”</i> ; <i>“si transfiero las políticas de lucha contra la exclusión social del Estado hacia las entidades locales, entonces las políticas públicas serán más eficaces porque están más cercanas a los interesados”</i> .

Fuente: modificado a partir de Muller (2010; 2016)

La elaboración del referencial de una política pública, según Muller (2010), “corresponde a un doble mecanismo: una operación de *decodificación de lo real*, con el fin de disminuir el carácter opaco del mundo y una operación de *recodificación de lo real* para definir un programa de acción política” (p. 117). Y se presenta en términos general-global o en partes-sectorial. El referencial articula, como estructura de significación de la realidad, cuatro niveles de percepción del mundo correspondientes a: los valores, las normas, los algoritmos y las imágenes (ver tabla 1). Cada nivel da cuenta de diferentes estados de percepción presentes en la sociedad y posibilitan reconocer relaciones entre cada una al interior de una estructura de significado concreto, en un contexto específico.

Además, desde la postura adoptada es posible emplear cuatro dimensiones para los referenciales, siguiendo lo propuesto en el esquema de análisis del referencial de las políticas urbanas realizado por Bejarano (2012) (ver tabla 2). Dichas dimensiones de análisis son herramientas metodológicas que permiten leer e interpretar las trayectorias de las políticas públicas en los territorios urbanos a través de sus instrumentos. Pues sirven como medio para conceptualizar las interrelaciones conformadas en las unidades de análisis, ocultas en la práctica, donde convergen valores, normas, algoritmos e imágenes.

**Tabla 2.** Dimensiones del esquema de análisis del referencial de las políticas urbanas

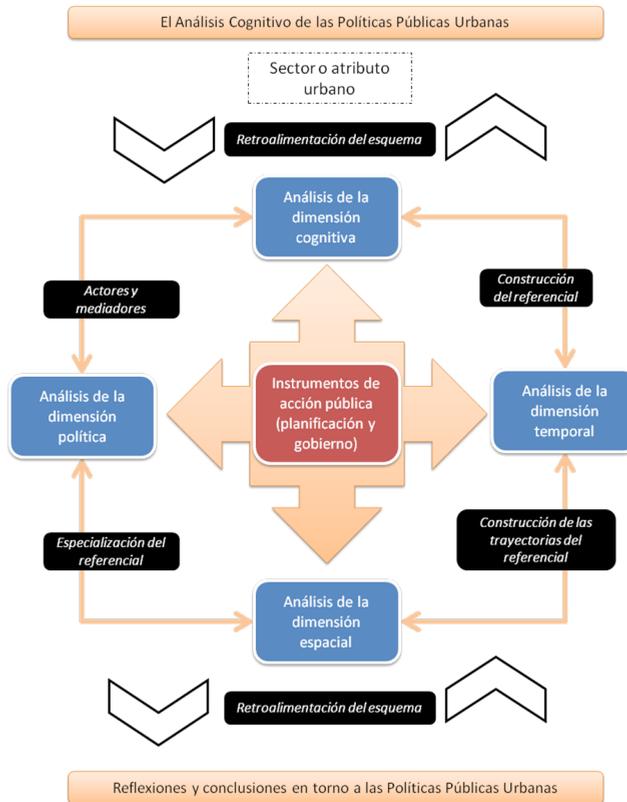
Dimensión cognitiva	Dimensión temporal
Reconocimiento de los niveles de percepción del referencial, por lo general en los planes de desarrollo (nacional, departamental, distrital), planes de ordenamiento territorial y derivados, documentos Conpes, u otros instrumentos de planificación sectorial, regional o nacional.	Reconstrucción de las trayectorias y del contexto con base en las otras dimensiones, en la cual se establecen relaciones de coordinación sincrónica (concordancias y/o desfases) o diacrónica (continuidades y/o rupturas).
Dimensión política	Dimensión espacial
Identificación de los actores que hacen parte del desarrollo de formulaciones, negociaciones, conflictos o alianzas que conducen a las decisiones. Suelen ser identificados como Actores Estratégicos (por su capacidad de decisión y de acción) o Mediadores (influyen en el marco intelectual-social dentro del cual se desarrolla el proceso).	Ubicación de la acción específica en el territorio. Contextualización de las otras dimensiones a través de la posibilidad de integrar en la escala territorial, concebir la utilización de diferentes instrumentos de acción pública, soportar un proceso de largo plazo, revelar dificultades y sugerir diferentes posiciones e ideas de los actores.

Tomado de Bejarano (2012).

Las cuatro dimensiones, la autora las abrevia de la siguiente manera:

la dimensión cognitiva permite construir el referencial de cada instrumento de acción pública, la dimensión temporal permite elaborar las trayectorias del referencial, la dimensión espacial permite espacializar el referencial en un territorio y la dimensión política permite el acercamiento a los actores y a los mediadores que inciden en la construcción del referencial (Bejarano, 2012, p. 6).

Y las articula a partir de su convergencia en los instrumentos de acción pública, para elaborar reflexiones sobre políticas públicas urbanas, como se observa a continuación en la figura 1.



**Figura 1.** Esquema de análisis de la construcción del referencial de las políticas públicas urbanas desde la perspectiva de los instrumentos de planificación y de gobierno, como instrumentos de acción pública.

Dentro de esta propuesta teórica, es necesario señalar lo expuesto por autores como Muller (2010) y Jolly (2010), quienes consideran que el análisis cognitivo de las políticas públicas se fundamenta en el estudio de la *acción pública*, comprendida esta como un proceso de marcos de interpretación del mundo. En ese sentido y con el fin de aclarar la distinción del concepto de acción pública, se puede seguir lo expuesto por Thoenig (1997), quien dice que

se podría caracterizar la acción pública como la manera en que una sociedad construye y califica los problemas colectivos y elabora respuestas, contenidos y procesos para abordarlos [...] [y agrega elementos principales para su examen como] “el Estado no actúa solo, sino con otros interlocutores. (...) la sociedad recurre a múltiples formas de tratamiento de sus problemas colectivos, entre los cuales, la esfera pública sólo representa una de las posibilidades (p. 28).

Es decir, la acción pública cuenta con un escenario específico y no se da en todos los lugares; se construye en la multiplicidad de actores y además se lleva a cabo por la sociedad en su conjunto, donde el Estado junto con el gobierno, son un actor más inmerso en el juego de influencias de la toma de decisiones y la elaboración de marcos de referencia. Se puede señalar que “la autoridad construye configuraciones de creencias, intereses y conductas que permiten la coordinación y la dirección. Transcribe intencionalidades” (Thoenig, 1997, p. 34), pero, se encuentra sujeta a las condiciones establecidas y a las variables del arte de gobernar en el contexto, indispensables para hallar el equilibrio necesario en la sociedad.

Por tal razón, pensar lo anterior en el contexto de la ciudad es un ejercicio reflexivo que conlleva a tratar de ubicar a los seres humanos en un mundo con variables de carácter social, ambiental, económico, político y cultural. En este sentido, el reconocimiento de dichas variables facilita comprender el presente, estudiar el pasado, y, ante todo, pensar los futuros posibles. Y en este último, es el lugar donde toman relevancia los procesos de planificación y de gobierno, pues allí las representaciones generales o sectoriales, la decodificación y la recodificación de lo real, la percepción del mundo con sus valores, normas, algoritmos e imágenes, la organización de los problemas, sus soluciones y la definición de propuestas de acción (Muller, 2010), toman cuerpo y se permean del flujo constante de relaciones llenas de

intereses, de expectativas y de deseos latentes para plasmar modelos de ciudad.

En ese orden de ideas, existen elementos concretos que articulan las relaciones elaboradas en el contexto, tales como los *instrumentos de la acción pública*; los cuales según Lascoumes y Le Galès (2016) constituyen un dispositivo técnico y social que organiza relaciones sociales específicas, entre los poderes públicos y sus destinatarios, en función de representaciones y de significaciones de las cuales es portador, con la capacidad de concretar intenciones y motivaciones explícitas o implícitas en las codificaciones o las recodificaciones de las realidades experimentadas por los actores en curso.

Así mismo, los instrumentos son

un medio para orientar las relaciones entre la sociedad política (mediante el ejecutivo administrativo) y la sociedad civil (mediante sus sujetos administrados), gracias a unos intermediarios y unos dispositivos que mezclan componentes técnicos (medición, cálculo, procedimientos) y sociales (representación, símbolo) (Lascoumes y Le Galès, 2016, p. 164).

Que cuentan con una institucionalidad dada por la manera como se vinculan a la forma de funcionar y de concebir el mundo en una sociedad; y otorgan capacidades de acción diferente a los actores en juego según las funciones dadas a los mismos, en razón de que los instrumentos

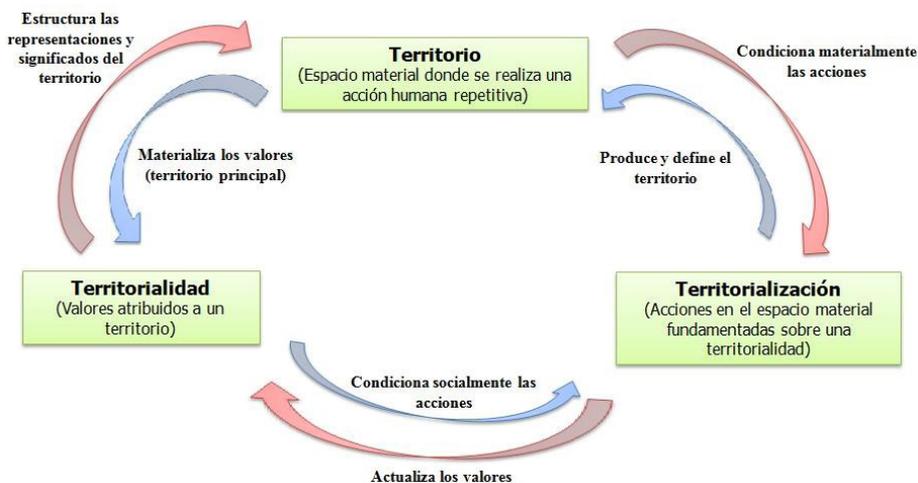
determinan por una parte la manera cómo los actores van a comportarse; crean incertidumbres sobre los efectos de relaciones de fuerza; conducen a privilegiar ciertos actores e intereses y dejan del lado a otros; les ponen a ciertos actores restricciones y a otros les ofrecen posibilidades de acción; permiten una cierta representación de los problemas (Lascoumes y Le Galès, 2016, p. 166).

Podría decirse, reflejan el asunto político de las intenciones y de los referenciales que atañen a las acciones públicas adelantadas en un territorio.

Hasta este momento, es claro desde el enfoque cognitivo presentado para el análisis de las políticas públicas, que es posible concebir las

acciones públicas en un contexto específico para poder analizar sus trayectorias, de acuerdo con unos elementos teóricos tratados anteriormente. Sin embargo, dicho análisis posee unas características particulares producto de configuraciones de *inter-determinación* disímiles, las cuales según Monnet (2010), desde su análisis al concepto mismo de territorio, da cabida para concebir las interacciones entre la sociedad y su entorno físico, implicando el reconocimiento de un conjunto de producciones, definiciones, condicionamientos y actualizaciones recíprocas entre conceptualización y producción del espacio (p. 91), dadas al mismo tiempo por las condiciones materiales del espacio y las lógicas de regulación puestas en juego por los diferentes actores en sus diferentes relaciones, en un espacio-tiempo específico.

Bajo esta premisa, se acoge el “Sistema socio-territorial” propuesto por Monnet, que concibe el territorio como “el espacio material, área o red, realizado por el ejercicio de una acción humana repetitiva” (Jolly, 2012, p. 3), y se relaciona con los conceptos de territorialidad y de territorialización, para esquematizar el flujo de valores, acciones, condicionamientos, definición y construcción del territorio, como se muestra a continuación en la figura 2.



**Figura 2.** Sistema Socio Territorial de Monnet

Fuente: Bejarano (2012, p. 10) a partir de Roa (2011) adaptado de Monnet (2010).

Siguiendo lo propuesto por Monnet (2010) y las lecturas realizadas por Roa (2011) y Jolly (2012) sobre el sistema socio territorial, se considera “el territorio como ‘el espacio material donde se realiza una acción humana repetitiva’, mientras la territorialidad corresponde a ‘los valores atribuidos a un territorio’ y la territorialización a las ‘acciones que se hacen sobre el espacio material fundamentadas en una territorialidad’ (Jolly, 2012, p. 7). Dichas conceptualizaciones son fundamentales para interpretar la ciudad de Bogotá D.C. y rastrear un atributo de coherencia en las decisiones y en las acciones que han marcado su trayectoria en el periodo de estudio, al aproximar el conjunto de valores e intenciones relacionadas con las formas de producir el territorio desde el atributo particular de la ciudad tomado para el análisis, el suelo urbano, y su respectiva gestión, cuya puesta en marcha ha implicado la pugna de valores-intenciones en medio de lo complejo y lo dinámico de la ciudad en los últimos seis periodos de alcaldía.

Ahora bien, para lo anterior, las sociedades han desarrollado diferentes formas de comprender e intervenir la acción pública en sus territorios, entre ellas se pueden enunciar tres. La primera denominada *Gobierno*, siguiendo a Le Galés (citado en Jolly, 2012), responde a una lógica de regulación vertical, en la cual se da predominio a la figura del Estado como actor principal en la configuración de los valores existentes, y en la definición y producción del territorio. Se relaciona con la formulación “desde arriba” de los programas, planes o proyectos de acción pública. La segunda sería la de *Gobernancia*, que, según el mismo autor, acude a una lógica de regulación horizontal, donde participan diferentes actores para la definición y producción del territorio, como también en la determinación de los valores. Según Le Galés (citado en Jolly, 2012),

la gobernancia de los territorios es un modo de gobierno que se caracteriza por la *horizontalidad* (multiplicidad de actores) que se opone a la verticalidad (relación “desde arriba hacia abajo”) que implica la primacía dada al Estado soberano, característica del gobierno del territorio (p. 5).

La tercera, *Gobernabilidad*, saca a flote las preocupaciones clásicas por el orden y la estabilidad (Camou, 2001) y de una u otra manera articula las dos formas anteriores (gobierno y gobernancia) (Jolly,

2010), producto en la práctica de buscar superar dilemas o dificultades asociados al uso casi exclusivo de lógicas sectoriales y/o lógicas territoriales. Es decir, intenciones y prácticas amarradas a maneras de plantear las acciones desde un nivel central con primacía del Estado, o solo desde una perspectiva descentralizada con el reconocimiento de múltiples actores conduciendo la acción.

Recientemente las elaboraciones teóricas han dado cabida a la comprensión de una manera amplia e integradora de la gobernabilidad, como se puede leer en Antonio Camou (2001): “entenderemos por gobernabilidad un *estado de equilibrio dinámico entre el nivel de las demandas sociales y la capacidad del sistema político (Estado/ gobierno) para responderlas de manera legítima y eficaz*” (p. 36.), o en Jean-François Jolly (2010) al hacer el estudio sobre las políticas públicas de vivienda de interés social, servicios domiciliarios y educación en Colombia, donde el gobierno del territorio y la gobernancia de los territorios se han de mezclar en el ejercicio de la concepción de un territorio dado (Gobierno del territorio) y del territorio como una construcción social (Gobernancia) para tomar decisiones e iniciar acciones, de forma híbrida de gobierno, necesarias para alcanzar la conducción de la acción pública y de las políticas públicas.

En ese sentido, las realidades complejas y dinámicas de las ciudades como territorios específicos hacen un llamado a contemplar precisamente la existencia de procesos de descentralización democrática, constitución de gobiernos políticos locales, discusiones sobre cuál es la estructura del poder territorial teniendo en cuenta competencias, recursos y modelos de gestión, preferencias territoriales (Burbano, 2015). Estas características contemporáneas desbordan las lecturas políticas convencionales centradas solo en el Estado-Gobierno, o en los múltiples actores. Por ende, cobra relevancia el esquema de análisis propuesto, a continuación, en el apartado de método y su posterior puesta en marcha en la discusión del presente artículo, con el fin de abrir diálogos académicos.

## **Método**

La presente investigación no es el resultado de una investigación aislada sino de una investigación adelantada en el marco del Grupo de Investigación Interfacultades (Ciencia Política y Relaciones Inter-

nacionales y Arquitectura y Diseño) “Políticas Urbanas”. que trabaja temas como la territorialización de las políticas públicas urbanas (movilidad, salud pública, seguridad urbana, niñez, etc.), y en los últimos 11 años ha desarrollado, entre otros, estudios sobre la política de vivienda en Colombia, a partir de los instrumentos de planificación y de gobierno y un esquema del análisis de la trayectoria del referencial de las políticas públicas urbanas (Bejarano, 2012). Es así, siguiendo la vía trazada por estos trabajos y apoyándose en ellos, que la presente investigación, de corte cualitativo y de tipo exploratorio, ha podido abordar un campo de trabajo original.

Al respecto, se parte de una inquietud por un espacio físico, la ciudad de Bogotá D.C., y se tiene en cuenta lo dinámico y lo complejo que la configura como territorio al recibir, contener y generar flujos de acciones, las cuales inciden en su transformación o conservación urbana. Como también, las formas de percibirla según el gobierno de turno, los actores sociales o sectores interesados en algún bien, servicio o atributo de la ciudad y la puesta en marcha de diálogos, acuerdos, pactos o negociaciones en tomas de decisiones y modelos de ciudad, los cuales indudablemente se reflejan en la gestión del suelo.

La categoría de suelo corresponde a la característica misma de la tierra y al medio natural en el cual el hombre como especie ha garantizado su supervivencia. Con el venir de los años, los grandes espacios terrestres creídos como infinitos se han ido ocupando y han generado otros escenarios para el avance de la vida en comunidad. Su concepción al interior de las ciudades, como dice Giraldo (2007), ha estado mediada por un conjunto de cambios estructurales entre el paso de la agricultura a la industria, y de la industria a los servicios. Conllevando de alguna manera a modificar la concepción en cuanto al suelo urbano, el cual no es solo un ámbito físico instrumental, sino parte esencial de la interconexión e interdependencia necesaria de sus diferentes atributos para la coherencia de ciudad, otorgándole valores de uso y de cambio (Harvey, 2013), según las relaciones sociales dominantes.

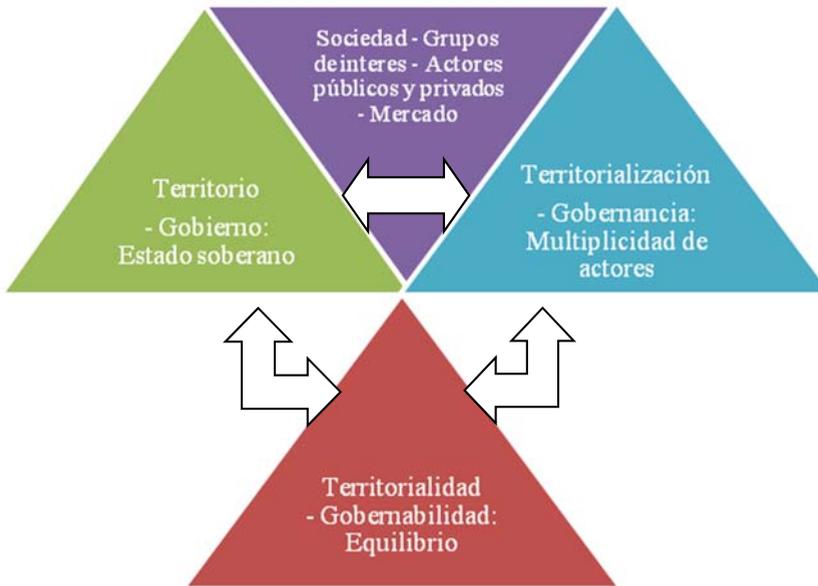
Con el pasar del tiempo, tras comprender “el suelo como factor de producción de bienes y servicios, es el soporte de la diversidad de actividades económicas, políticas, culturales, sociales y ambientales”

(EGS, 2014, p. 21), las diferentes formas de organización social se han visto en la obligación de gestionar su espacio de gobierno a partir del suelo mismo. Al asumir y

tener en cuenta las características del uso y su localización, tanto de las edificaciones como del diseño de los espacios y la utilidad de los mismos: de las viviendas, de los equipamientos colectivos y productivos, los espacios públicos, y otros bienes públicos, colectivos y de interés social que puedan desarrollarse utilizando el suelo y la tierra (EGS, 2014, p. 21).

En ese sentido, para dar razón de lo complejo y de lo dinámico de la ciudad nos hemos apoyado en el esquema de análisis de la construcción del referencial de las políticas públicas urbanas desde la perspectiva de los instrumentos de planificación y de gobierno, como instrumentos de acción pública, elaborado por Bejarano (2012), al interior del grupo de investigación, como se expresó anteriormente; por reunir cuatro dimensiones para el análisis (cognitiva, temporal, espacial y política) basadas en la elaboración del referencial de una política pública (Muller, 2010).

Lo cual, en suma, para observar y revisar las configuraciones de democratización y de descentralización de los diferentes entornos, entre otras formas de ordenar y dar valores a los territorios, develando los ejercicios y las relaciones de poder bajo el escenario de la gobernabilidad. Ya que allí, y desde allí, se traducen las intenciones en acciones, y para el caso de estudio, se pasa del planteamiento de un modelo de ciudad, por parte de los diferentes actores, a la producción del territorio-ciudad, bajo criterios de equilibrio dinámico entre mercado y Estado (Casasfranco y Arcos, 2007; Giraldo, 2007; Jaramillo, 2007; Maldonado, 2008); se articula con la siguiente balanza de poder que combina el sistema socio-territorial con las diferentes perspectivas del arte de gobernar abordadas en el primer aparatado (ver figura 3).

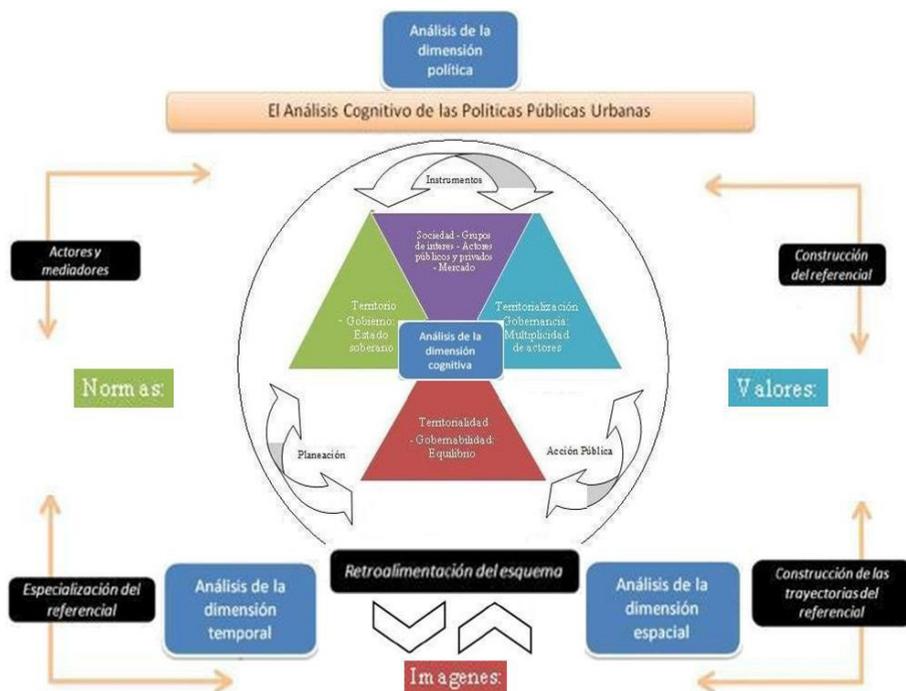


**Figura 3.** *El gobierno del territorio, la gobernabilidad en la territorialidad y la gobernanca de la territorialización*

Tomado de de Camou (2001); Monnet (2010) y Jolly (2010; 2012)

Con lo anterior, y relacionándolo con el esquema de análisis propuesto por Bejarano (2012), se da paso a la figura 4, denominada “La ciudad como escenario complejo y dinámico”; herramienta metodológica construida para la investigación, al recoger los elementos conceptuales expuestos en el marco de referencia y propiciar una lectura consistente de la ciudad a partir de la complejidad y el dinamismo que la acompaña. Por medio de esta, se busca expresar el equilibrio creado por las diferentes administraciones del Distrito Capital en el periodo 1998-2017 para desarrollar el arte de gobernar en el territorio, sabiendo de antemano la inter-determinación existente y su conexión con algunos instrumentos de la acción pública.

En la herramienta metodológica se da preeminencia a la relación en conjunto del flujo de valores y de acciones, la cual exterioriza estructuras de significación durante un espacio-tiempo concreto, y halla configuraciones de inter-determinación disímiles entre territorio, territorialización y territorialidad, como se pretende mostrar a continuación (figura 4).



**Figura 4.** La ciudad como escenario complejo y dinámico

Tomado de Giraldo (1997); Thoening (1997); Camou (2001), Monnet (2010), Jolly (2010: 2012), Berjano (2012); Commaille, (2016) y Lascoumes y Le Galès (2016)

Teniendo en cuenta que, en el caso de Colombia, todas las intervenciones con respecto al suelo son contempladas en el marco normativo (Constitución Política de 1991, Ley 388 de 1997 y Ley 1454 de 2011) y llevadas a cabo por los diferentes instrumentos de acción pública, como los Planes de Ordenamiento Territorial (POT), los Planes de Desarrollo (PD), los Planes Estratégicos y/o Sectoriales, entre otros.

Lo anterior, conformando en la práctica un sistema de planificación urbana el cual concibe a la gestión del suelo como un elemento racional entre los atributos de la ciudad, es decir, de uso técnico sobre este bien escaso, que tiene valor de cambio y la actuación del Estado sobre este beneficia el crecimiento económico y/o el bienestar social.

Puesto que la gestión del suelo, además de ser considerada un componente técnico y funcional para la intervención del Estado, se puede concebir como:

un ejercicio pleno de la función pública del ordenamiento del territorio mediante el impulso, la coordinación, la articulación, la concertación e implementación de disposiciones, acciones y actuaciones urbanísticas para lograr la protección, promoción y la realización del derecho constitucional a una vivienda digna desde una perspectiva integral, integrada e integradora del sistema de asentamientos humanos (EGS. 2014, p. 24).

Lo cual efectivamente tiene diferentes referentes a analizar y demanda comprensiones de la realidad desde una óptica más allá del carácter funcionalista de la ciudad. Muestra de esto son, por ejemplo, la gestión del suelo a la luz del derecho a un hábitat digno, que requiere de una triada de gestión entre gobierno local; cooperativas de trabajo que ejecutan el mejoramiento del hábitat; y mesas de concertación con los habitantes; otros ejemplos son: la tenencia segura, es decir, por un lugar donde vivir; el derecho al suelo urbano; el derecho a la protección especial de grupos vulnerable; el derecho a la gestión democrática de la ciudad; el derecho a la información y comunicación (Bagnera, 2015), y demás, agrupados en representaciones como el derecho a la ciudad y concepciones del espacio vinculadas no solo al componente físico, sino a lo relacional y lo simbólico.

De tal manera, en la operación del suelo urbano como mercancía y la marcha de la producción del territorio-ciudad con la interacción de diferentes actores, entre ellos el Estado, se permean preguntas tales como: ¿qué modelo o modelos de ciudad se quiere? y ¿para quién o quiénes la ciudad? Las cuales dejan entrever, que “la discusión sobre las estrategias y los objetivos de ordenamiento es política antes que técnica o jurídica” (Maldonado, 2000, p. 8), y al respecto, el uso de los instrumentos en la gestión del suelo suele reflejar dichas discusiones y posiciones en y sobre el territorio.

## Discusión

La investigación ha procedido a una revisión sistemática tanto de los instrumentos de la gestión del suelo como también de las intenciones de los diferentes gobiernos de turno durante el periodo 1998-

2017, plasmadas en sus documentos oficiales, para desembocar en un análisis político sobre la gobernabilidad en el territorio a partir de la gestión del suelo.

Así, hablar sobre las intenciones políticas a través del suelo en la ciudad de Bogotá D.C. durante el periodo de análisis, siguiendo a Gallo (2010), nos remite a los años entre 1980 y los primeros de 1990, producto del Acuerdo 7 de 1979 sobre el control de la periferia urbana y del crecimiento expansivo, predio a predio; y el Acuerdo 6 de 1990 de actualización de la norma urbana por el nuevo marco normativo establecido por la Ley 9 de 1989 de Reforma Urbana, donde se orientó la planificación hacia el enfoque de mercado, bajo el fundamento de considerar al sector de la construcción como eje estratégico de la economía, dando así, “la primacía del mercado inmobiliario en la orientación del desarrollo de la ciudad” (Gallo, 2010, p. 83). Los acuerdos, respectivamente, estimularon la densificación de la ciudad consolidada y la de las nuevas áreas, ocasionando una “densificación salvaje”, lo que llevo a conocer esta como, según Gallo, la época “de la ‘desregulación’, cuando el mercado tuvo su mayor incidencia en el desarrollo de la ciudad y se expresó una mayor debilidad pública en la intervención sobre la misma” (Gallo, 2010, p. 82).

Para el año 1997 con la Ley 388 sobre el Plan de Ordenamiento Territorial; luego en 1998 con la puesta en marcha del segundo Plan de Desarrollo Distrital; y posteriormente en el año 2000 con el Decreto 619, el cual adopta un POT para Bogotá D.C: se define un modelo territorial para la ciudad mediante el cual se asigna a cada porción de territorio una función específica. Y en el 2003, mediante el Decreto 469 se introduce la orientación de región como eje transversal del ordenamiento, tomando la decisión política de cambiar el sistema de gestión urbana, incorporando la gestión del suelo como política pública que genera reparto de cargas y de beneficios.

No obstante, hasta la fecha de revisión del análisis realizado por Gallo, y, se puede decir hasta hoy, persiste un déficit habitacional y un crecimiento desordenado de la ciudad por más que se hayan adelantado esfuerzos institucionales para intervenir en el mercado inmobiliario, como en 1999 con la conformación de “MetroVivienda”, o las reformas institucionales llevadas a cabo en el año 2006, por la admi-

nistración distrital, para abrir los canales de participación y ampliar el escenario de acción del gobierno de la ciudad, con nuevas secretarías y oficinas; también la puesta en marcha de “Misión Hábitat por Bogotá” en el 2007 y otras acciones que responden a intenciones de un variado abanico de propósitos políticos, como lo enseñan los planes de desarrollo: “Por la Bogotá que queremos” 1998-2001, “Bogotá para vivir todos del mismo lado” 2001-2004, “Bogotá sin indiferencia” 2004-2008, “Bogotá positiva: para vivir mejor” 2008-2012, “Bogotá humana” 2012-2016, y “Bogotá mejor para todos” 2016-2020.

Durante este trascorrir se logra vislumbrar la idea en torno a

las decisiones y actuaciones urbanas generaban movilización de recursos públicos y privados. En esta línea, toda actuación normativa o física sobre el territorio implica el reconocimiento del cambio que sobre el valor del suelo tienen las decisiones normativas y de ordenamiento, así como también de la ejecución de obras públicas (Gallo, 2010, p. 84).

En ese sentido, se orientan de diferentes formas las acciones públicas para alcanzar objetivos políticos que, efectivamente, se entrecruzan con motivaciones económicas y sociales. Por ello, los instrumentos de la gestión del suelo han sido un elemento crucial para leer la ciudad, pues si bien la lucha, la protesta y la resistencia han sido herramientas utilizadas por algunas comunidades a la hora de definir o defender el territorio, la administración desde el lugar de las normas, de las vías judiciales y administrativas, ha dispuesto herramientas, al servicio de diferentes intereses que configuran la ciudad.

Así, el hecho de focalizar las acciones públicas —en tres zonas de la ciudad—, articular planes zonales, planes parciales y unidades de planeamiento zonal; son muestra de la vida atravesada por el arte de gobernar. Y la ciudad de Bogotá D.C. desde 1998 ha buscado un *“estado de equilibrio dinámico entre el nivel de las demandas societales y la capacidad del sistema político (Estado/gobierno) para responderlas de manera legítima y eficaz”* (Camou, 2001, p. 36.), bajo la fórmula de acción integral, conjunta o estratégica. Ya sea vía distribución de competencias, sostenibilidad y/o asociatividad, entre otras, contempladas en la Ley 388 de 1997 y la Ley 1454 de 2011, para llevar a la práctica las intenciones expuestas en los planes de

desarrollo (tanto nacional como departamental y/o municipal), y sus lógicas de ordenamiento del territorio, con los instrumentos adelantados para ello.

Una muestra de lo anterior es el año 2003 para la ciudad de Bogotá D.C., como comenta Gallo (2010):

Con la revisión del POT del año 2003, la ciudad tomó la decisión política de elevar el suelo a la categoría de política pública, entendiendo este atributo como base de la gestión pública y privada sobre el territorio; bajo el principio de función pública del urbanismo, el distrito se fortaleció a fin de ejercer como autoridad de planificación, y reforzó su papel como actor activo de la transformación del territorio no sólo desde sus actuaciones sectoriales en servicios públicos y vías, sino también desde el punto de vista del ordenamiento y del montaje de operaciones urbanas (pp. 83-84).

Y según el análisis realizado, como se puede observar entre líneas en la figura 5, la ciudad de Bogotá D.C. durante el periodo 1998-2017 presenta una continuidad de un sistema de planificación urbana, vía el uso permanente de algunos instrumentos y el desarrollo de otros, de acuerdo a las características y las potencialidades del territorio.

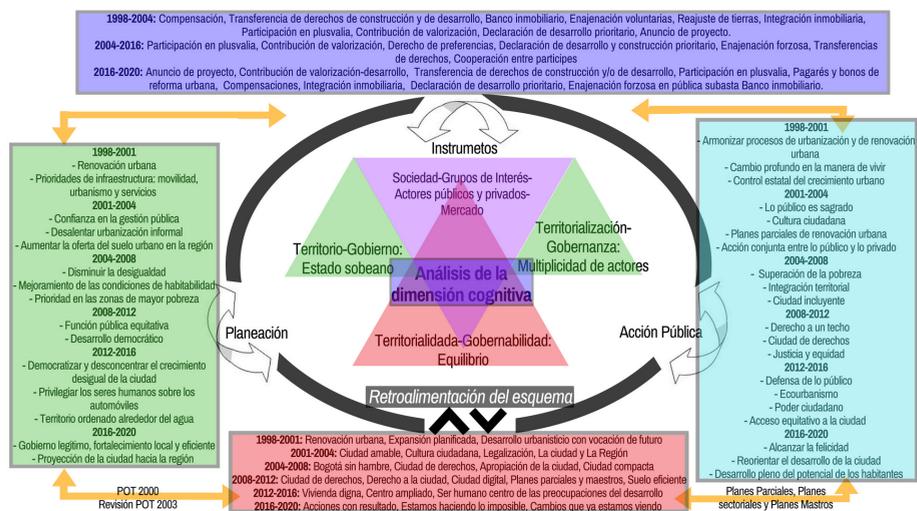


Figura 5. Bogotá como escenario complejo y dinámico entre 1998-2017

Fuente: Autor

En ese orden de ideas, la ciudad como escenario complejo y dinámico desde el análisis de los seis periodos de alcaldía en Bogotá, desarrolladas a profundidad en el texto de investigación del cual parte este artículo (Arias, 2016). Reúne, recordando lo explicado al principio, la *dimensión cognitiva* que aborda el referencial de cada administración, la *dimensión temporal* la cual reconoce la trayectoria en el tiempo de los diferentes instrumentos de la gestión del suelo usados en el territorio, la *dimensión espacial* encargada de rastrear la relación entre la acción pública, ya sea mediante instrumentos de planificación, financiamiento y/o gestión del suelo, con el espacio urbano, y, la *dimensión política* para enlazar el entramado de planeación, acción pública e instrumentos presentados en el análisis.

Permitiendo hacer una relectura del paso de las intenciones a las acciones, el cual expresa una serie de tensiones por el marco de referencia en el que se encuentran, producto de intenciones expresadas a largo plazo. Es decir, se ha logrado establecer la puesta en marcha de objetivos de un plan dispuesto en por lo menos cuatro periodos de administración para ser ejecutados, condicionando intenciones posteriores. En consecuencia, se halla una coordinación diacrónica de continuidades, más que de rupturas (Bejarano, 2012), en la trayectoria de los instrumentos de gestión del suelo.

Logrando responder la inquietud del inicio del documento en torno a la existencia de diferentes modelos de ciudad en el periodo 1998-2017 en Bogotá D.C., pues se identifica un atributo de coherencia implantado desde principio de siglo XXI con la formulación-adopción del POT para la ciudad, su respectiva revisión en el año 2003 y posteriores vínculos con los programas de ejecución de cada plan de desarrollo de las diferentes administraciones. Al respecto, es de gran importancia indicar la doble operación efectuada en el territorio desde las alcaldías de Peñalosa y Mockus; porque en principio efectúan una decodificación de lo real, luego elaboran una recodificación de lo real, y así establecen la organización de los problemas, sus soluciones y la definición de propuestas de acción (Muller, 2010). En ese sentido, se puede dar respuesta sobre los modelos de ciudad desarrollados en Bogotá D.C. afirmando que desde el año 2000 ha predominado un modelo de ciudad proveniente de las ideas de urbanismo, de desa-

rollo económico y de renovación urbana; que otorgan prioridad a la infraestructura con fines de agilizar los flujos del mercado.

## Reflexiones y consideraciones finales

Vale la pena decir que en la ciudad de Bogotá D.C., bajo el modelo de ciudad adoptado, se han construido procesos sociales con intenciones de transformación, de reivindicación, de integración, de democratización y de desconcentración del crecimiento desigual de la ciudad, pero la *consolidación y efectividad del sistema de planificación urbana* en la estructura política del país y del Distrito Capital, ha garantizado la *prevalencia de un ordenamiento del territorio bajo el modelo de expansión, de marginalización y de exclusión*, por encima de otras formas de concebir el territorio (compacto, denso, etc.). Donde, además se ha dado apertura política a representaciones alternativas del poder para dirigir la ciudad, como los periodos de Garzón, Moreno y Petro, pero su acción pública al compararse desde los instrumentos de gestión del suelo, solo en principio ubican el uso de radicalidad para alcanzar el giro hacia la ciudad de derechos, con el uso de la expropiación administrativa y la enajenación forzosa.

Sin embargo, al igual que el intento por modificar el POT en el 2013, dichas medidas han sido suspendidas temporalmente. Los demás instrumentos de la gestión del suelo empleados por las administraciones alternativas son los mismos de las tradicionales, lo que demuestra la eficacia del sistema de planificación urbana adoptado y la determinación a largo plazo en la que se ha inscrito la ciudad de Bogotá D.C.

Para cerrar, sin tener conclusiones o últimas palabras al respecto, queda para el ámbito académico, en especial el *pensamiento americanista*, una invitación abierta a realizar futuros trabajos en este mismo horizonte de sentido, debido al carácter exploratorio en el que se desarrolla, producto de las miradas aisladas, adelantadas a cada uno de los elementos relacionados, es decir, a un lado se ha escrito sobre instrumentos de gestión del suelo, en otro, la gobernabilidad en el territorio y, más distante aún, los modelos de ciudad; y al integrarlos, todo lleva a sumarse a las conclusiones de autores como Maldonado (2000) Jaramillo (2007) y Gallo (2010), quienes, en ruptura con las tendencias “instrumentalistas” como las de García, Henao y Vaca

(2014), señalan la relevancia de la voluntad política para el desarrollo y la apropiación de los instrumentos de la gestión del suelo. Pero observa aspectos como la ausencia de socialización y de apropiación por parte de los ciudadanos, quienes, como actores destinatarios de la política del suelo de la ciudad, a su vez son constructores del territorio. Además, de un desconocimiento al respecto, lo cual impide el ejercicio pleno de participación en torno al direccionamiento de las decisiones tomadas desde la administración distrital y/o nacional en torno a la organización del territorio.

Desde ese punto de vista, en el caso de Bogotá las Unidades de Planeamiento Zonal (UPZ) son un avance significativo en el país, al recoger y definir bajo unas características geográficas, ambientales e históricas; la posibilidad de desarrollar prácticas sociales de participación directa para los ciudadanos. No obstante, es necesario indicar que a ellas y en ellas debe existir cabida para las intenciones y acciones de todos y todas quienes habitan allí. Pues tal como se analiza en el caso de Bogotá D.C, las imágenes, las normas y los valores en torno a ella, son variables cada tres o cuatro años, sin embargo, en la práctica los instrumentos (de planificación, de financiamiento y de gestión) en torno al suelo conservan fija una intención de modelo de ciudad.

## Referencias

Arias, M. (2016). *Bogotá D.C. durante el periodo 1998-2015 y su gestión del suelo. Una aproximación desde un enfoque de políticas públicas y el derecho a la ciudad* (Tesis de maestría). Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.

Bagnera, P. (octubre de 2015). La construcción política y las políticas de hábitat: el derecho a la ciudad. En *Seminario Internacional "El derecho a la ciudad. Hacia un HABITAT III alternativo"*. Quito: FLACSO. Recuperado de [https://www.youtube.com/watch?v=0JSzau72j\\_A#t=24](https://www.youtube.com/watch?v=0JSzau72j_A#t=24)

Bejarano, C. (2012). *Hacia un esquema para el análisis del referencial de las políticas públicas urbanas, desde la perspectiva de los instrumentos de planificación y de gobierno, como instrumentos de acción pública* (Tesis de maestría). Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.

- Burbano, F. (octubre de 2015). Las ciudades de Quito y Guayaquil frente al centro político nacional. *Seminario Internacional “El derecho a la ciudad. Hacia un HABITAT III alternativo”*. Quito: FLACSO. Recuperado de [https://www.youtube.com/watch?v=0JSzau72j\\_A#t=24](https://www.youtube.com/watch?v=0JSzau72j_A#t=24)
- Calvino, Í. (2003). *Las ciudades invisibles* (9ª ed.). España: Ediciones Siruela.
- Camou, A. (2001). *Los desafíos de la gobernabilidad. Estudio preliminar y compilación*. México: FLACSO, IISUNAN y Plaza y Valdés S.A de C.V.
- Casasfranco, M. y Arcos, O. (2007). *10 años de Metrovivienda. Modelos de gestión del suelo, vivienda y hábitat*. Bogotá: Alcaldía Mayor de Bogotá D.C., Secretaria de Hábitat.
- Commaille, J. (2016). Sociología de la acción pública. En L. Boussaguet, S. Jacquot, P. Ravinet, J. I. Cuervo, J. Jolly y D. Soto Uribe (Eds.), *Diccionario de políticas públicas* (pp. 510-530) (A. C. González, J. Jolly, V. Herrán Ocampo y D. Soto Uribe, Trans.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Equipo Gestión del Suelo (EGS). (2014). *Gestión del suelo, vivienda social y hábitat sostenible*. Medellín: Escuela de Hábitat –CEHAP–, Facultad de Arquitectura, Universidad Nacional De Colombia y Alcaldía de Medellín.
- Forum (2014), “Ciudad: la dimensión local de los derechos humanos” [en línea], disponible en: [http://www.barcelona2004.org/www.barcelona2004.org/esp/banco\\_del\\_conocimiento/documentos/ficha4a6c.html?IdDoc=2801](http://www.barcelona2004.org/www.barcelona2004.org/esp/banco_del_conocimiento/documentos/ficha4a6c.html?IdDoc=2801)
- Gallo, I. (2010). Planificación y gestión urbana en Bogotá: Ciudad Salitre y el cambio de paradigma. En P. Torres Arzayús y M. C. García Botero (Eds.), *Las ciudades del mañana: gestión del suelo urbano en Colombia* (pp. 73-101). Washington, D.C.: Banco Interamericano de Desarrollo.
- García, C., Henao, C. y Vaca, M. (2014). Instrumentos de gestión de suelo para vivienda de interés social en Colombia. Análisis de caso. *DYNA*, 81(184), 217–224.

- Giraldo, F. (1997). La ciudad: la política del ser. En F. Giraldo y F. Viviescas (Comps.), *Pensar la ciudad* (pp. 3-20). Bogotá: Tercer mundo.
- Giraldo, F. (2007). La mano invisible del Estado. En PNUD Colombia (Ed.), *El uso del suelo: un gran desafío para Bogotá* (pp. 13-53). Colección: Cuadernos del Informe de Desarrollo Humano para Bogotá No. 4. Bogotá D.C.: Editorial El Malpensante S.A.
- Harvey, D. (2013). *Ciudades rebeldes. Del derecho de la ciudad a la revolución urbana*. Madrid: Ediciones Akal.
- Hinestrosa, R. (2007). Prefacio. En Universidad Externado de Colombia (Ed.), *Ensayos sobre políticas públicas* (pp. 8-10). Bogotá: Universidad Externado de Colombia,
- Jaramillo, S. (2007). La política de uso del suelo en Bogotá y la ley 388. En PNUD Colombia (Ed.), *El uso del suelo: un gran desafío para Bogotá* (pp. 83-101). Colección: Cuadernos del Informe de Desarrollo Humano para Bogotá No. 4. Bogotá D.C.: Editorial El Malpensante S.A.
- Jolly, J. (2010). *Regir el territorio y gobernar los territorios. Políticas públicas de vivienda de interés social, servicios públicos domiciliarios y educación en Colombia*. Bogotá: Editorial Pontificia Universidad Javeriana.
- Jolly, J. (2012). La interdeterminación entre territorio, territorialidad y territorialización de las políticas públicas: hacia una nueva propuesta de esquema para el análisis de las políticas públicas en el territorio. En *XVII Congreso Internacional del CLAD "La Reforma del Estado y de la Administración Pública"*. Cartagena, Colombia: CLAD.
- Lascoumes, P. y Le Galès, P. (2016). Instrumento. En L. Boussaguet, S. Jacquot, P. Ravinet, J. I. Cuervo R., J. Jolly y D. Soto Uribe (Eds.), *Diccionario de políticas públicas* (pp. 163-168). (A. C. González, J. Jolly, V. Herrán Ocampo y D. Soto Uribe, Trans.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Lefebvre, H. (1976), *Espacio y política: el derecho a la ciudad, II*. Barcelona: Ediciones Península.

- Maldonado, M. (2000). *Instrumentos de gestión del suelo. Algunos elementos de contexto. Notas de clase preparadas*. Bogotá D.C.
- Maldonado, M. (2008). La Ley 388 de 1997 en Colombia: Algunos puntos de tensión en el proceso de su implementación. *Arquitectura, Ciudad y Entorno*, 3(7), 43-66.
- Monnet, J. (2010). Le territoire réticulaire. *Revista Anthropos*, (227), 91-104.
- Muller, P. (2007), Prólogo. En Universidad Externado de Colombia (Ed.), *Ensayos sobre políticas públicas* (pp. 11-14). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Muller, P. (2010). *Las políticas públicas* (3ª ed.). (J. F. Jolly y C. S. Vargas, Trans.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Muller, P. (2016). Referencial. En L. Boussaguet, S. Jacquot, P. Ravinet, J. I. Cuervo R., J. Jolly, y D. Soto Uribe (Eds.), *Diccionario de políticas públicas* (pp. 330-339). (A. C. González, J. Jolly, V. Herrán Ocampo y D. Soto Uribe, Trans.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- OECD. (2015). *The Metropolitan Century. Understanding Urbanisation and its Consequences*. Paris: OECD Publishing.
- Puello, J. (2007). La dimensión cognitiva en las políticas públicas. Interpelación politológica. *Ciencia Política*, 3, 30-57.
- Roa, L. (2011). *La territorialidad de los derechos humanos. La planeación del desarrollo territorial, un instrumento para su territorialización* (Tesis de maestría). Pontificia Universidad Javeriana: Bogotá.
- Roth, A. (Ed.). (2010). *Enfoques para el análisis de políticas públicas*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales.
- Saldías, C. (2007), El suelo, una fuente de riqueza colectiva. En PNUD Colombia, *El uso del suelo: un gran desafío para Bogotá* (pp. 55-69). Bogotá D.C: Editorial El Malpensante S.A, Colección: Cuadernos del Informe de Desarrollo Humano para Bogotá No. 4.

Soja, E. (2004), Seis discursos sobre la postmetrópolis. En Ramos, Á. (edit.), *Lo urbano en 20 autores contemporáneos* (pp. 91–98). Barcelona: Ediciones UPC.

Thoenig, J. (1997). Política pública y acción pública. *Gestión y Política Pública*, 6(1), 19-37

# Las cláusulas excepcionales en la contratación estatal\*

## *Exceptional clauses in state contracting*

Guillermo León Betancur Hincapié\*\*

Carolina Londoño Muñoz\*\*\*

Martha Nelly Múnera Rendón\*\*\*\*

### Resumen

Las cláusulas excepcionales entendidas como aquellas disposiciones contractuales que otorgan ostensibles ventajas a uno de los extremos de la relación jurídica, y que están radicadas exclusivamente en cabeza de las entidades públicas contratantes, se conciben también como uno de los medios con los que cuentan dichas entidades para ejercer el control y vigilancia en la ejecución de los contratos estatales, en procura de dar cumplimiento al objeto contractual y, por ende, a los fines esenciales del Estado. En esa óptica, y bajo un estudio de tipo descriptivo, y con un método deductivo y analítico, en este artículo se pretende hacer explícitos algunos planteamientos que permitan visibilizar cómo se aplican las cláusulas excepcionales en la contratación pública en Colombia; dejando entrever, además, que no se trata realmente de estipulaciones contractuales, sino de verdaderos elementos, en veces de la esencia, y en otras de la naturaleza en este tipo de contratos.

**Palabras clave:** caducidad, cláusulas excepcionales, interpretación unilateral, modificación unilateral, reversión, sometimiento a leyes nacionales, terminación unilateral.

### Abstract

The exceptional terms understood as those contractual provisions that give visible advantages to one of them ends of the of the relationship legal, and that are exclusively based institutions head public contracting; are conceived as well as one of the means of control which have such entities exercise control and supervision in the execution of State contracts, in attempts of give compliance to the object contractual and, in consequence, to those purposes essential of the State. In this perspective, and under a descriptive study, and with a deductive method and analytical, in this article is intended to make explicit some approaches that allow to visualize as they apply the exceptional terms in the contract published in Colombia; leaving glimpse also, that not is actually of provisions contractual, but of real elements, in times of the essence, and in others of the nature in this type of contracts.

**Keywords:** expiration, Clause, exception clauses, unilateral interpretation, unilateral modification, reversion, submission to national laws, unilateral termination.

---

\* El artículo es producto de procesos de investigación del grupo de investigación Auditorio Constitucional de la Institución Universitaria de Envigado.

\*\* Abogado, especialista en Contratación Estatal, en Responsabilidad Estatal y en Derecho Administrativo Laboral de la Institución Universitaria de Envigado, especialista en Administración de la Informática Educativa de la UDES, Magíster en Derecho de la U de M. Docente e investigador en el Grupo Auditorio Constitucional de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Institución Universitaria de Envigado. Correo electrónico: memobetancur@hotmail.com

\*\*\* Abogada y especialista en Contratación Estatal de la Institución Universitaria de Envigado. Correo: carolinaljuridica@gmail.com

\*\*\*\* Abogada, especialista en Contratación Estatal y en Derecho Administrativo Laboral de la Institución Universitaria de Envigado. Correo: mmunera2007@yahoo.es

## Introducción

En Colombia las cláusulas excepcionales se han conocido a través de la celebración y ejecución de los contratos administrativos como disposiciones contractuales que otorgan potestades exclusivas en favor de las entidades públicas, prerrogativas que por su exorbitancia, fragmentan el principio de libertad contractual y rompen el postulado de igualdad entre las partes del contrato (Palacio, 2014), y cuya aplicación está conferida por disposición legal a la entidad pública contratante, sin necesidad de previa declaración judicial (Rodríguez, 2013).

Pues bien, dado que la contratación estatal se constituye en el segmento a través del cual se materializa la inversión pública de la mayor cantidad de recursos del Estado, siendo por ende, el principal instrumento de ejecución del gasto público en Colombia (Hoyos, 2015), es lógico pensar que al llevarse a cabo, ella implica de por medio “el cumplimiento de los fines estatales, la prestación continua y eficiente de los servicios públicos, y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados” (Betancur, 2015, pág. 129); y en ese orden de ideas, es razonable que tal actividad esté sometida a múltiples y rigurosos controles, siendo uno de ellos el previsto en los artículos 14 a 19 de la Ley 80 de 1993 (Congreso de la República de Colombia, 1993), consistente en las denominadas cláusulas excepcionales.

Sin embargo, de la redacción del artículo 14 de la Ley 80 de 1993 (Congreso de la República de Colombia, 1993), precepto que consagra la figura de las cláusulas excepcionales al derecho común, surgen, tal y como lo advierte Rico (2013), algunas inconsistencias que bien pueden generar confusiones en su interpretación y aplicación, pues, de un lado, en el numeral 1° de la norma, se dice que las Entidades Estatales podrán interpretar los documentos contractuales, introducir modificaciones a lo contratado y terminar unilateralmente el contrato celebrado; sin embargo, en el numeral 2° se afirma categóricamente que las Entidades pactarán las citadas cláusulas excepcionales incluyendo otras como el sometimiento a las leyes nacionales y la caducidad, en ciertos contratos relacionados con actividades que constituyan monopolio estatal, prestación de servicios públicos, contratos de obra, y explotación y concesión de bienes del Estado, adicionando

en este último caso otra cláusula excepcional como lo es la de reversión. (Congreso de la República de Colombia, 1993).

Se asegura además en el inciso segundo del mismo numeral 2°, que las Entidades Estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios. Pero, en el inciso tercero del mismo numeral 2°, se advierte que “en los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aun cuando no se consignent expresamente. (Congreso de la República de Colombia, 1993).

No puede ser más desafortunada y confusa la redacción de la norma en cuestión, pues en vez de dar claridad a este tema tan crucial como lo es el de las cláusulas excepcionales, lo que hace realmente es enredar el asunto de tal manera que se hace necesario todo un estudio de fondo para poder llegar a desentrañar semejante galimatías. Y es que aparentemente se da a entender que en ciertos tipos contractuales, como lo son los contratos de suministro y de prestación de servicios, las partes del contrato estatal tendrían la facultad de acordar voluntariamente la inclusión de las cláusulas excepcionales en el respectivo contrato, pero esta apreciación resulta desdibujada cuando a renglón seguido se indica que tales potestades se entienden pactadas aunque no se incorporen expresamente, significando con ello que de ningún modo se trataría de estipulaciones contractuales sino de elementos de la naturaleza de dichos contratos (Rico, 2013).

En definitiva, aunque la mera consagración normativa de las cláusulas excepcionales pareciera expresar sin lugar a dudas su verdadero alcance, se tiene claro que esa apreciación no es del todo cierta, pues son demasiados los interrogantes que se generan para las entidades públicas y para los demás partícipes en los procesos contractuales a la hora de aplicar y hacer efectivas dichas potestades; no es otra la impresión que se deriva de la lectura y análisis del artículo 14 de la Ley 80 de 1993 (Congreso de la República de Colombia, 1993), cuya incierta redacción da cuenta de una inexcusable imprecisión legislativa.

En ese orden de ideas, en el presente artículo se pretende dar respuesta a un cuestionamiento que surge del estudio y análisis normativo, doctrinario y jurisprudencial de las instituciones jurídicas *sub examine*,

pregunta que obedece al siguiente planteamiento: ¿cómo se aplican las cláusulas excepcionales en la contratación estatal en Colombia?

Partiendo de este interrogante, el propósito general del texto consiste en analizar las cláusulas excepcionales como medios de control de la contratación estatal en Colombia; para ello, la estructura a desarrollar incorpora tres acápite en los cuales se tratará en primer lugar, de exponer los antecedentes históricos y normativos de las potestades excepcionales de la contratación estatal en Colombia; en la segunda parte, describir las cláusulas excepcionales contempladas en el Estatuto Contractual Colombiano, y en la tercera parte, identificar el ámbito de aplicación de tales prerrogativas, tratando de arribar a una conclusión que dé razón sobre el por qué, a pesar del alto grado de corrupción existente en materia de contratación estatal, sean realmente muy pocas las veces en que se aplica la caducidad como cláusula excepcional y como medio de control en el sistema de compras públicas.

Para tal menester, será necesario abordar un estudio de tipo descriptivo, toda vez que nos proponemos identificar elementos y características de las cláusulas excepcionales consagradas en el Estatuto de Contratación Pública. Así, el método de investigación será deductivo y analítico, de tal suerte que partiremos del marco general descrito en la Ley 80 de 1993, y trataremos de determinar las implicaciones prácticas para la aplicación de las cláusulas excepcionales en la contratación estatal en Colombia.

En síntesis, el discurrir académico que pretendemos abordar bajo el tema de las cláusulas excepcionales en la contratación estatal, está circunscrito al ámbito nacional, y se justifica plenamente en la medida que es un tema crítico, de interés y de permanente actualidad; su importancia práctica está dada, ya que, aunque el asunto ha sido abordado por numerosos autores, aún falta mucho desarrollo del mismo, pues en las más de las veces, solo se exponen brevemente los aspectos básicos de cada una de las cláusulas excepcionales, pero no se encuentra suficiente literatura en la cual se profundice acerca de la aplicación práctica de dichas figuras, y ese es precisamente el norte que orienta el presente trabajo.

## 1. Antecedentes históricos y normativos de las cláusulas excepcionales y la contratación estatal en Colombia

En principio, ha de tenerse como referencia que el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, materializado en la Ley 80 de 1993 (Congreso de la República de Colombia, 1993), fue el logro de un proyecto concertado entre los diversos actores interesados en su expedición, y se surtió –entre otros– con la participación del Gobierno Nacional, los gremios, las universidades, las entidades públicas y los representantes de las entidades territoriales, con la idea de superar los obstáculos derivados de las reglamentaciones anteriores, que por su dispersión y multiplicidad, se constituían en un óbice para el cumplimiento de los fines estatales (Congreso de la República de Colombia, 1993).

Pero, para llegar al estatuto contractual incorporado en la Ley 80 de 1993 (Congreso de la República de Colombia, 1993), y específicamente a la consagración normativa de las cláusulas excepcionales, ha sido necesario recorrer un largo camino histórico cuyos aspectos más relevantes se expondrán a continuación.

Según Guevara (2002), el proceso evolutivo de la contratación pública en Colombia ha trasegado por tres etapas fundamentales, las cuales se corresponden con los períodos liberal clásico, del intervencionismo del Estado, y del Estado Social de Derecho, y que, en lo fundamental, y en lo atinente al desarrollo de las cláusulas excepcionales, pueden sintetizarse de la siguiente manera:

En primer lugar, en el período liberal clásico, desde aquella época en la cual Colombia estaba organizada bajo la forma de un Estado federal; donde imperaba un régimen de libertad contractual asimilable al de los contratos celebrados entre particulares, cabe destacarse el Código Fiscal de los Estados Unidos de Colombia (Ley 106 del 13 de junio de 1873), el cual ya regulaba la institución de la caducidad, como una forma atípica de poner fin a varios de los contratos del Estado. Fue así como en el artículo 511 de dicha ley, se preveía la caducidad del privilegio del cual gozaba la compañía empresaria que administraba el Ferrocarril de Panamá, ante el eventual incumplimiento de las cuotas trimestrales que debían cancelarse a favor de la Tesorería General de la Unión, en cuyo caso, el Ministro colombiano

en los Estados Unidos de América, o el cónsul colombiano en Nueva York debían hacer los requerimientos respectivos ante la falta de pago; noticia que sería informada debidamente a la compañía haciéndole saber la caducidad de dicho privilegio (Congreso General de los Estados Unidos de Colombia, 1873).

Otra mención que se hace en el Código Fiscal de 1873 (Congreso General de los Estados Unidos de Colombia, 1873) acerca de la caducidad, está relacionada en su artículo 860, en el cual se incorpora expresamente el texto del contrato suscrito el 6 de junio de 1871 entre el Gobierno del Estado Soberano de Antioquia y el Poder Ejecutivo Nacional, cuyo objeto consistía en la acuñación de la moneda por parte de la Casa de Moneda de Medellín, a efecto de lo cual, el Gobierno del Estado de Antioquia se comprometía a efectuar los gastos necesarios para perfeccionar el proceso de acuñación, debiendo introducir para ello, los aparatos y máquinas necesarias para utilizar la fuerza del vapor y la caída del agua, a fin de mover las máquinas destinadas a dicho proceso. En el evento que no se cumpliera con las condiciones enunciadas, el artículo 3° del mencionado contrato, disponía la declaratoria de la caducidad ante el incumplimiento del Estado de Antioquia, en tal caso, este último tendría derecho a que el Gobierno Nacional le pagara el precio de todas las máquinas, aparatos y utensilios propiedad de la Casa de Moneda de Medellín (Congreso General de los Estados Unidos de Colombia, 1873).

A través de la Ley 57 de 1887 (Congreso de la República de Colombia, 1887), ya bajo el amparo de la Constitución Política de 1886 (Consejo Nacional Constituyente, 1886), y con una forma de Estado centralista, el Consejo Nacional Legislativo adoptó el Código Civil de la República, y en él se incorporó la cláusula penal pecuniaria como cláusula fundamental en los contratos del Estado (artículos 1592 y s.s.) (Congreso de la República de Colombia, 1887). Luego, con la Ley 163 de 1896 (Congreso de la República de Colombia, 1896), se creó una Comisión Asesora Gubernamental denominada “Comisión de suministros, empréstitos y expropiaciones”, que regulaba todo lo relacionado con estos asuntos a nombre del Gobierno Nacional, y cuyas decisiones podían ser recurridas o, en su defecto, consultadas o apeladas ante el Consejo de Estado (Guevara, 2002).

Con la Ley 104 de 1892 (Congreso de la República de Colombia, 1892), se estableció la cláusula de reversión sin indemnización una vez finalizados los contratos de construcción y operación de las vías ferroviarias; así mismo, con dicha ley, se incorporó para esos contratos de concesión, y a manera de cláusula exorbitante, la constitución de garantía para los mencionados contratos, exigiéndose a los concesionarios la presentación de fianza, tanto para el perfeccionamiento, como para la ejecución del contrato. (Prada, 2016).

Antes de la Ley 4ª de 1905 y la Ley 53 de 1909, que fueron las primeras en establecer la relación entre el Estado contratante y el particular contratista, introduciendo de manera unilateral y respectivamente la cláusula penal en los contratos de obra ante el incumplimiento que fuera imputable al contratista así como la declaratoria de la caducidad administrativa por el incumplimiento del mismo aunque dicha cláusula no se hubiera pactado, (Palacio, 2014); la contratación del Estado se enmarcaba en el ámbito del derecho privado, es decir, se regía por las normas contenidas en el Libro Cuarto del Código Civil, relacionado con las obligaciones y los contratos entre particulares, y por las normas aplicables del Código de Comercio; de acuerdo con ello, se estimaba, tal y como se afirma en el documento de la exposición de motivos a la Ley 80 de 1993, que “en nada cambiaba un acuerdo de voluntad por el hecho de que una de las partes del mismo fuera una persona de derecho público”; de ahí que a los contratos estatales se les llamara “actos de gestión” o de “mero derecho privado”, opuestos a los “actos de gobierno”, “poder”, “imperio” o “mando”. (Congreso de la República de Colombia, 1993).

Es de anotar, que en la Ley 53 de 1909 (Congreso Nacional de la República, 1909), se establecieron dos tipos de cláusulas de caducidad. La primera, la contractual, que tenía como fuente las causales pactadas previamente en el contrato y, la segunda, la genérica y presunta, la cual se derivaba del hecho del incumplimiento del contratista, pero no mencionaba en forma concreta a qué tipo de incumplimiento se refería (Prada, 2016).

Con la Ley 110 de 1912 (Reforma al Código Fiscal Nacional), (Congreso Nacional de la República, 1912) en el Capítulo III, referido a la adquisición de bienes por el Estado, el artículo 21 introduce la figura de la

licitación para la adquisición, no de especies o cuerpos ciertos, sino de cosas indeterminadas de cierto género, como vestuario para el Ejército, herramienta y materiales para obras públicas, etc., y se dispone que aquella debe hacerse previa licitación y con las solemnidades señaladas en el mismo artículo. En esta ley, se estableció como obligatoria la cláusula de caducidad en todos los contratos que se celebren con el Estado para la construcción de obras o prestación de servicios, y así mismo, se incorporó en el artículo 42, la cláusula excepcional del sometimiento del contrato a la ley nacional (Prada, 2016).

Posteriormente, y con la expedición de las Leyes 63 de 1921 y 106 de 1931, las prerrogativas de la caducidad, la cláusula penal pecuniaria y las ritualidades de la licitación, se hicieron extensivas a otros contratos tales como los de obra pública, suministros, prestación de servicios y otros (Guevara, 2002).

A partir de la Reforma Constitucional de 1936, por medio del Acto Legislativo N° 01 de ese año (Congreso de la República de Colombia, 1936), paralelamente con la intromisión de las ideas de corte socialista para morigerar el modelo de Estado liberal individualista imperante en Colombia, se inicia el período del intervencionismo del Estado en la vida económica y social (Pérez, 2003), pues es desde ahí que se establece la función social del Estado y de la propiedad, la intervención del Estado en la economía, el trabajo como obligación social, y la asistencia pública como una función del Estado. En este período aparece entonces la teoría del servicio público y se da una nueva dinámica en la etapa formativa de los procesos de contratación estatal (Guevara, 2002).

Con la Ley 167 de 1941 (Congreso de la República de Colombia, 1941), segundo Código Contencioso Administrativo vigente hasta la expedición del Decreto 01 de 1984 (Congreso de la República de Colombia, 1984), se empieza a manejar la terminología de contratos administrativos. En el artículo 73 de dicha ley, se dispone en el numeral 1°, que las resoluciones de los funcionarios o autoridades del orden administrativo, que tengan origen en un contrato, no son acusables ante la jurisdicción contencioso-administrativa, reiterando con ello la competencia de la justicia ordinaria para conocer de las controversias en materia contractual sin distinguir si se trataba de contratos admi-

nistrativos o de derecho común de la Administración; distinción que sí revestía importancia a la hora de aplicar o no las cláusulas exorbitantes y de seleccionar al contratista de forma directa o a través de la licitación (Fandiño, 2014).

Ahora bien, el Artículo 254 de la Ley 167 de 1941, dispuso:

En todo contrato celebrado por la Administración Nacional, y que tenga por objeto la construcción de obras, la prestación de servicios o la explotación de un bien del Estado, deben prefijarse claramente los motivos que den lugar a la declaración administrativa de caducidad.

Como causales de caducidad, además de las que el Gobierno tenga por conveniente establecer en orden al exacto cumplimiento del contrato, deben figurar precisamente las siguientes:

- a) La muerte del contratista, si no se ha previsto que el contrato pueda continuar con sus sucesores;
- b) La incapacidad financiera del contratista, que se presume cuando se le declara en quiebra judicialmente, o se le abre concurso de acreedores. (Congreso de la República de Colombia, 1941).

De conformidad con la norma citada, se atribuyó con carácter obligatorio a las instituciones públicas la estipulación forzosa de la Cláusula de Caducidad en los siguientes contratos: obras públicas; prestación de servicios; suministros y operaciones de crédito público y de empréstitos (en estos últimos su explicación está dada por cuanto los Bancos o entidades financieras eran estatales). La controversia se concretaba al citado artículo 254, porque, lo allí dispuesto, se salía del esquema de igualdad de las partes pregonado en el artículo 1602 del Código Civil, resultando entonces contraria a la regulación libertaria del contrato privado (Guevara, 2002).

Posteriormente, la fase del Estado Social de Derecho, es una etapa de carácter institucional que corresponde a un período de previsión de la contratación en torno a los servicios públicos, en el cual, la contratación estatal instituye su propia normativa, establece su juez natural, e inicia su propia doctrina y jurisprudencia. Esta fase inicia en el año de 1964, anualidad en la que se expide la Ley 4ª, estableciendo por primera vez un estatuto sobre obras públicas (Congreso Nacional de la República, 1964), el cual es complementado con la

expedición del Decreto Ley 528 de 1964 (Congreso de la República de Colombia, 1964), y con la Ley 36 de 1966 (Congreso de la República de Colombia, 1966), dando principio a lo que se puede denominar como el proceso institucional de la contratación (Guevara, 2002).

Luego, la Ley 19 de 1982 (Congreso de la República de Colombia, 1982), otorgó competencia en las materias que debía regular el Ejecutivo, entre ellas los principios de interpretación, modificación y terminación unilateral, que hoy día se conocen e incluyen en un concepto más amplio como lo es el de las cláusulas excepcionales. En dicha ley se estableció una clasificación dual de los contratos: Contratos Administrativos y Contratos Privados con cláusula de caducidad (Guevara, 2002).

Fue en desarrollo de la Ley 19 de 1982 (Congreso de la República de Colombia, 1982), que se expidió el Decreto 222 de 1983 (Presidencia de la República de Colombia, 1983), estatuto anterior a la Ley 80 de 1993, en el que se reguló sobre las cláusulas excepcionales de terminación, modificación e interpretación unilaterales (artículos 18 a 24), y se le atribuyó suficiente importancia a la caducidad administrativa y a la sujeción a la ley colombiana (Título VI, artículos 60 a 77), siendo la caducidad su punto central; situación que a su vez se justificaba por la clasificación dual que ostentaban los contratos del Estado, los cuales se dividían en contratos administrativos y contratos privados con cláusula de caducidad, lo cual ya le otorgaba de por sí bastante relevancia a la institución de la caducidad administrativa (Guevara, 2002).

## **2. Las cláusulas excepcionales contempladas en el Estatuto Contractual Colombiano.**

Para adentrarnos en una aproximación conceptual a lo que se puede entender como cláusulas excepcionales, es preciso partir de una noción simple de lo que significa el contrato administrativo, y las finalidades que le son inherentes; así, y de acuerdo con Niño (2011), el contrato estatal se caracteriza precisamente porque la actividad de la Administración se encuentra asociada a la noción de interés público. Por ello, el contrato administrativo puede entenderse como aquel que celebra, directa o indirectamente, la Administración Pública, en cualquiera de sus manifestaciones, central o descentralizada, territo-

rial o funcionalmente, con otro sujeto de derecho, ya sea público o privado, a fin de satisfacer una finalidad pública; y que sin desconocer la normativa del derecho privado, está gobernado fundamentalmente por normas de derecho administrativo, tanto en la etapa previa a su formación, como durante su ejecución y en su fase de revisión por eventuales demandas ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo (Niño, 2011).

### **Aproximación conceptual**

Las cláusulas excepcionales se constituyen como una de las potestades a través de las cuales, la Administración Pública deja entrever su dominium, es decir, su posición de superioridad frente a sus co-contratantes, pues ellas se enmarcan en las atribuciones inherentes al ejercicio del poder público. En tal sentido, las cláusulas exorbitantes constituyen la expresión de prerrogativas que por mandato legal se otorgan a la Administración, lo cual implica, de un lado, una ruptura del principio de igualdad que suele caracterizar los contratos privados y las relaciones jurídicas entre particulares; y de otra parte, que a su vez se les otorgue a las entidades públicas contratantes, algunos privilegios que les permiten desarrollar ciertas actuaciones, con la potestad de hacerlas cumplir oficiosamente, es decir, sin necesidad de acudir ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa en su condición de juez natural del contrato estatal (Güechá, 2006).

Estas potestades excepcionales están consagradas en la Ley 80 de 1993 (Congreso de la República de Colombia, 1993), y se caracterizan porque tienen elementos extraños a los contratos de carácter civil y comercial que puedan regir entre particulares, es decir, no son cláusulas que se fijan en los contratos de derecho común, como lo son aquellos que se celebran entre particulares; por ende, su aplicación está reservada únicamente para las Entidades Públicas, y su existencia, de conformidad con el artículo 3° del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, se justifica porque la Administración tiene por finalidad el cumplimiento de los fines estatales y la continua y eficiente prestación de los servicios públicos, propósito que se logra a través de la contratación estatal (Betancur, 2015).

La aplicación de tales disposiciones ajenas al derecho común, está prevista en principio, como uno de los medios que pueden utilizar

las entidades estatales para lograr el cumplimiento del objeto contractual (artículo 14 de la Ley 80 de 1993) (Congreso de la República de Colombia, 1993), en consecuencia, su finalidad exclusiva es la de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a cargo de dichas entidades; de esa manera, y teniendo como ejemplo el caso específico de la caducidad, esta se relaciona directamente con aquellos hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones por parte del contratista, que afecten de manera grave y directa la ejecución del contrato, y que evidencien que pueden conducir a la paralización de los servicios públicos y su inmediata, continua y adecuada prestación. En ese sentido, las potestades excepcionales se establecen, no solo para garantizar que el contrato estatal se cumpla a cabalidad, sino principalmente para asegurar la continua prestación del servicio después de terminado el contrato (Congreso de la República de Colombia, 1993).

Se tiene claro entonces, que las cláusulas excepcionales, antes denominadas como exorbitantes (Fandiño, 2014) existen en el ordenamiento jurídico colombiano como un poder extraordinario en favor del Estado, y se justifican toda vez que la entidad contratante está actuando en nombre de la comunidad y del interés general (Rico, 2013), en tanto que el contratista, no obstante ser considerado como un colaborador de la Administración, está encaminado a alcanzar un fin de lucro particular que se concreta en el incremento de su patrimonio; tal es la consideración del máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo en Fallo del 24 de octubre de 2013, Expediente 24697 (Consejo de Estado, 2013).

En ese mismo orden de ideas, tales disposiciones excepcionales al contrato privado se entienden como prerrogativas que ostentan las Entidades Públicas dentro de sus relaciones jurídicas contractuales, y que conllevan a privilegiarlas frente a los demás sujetos de la relación negocial, y ello ocurre por decisión del legislador y bajo criterios de interés público (Osorio, 2013). Lo anterior significa que las ventajas otorgadas a la Administración en virtud de tales disposiciones se explican habida cuenta de que aquella actúa como gestora del interés colectivo (Consejo de Estado, 2013).

En Colombia, teniendo en cuenta que las cláusulas excepcionales han sido contempladas por el legislador como una preeminencia establecida en favor de las entidades del Estado, en virtud del interés general (Osorio, 2013) debe dejarse claro que es ahí donde radica una de las principales diferencias entre la contratación estatal y aquella que acontece entre particulares, pues dichas cláusulas no tienen aplicación en los negocios jurídicos del derecho privado, habida cuenta que en dicho ámbito no existe la subordinación ni la supraordinación de un sujeto contratante para con el otro, pues se trata de relaciones jurídicas de coordinación que se presentan en términos de igualdad contractual, en las cuales el principio de la autonomía de la voluntad alcanza su mayor grado; contrario sensu a las relaciones de desigualdad jurídica que tienen los particulares frente al poder del Estado (Fandiño, 2014).

En este contexto, la Administración Pública en Colombia, dentro de la actividad contractual, hace uso de las herramientas jurídicas conferidas por dicho poder, el cual, tal y como lo afirma Pachón (2014) “pone al Estado en condición de superioridad para resolver de manera unilateral aspectos contractuales” (pág. 153).

Por lo visto hasta esta parte, se infiere que, si bien es cierto las cláusulas excepcionales, según palabras de Osorio (2013) “corresponden a disposiciones normativas previamente definidas por el legislador, y que reflejan políticas estatales de posiciones privilegiadas y ventajosas para una de las partes del contrato estatal, como es la Administración Pública” (p. 105); no resulta menos cierto que existen casos en los que por su obligatoria inclusión, no se trata realmente de estipulaciones contractuales sino de elementos de la naturaleza del contrato (Rico, 2013). Tal es el caso de los contratos de participación en el monopolio de licores destilados, en virtud de los cuales, y por tratarse del ejercicio de una actividad que constituye monopolio estatal, las cláusulas excepcionales, tal y como se deduce del numeral segundo, inciso segundo del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, y como lo afirma el Consejo de Estado en Fallo 2003-00243 de marzo 12 de 2014, “se entienden pactadas aún en ausencia de estipulación expresa sobre la materia” (Consejo de Estado, 2014).

## 2.1 La caducidad

Según lo establecido en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, la caducidad, como cláusula exorbitante de la Administración, y como medio que puede ser utilizado por las entidades estatales para el cumplimiento del objeto contractual, se entiende, en los términos de la citada disposición, así:

La caducidad es la estipulación en virtud de la cual, si se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización, la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado, lo dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre. (Congreso de la República de Colombia, 1993).

Del tenor literal de la norma transcrita se deducen tanto el concepto, como los elementos distintivos que permiten identificar dicha institución jurídica; es así como, a pesar de que allí se habla de que se trata de una estipulación, es preciso advertir que, en virtud de su naturaleza, la caducidad administrativa no es realmente un convenio verbal, expresión que según el Diccionario de la Real Academia Española, es el que se corresponde con el término estipular, el cual se traduce en convenir, concertar o acordar; expresiones que dan a entender que se podría tratar de “un simple acuerdo de voluntades” (Rico, 2013, pág. 867). Sin embargo, no es ese el sentido que se le debe dar a la caducidad, habida cuenta de que ella es realmente una potestad de la Administración; una prerrogativa que, en las más de las veces, no depende de ser pactada o convenida entre los sujetos negociales, sino que deviene directamente de la ley, y, por tanto, le pertenece de suyo al Estado (Rico, 2013).

Hecha la anterior salvedad, retomamos el texto del citado artículo 18 de la Ley 80 de 1993, y de acuerdo con él, sintetizaremos los elementos caracterizadores de esta prerrogativa pública, tales como:

- a) Se constituye como la sanción más severa que puede imponer la Administración al contratista que ha incumplido gravemente sus obligaciones (Rodríguez, 2013), de tal suerte que, además de procederse anticipadamente a la terminación unilateral del

contrato por parte de la Entidad, si esta decide declarar la caducidad, tal declaratoria genera para el contratista una inhabilidad para celebrar contratos con las entidades estatales, que se extiende por el término de cinco años contados a partir de la fecha de ejecutoria del acto que la declara; tal y como se dispone en el artículo 8, num 1°, lit. l, inc. 3° de la Ley 80 de 1993 (Congreso de la República de Colombia, 1993).

- b) La declaratoria de caducidad que haga la Entidad Pública siempre deberá hacerse por medio de acto administrativo debidamente motivado.
- c) Si bien es cierto que las cláusulas excepcionales de terminación y de caducidad “ponen fin de manera unilateral al contrato” (Fandiño, 2014, pág. 375); ambas prerrogativas se diferencian claramente, pues la terminación no se da por hechos imputables al contratista, en tanto que la caducidad deviene exclusivamente por conducto de su incumplimiento. En consecuencia, la terminación unilateral da lugar al reconocimiento y pago de las compensaciones e indemnizaciones a que haya lugar en favor del contratista; incluso a la aplicación de mecanismos de ajuste a fin de mantener la ecuación o equilibrio contractual (Ley 80 de 1993, artículo 14, numeral. 1°, inc. 2°); en tanto que la declaratoria de la caducidad no da lugar a indemnización alguna para el contratista, y sí acarrea para este las sanciones e inhabilidades previstas en el artículo 18, inc. 3° de la Ley 80 de 1993). (Congreso de la República de Colombia, 1993).
- d) Los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista deben revestir unas características puntuales para que a raíz de ellos se pueda invocar la declaratoria de la caducidad; tales hechos deben afectar de manera grave y directa la ejecución del contrato; y deben evidenciar que pueden conducir a su paralización. Lo anterior significa que no se trata de un incumplimiento cualquiera, sino de aquél cuya magnitud pueda llegar a afectar de manera grave la prestación de los servicios públicos a cargo de la entidad (Rico, 2013).
- e) En cuanto al límite temporal para la declaratoria de la caducidad, esta procede solo durante la fase de ejecución del contrato, por

lo tanto, una vez vencido el plazo de ejecución del mismo, la entidad carece de facultades para decretarla. Así se desprende de lo afirmado por el Consejo de Estado en la Sentencia del 20 de noviembre de 2008. Expediente 17031 (Consejo de Estado, 2008). De igual manera, la competencia de la Administración para ejercer tal potestad se ve inhibida cuando el incumplimiento no le es imputable al contratista sino a la acción u omisión de los agentes de aquella (Consejo de Estado, 2012a).

- f) De acuerdo con el inciso final del citado artículo 18, la declaratoria de caducidad será constitutiva del siniestro de incumplimiento, lo cual autoriza a la entidad estatal para cobrar el importe de la garantía única constituida en su favor por el contratista; así lo reitera el máximo tribunal de lo Contencioso Administrativo en Fallo del 24 de octubre de 2013, expediente 24697 (Consejo de Estado, 2013).
- g) Según la jurisprudencia del Consejo de Estado, para la declaración de la caducidad no es necesario que se haya impuesto previamente multas al contratista, por la sencilla razón que “la ley no tiene establecido como prerrequisito que se imponga previamente otra sanción, bien sea de multa o de cláusula penal pecuniaria, sencillamente si se configuran los elementos autónomos que exige el artículo 18, entonces procede de manera directa, sin más condiciones previas” (Consejo de Estado, 2013) (Fallo del 24 de octubre de 2013, expediente 24697).

Para finalizar este acápite, se considera prudente exponer, además de las causales contempladas en el artículo 18 del Estatuto Contractual, algunas otras que dan lugar a la declaratoria de la caducidad y cuya fuente proviene de otras normas diferentes. Dichas causales ya habían sido enunciadas por (Fandiño, 2014), y son entre otras, las siguientes:

- i) Acceder a peticiones o amenazas de quienes, actuando por fuera de la ley, los obliguen a hacer u omitir algún acto o hecho que tenga relación con el contrato. El acceder ante tales peticiones y amenazas ilegales, y la celebración de pactos o acuerdos prohibidos, dará lugar a la declaratoria de caducidad del contrato en virtud de lo consagrado en el artículo 5°, numeral 5° de la Ley 80 de 1993 (Congreso de la República de Colombia, 1993), pero también está reiterado en el artí-

culo 90 de la Ley 418 de 1997 (Congreso de la República de Colombia, 1997), disposición que a su vez ha sido prorrogada en su vigencia por las leyes 548 de 1999 (Congreso de la República de Colombia, 1999), 782 de 2002 (Congreso de la República de Colombia, 2002), 1106 de 2006 (Congreso de la República de Colombia, 2006), 1421 de 2010 (Congreso de la República de Colombia, 2010), y por la Ley 1738 de 2014 (Congreso de la República de Colombia, 2014).

La Ley 418 de 1997 (Congreso de la República de Colombia, 1997), establece en su artículo 90, la potestad del Gobierno para declarar la caducidad o la terminación unilateral del contrato en aquellos eventos en los cuales, tanto los contratistas y subcontratistas, como sus agentes o dependientes<sup>1</sup>, incurran, con ocasión del contrato y en relación con las organizaciones armadas al margen de la ley, en cualquiera de las conductas señaladas en dicho artículo<sup>2</sup> (Betancur, 2015).

ii) Haber sido declarado responsable en un proceso de responsabilidad fiscal. En tal caso, las contralorías solicitarán a la autoridad administrativa correspondiente que se declare la caducidad del contrato, siempre que no haya expirado el plazo para la ejecución del mismo y que este no se encuentre liquidado; esto, de conformidad con lo señalado en el artículo 61 de la Ley 610 del 2000 (Congreso de la República de Colombia, 2000).

iii) Cuando en los contratos que se celebren como resultado de una licitación pública y cuya ejecución se relacione con el ejercicio de cualquiera de las especialidades de la arquitectura o de la ingeniería, y las propuestas que se formulen no sean abonadas por un profesional matriculado y especializado en la rama respectiva, lo mismo que la elaboración de los estudios, la dirección técnica y la ejecución de

<sup>1</sup> Para el caso de los agentes o dependientes, la norma es clara en señalar que se trata de conductas de las cuales el contratista haya tenido conocimiento (Betancur, 2015).

<sup>2</sup> Tal y como fueron descritas por Betancur (2015), las conductas establecidas en el artículo 90 de la Ley 418 de 1997, que dan lugar a la declaratoria de caducidad y a la terminación unilateral del contrato, son: 1) Ceder injustificadamente ante las amenazas proferidas por dichas organizaciones. 2) Recibir, suministrar, administrar, intervenir, financiar, transferir, guardar, transportar, almacenar o conservar dineros o bienes provenientes de o con destino a tales organizaciones o colaborar y prestar ayuda a las mismas. 3) Construir, ceder, arrendar, poner a disposición, facilitar o transferir a cualquier título, bienes para ser destinados a la ocultación de personas o al depósito o almacenamiento de pertenencias de dichas organizaciones. 4) Paralizar, suspender o disminuir notoriamente el cumplimiento de sus obligaciones contractuales por atender instrucciones de dichas organizaciones. 5) Incumplir el deber de denunciar hechos punibles, cuya comisión sea imputable a dichas organizaciones, conocidos con ocasión del contrato (Betancur, 2015, p. 103).

los respectivos trabajos no sean encomendados a profesionales que posean matrícula en la especialidad requerida; tal incumplimiento de dicha obligación por parte de los contratistas, figurará como causal de caducidad en los contratos, según lo establecido en el artículo 14 de la Ley 64 de 1978 (Congreso de República de Colombia, 1978).

iv) El incumplimiento reiterado por parte del contratista (por cuatro meses), de sus obligaciones frente al Sistema de Seguridad Social Integral, parafiscales (Cajas de Compensación Familiar, Sena e ICBF) dará lugar a que la entidad estatal dé aplicación a la cláusula excepcional de caducidad administrativa; esto, según lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley 828 de 2003 (Congreso de la República de Colombia, 2003).

## **2.2 La interpretación unilateral del contrato**

De conformidad con los artículos 14 y 15 de la Ley 80 de 1993, la interpretación unilateral de contrato es la potestad que tiene la entidad estatal contratante de interpretar, en acto administrativo debidamente motivado, los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas que puedan paralizar o afectar gravemente la prestación del servicio público, cuando no se ha logrado acuerdo sobre las discrepancias que surjan entre las partes respecto de la interpretación de las mismas durante la ejecución del contrato; de ahí que, su aplicación tiene un carácter meramente subsidiario (Rico, 2013). Esta facultad que tiene la Administración para interpretar unilateralmente los documentos contractuales, se justifica, dada la gran responsabilidad que tiene la entidad estatal de ejercer la dirección general, el control y vigilancia en la ejecución del contrato; de ahí que su aplicación, se dé exclusivamente con el objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a cargo de la entidad, y para asegurar su inmediata, continua, y adecuada prestación.

En síntesis, se acude a la interpretación unilateral del contrato para resolver discrepancias acerca del sentido que debe darse a las cláusulas del contrato a fin de evitar la paralización del servicio público, en el evento en que no haya acuerdo entre las partes. En dichas circunstancias, la entidad estatal mediante acto administrativo debidamente motivado interpretará aquellas estipulaciones que son objeto de la diferencia. No está por demás advertir que esta potestad excepcional solo tiene aplicación durante la ejecución del contrato, y a

través de ella solo se hace interpretación, pero no se puede modificar el contrato, de lo contrario habría lugar a su nulidad; lo anterior, se infiere de lo resuelto por el Consejo de Estado en Sentencia del 7 de julio de 2011, expediente 18.762 (Consejo de Estado, 2011).

La interpretación unilateral tiene poca acogida en la práctica, por cuanto, no obstante el carácter público de la normativa que rige la contratación estatal, en esta se brinda cabida al concepto de la autonomía de la voluntad de las partes, dándose así bastante flexibilidad de participación en la redacción del texto contractual, toda vez que al contratista se le proporciona con anticipación un borrador de la minuta del contrato, para que tenga la posibilidad de interpretar a su manera el texto y pueda realizar las observaciones que considere pertinentes. De esa manera, la interpretación unilateral por parte de la entidad estatal solo se presenta cuando no se logre el entendimiento entre esta y el contratista, adoptando para el efecto las resoluciones que sean necesarias (Niño, 2011).

### **2.3 La modificación unilateral**

Tal y como lo establece el Código Civil Colombiano (Artículo 1602), y se deduce de los principios generales del derecho, “todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales” (Congreso de la República de Colombia, 1887); de ese modo, la facultad de modificación unilateral en los contratos privados, va a requerir necesariamente de una autorización previa de los contratantes, en la cual se manifieste de manera inequívoca tal facultad, pero sin que ello implique la sustitución del objeto contractual, de tal suerte que, tal y como ocurre en los contratos estatales, la modificación nunca podrá llegar a reemplazar el objeto contratado (Palacio, 2014); en ese sentido debe quedar claro que si las partes llegasen a cambiar el objeto, dicha alteración tendría como efecto la sustitución de una obligación por otra, en otras palabras, sería una novación por cambio de objeto (Niño, 2011).

Por su parte, en los contratos estatales, cuya nota característica es la prevalencia del interés general, se establecen una serie de prerrogativas a favor de la Administración, que, a diferencia de los contratos privados, le permiten a esta la modificación unilateral del contrato.

Ahora bien, tomando la naturaleza de la contratación estatal y de acuerdo con los planteamientos de (Benavides, 2004), citado por (Niño, 2011), en este tipo de contratación, la entidad estatal no requiere consentimiento para proceder de tal manera, pues, “en efecto, la teoría del acto administrativo se constituye a partir del poder particular de la Administración de definir una situación jurídica creadora de derechos y obligaciones para terceros (los administrados) sin obtener previamente su acuerdo” (Benavides, 2004, p. 365).

Esta prerrogativa que tiene la Administración para modificar unilateralmente un contrato estatal, constituye una facultad otorgada por el legislador, y que posee una naturaleza reglada. Es decir, que para poder ejercerla se debe constatar la existencia de los supuestos fácticos previstos en la norma, lo cual significa que la modificación unilateral no es discrecional, ya que debe adoptarse solamente cuando dentro de la ejecución de un contrato se presenten circunstancias que puedan paralizar o afectar la prestación de un servicio público que se deba satisfacer con este instrumento, como resulta consignado en la Sentencia C-949 de 5 de septiembre de 2001 (Corte Constitucional, 2001).

En consecuencia, y en armonía con el artículo 16 de la Ley 80 de 1993, la Administración, antes de realizar la modificación unilateral de un contrato, debe tener en cuenta que este se halle en ejecución, que exista un riesgo inminente de paralización o afectación grave del servicio público que se satisface con él, que la única vía para precaver tales riesgos sea introduciendo variaciones al contrato, y que las partes no hayan llegado previamente a un acuerdo en las condiciones de la modificación y las nuevas obligaciones del contratista. Así, la entidad pública, mediante acto administrativo debidamente motivado, y haciendo uso de la prerrogativa que le confiere el *ius variandi*, podrá modificar el contrato, mediante la supresión o adición de obras, trabajos, suministros o servicios.

En ese orden de ideas y conforme a la citada prescripción normativa, se entiende que cuando las modificaciones unilateralmente introducidas por la entidad estatal alteran el valor del contrato en un 20 % o más de su valor inicial, el contratista bien podrá renunciar a continuar con su ejecución; caso en el cual, la entidad ordenará la liquidación

del contrato y adoptará inmediatamente las medidas que sean necesarias para garantizar la terminación del objeto contractual; pero si el contratista decide continuar con su ejecución, tendrá derecho al reconocimiento y pago de las compensaciones e indemnizaciones a que haya lugar a fin de mantenerle incólume el equilibrio contractual.

## 2.4 La terminación unilateral

El Decreto 222 de 1983 (Presidencia de la República de Colombia, 1983), consideraba esta cláusula como un principio rector que podía ser aplicado por el contratante o el contratista, pero bajo la Ley 80 de 1983 ya no se entiende como un principio sino como una cláusula excepcional que solo puede ser aplicada por el Estado en los casos extremos y por las causales definidas por el legislador. En principio, se debe concertar la terminación del contrato por mutuo acuerdo, pero si no se logra ese cometido, la Administración puede proceder a terminarlo unilateralmente; esa es la exorbitancia, la prerrogativa o privilegio que tiene el Estado.

De consuno con el artículo 17 de la Ley 80 de 1993 (Congreso de la República de Colombia, 1993), norma que regula expresamente la terminación unilateral y anticipada del contrato, esta se puede presentar por causas involuntarias y ajenas al contratista, sobrevinientes al perfeccionamiento del contrato, circunstancias tales como: 1) cuando las exigencias del servicio público así lo requieran, o la situación de orden público lo imponga; 2) por la muerte o incapacidad física permanente del contratista, si es persona natural, o por disolución de la persona jurídica del contratista. En estas circunstancias la ejecución del contrato podrá continuarse con el garante de la obligación. En este punto es preciso aclarar, según lo indica la Corte Constitucional en la Sentencia C-454 de 1994, que la incapacidad física permanente debe interpretarse “en la medida en que impida de manera absoluta el cumplimiento de las obligaciones específicamente contractuales, cuando ellas dependan de las habilidades físicas del contratista” (Corte Constitucional, 1994); 3) por interdicción judicial o por declaración de insolvencia económica del contratista, caso en el cual también podrá continuarse la ejecución del contrato con el garante de la obligación; y 4) por cesación de pagos, concurso

de acreedores o embargos judiciales del contratista que afecten de manera grave el cumplimiento del contrato.

Ahora bien, como ya lo ha manifestado el Consejo de Estado en Fallo del 28 de junio de 2012, Expediente 23361, debe tenerse presente que, si bien es cierto la terminación unilateral del contrato es una facultad discrecional de la entidad contratante, la cual cuenta con un amplio margen para sustentar tal decisión; esta potestad no significa una libertad absoluta para que la autoridad respectiva pueda adoptar tal determinación, pues esta debe, en cada caso concreto, buscar la alternativa de solución que mejor satisfaga el interés general, procurando para ello que la medida sea adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y que sea además, necesaria y proporcional a los hechos que le sirven de causa (Consejo de Estado, 2012b).

En síntesis, ante la declaración de terminación unilateral del contrato por parte del Estado, lo cual debe darse solo durante la etapa de ejecución, se generan efectos jurídicos, tales como: la liquidación del contrato en el estado en que se encuentre, la ordenación de las compensaciones a que hubiere lugar y la adopción de las medidas necesarias para evitar la paralización de las obras o servicios a cargo de la entidad. Finalmente, debe aclararse que entre las consecuencias jurídicas de la terminación unilateral no se contemplan las establecidas para la caducidad, habida cuenta de que la terminación unilateral ocurre por causas no imputables al contratista (Fandiño, 2014).

## **2.5 La reversión**

Esta potestad excepcional implica que el contratista, por medio de una cláusula, se compromete a transferir la propiedad de los bienes y elementos utilizados en el contrato, bajo la titularidad de la entidad contratante, sin que dicha tradición comporte contraprestación alguna en favor del obligado. Esta reglamentación resulta aplicable únicamente a los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado como lo establece el artículo 19 de la Ley 80 de 1993 (Matallana, 2015).

Sobre la justificación de la inclusión y gratuidad de la cláusula de la reversión en los contratos de explotación y concesión de bienes

del Estado, el Gobierno Nacional, desde la exposición de motivos al proyecto de la Ley 80 de 1993, había manifestado que:

Se justifica la gratuidad de la reversión en el hecho de que el contratista calcula la amortización de los bienes que ha dispuesto para la prestación del servicio cuando al celebrar el contrato se pacta lo relativo a su vigencia, de forma tal que a su vencimiento los bienes se encuentran totalmente amortizados (Gaceta del Congreso de la República, N° 75, del 23 de septiembre, 1992).

Al respecto, es dable señalar que la obligación de la reversión en favor de la entidad del Estado, no deviene de un acuerdo de voluntades entre los co-contratantes, sino que surge desde la misma ley que rige el contrato ( Ley 80 de 1993, artículo 19), la cual dispone que una vez finalizado el término de la explotación o concesión, los elementos y bienes directamente afectados a la misma pasen a ser propiedad de la entidad contratante, sin que por ello esta deba efectuar compensación alguna. Lo que se pretende finalmente es garantizar la continuidad del servicio público cuando dichos bienes son indispensables para mantener su permanencia, sin que la entidad tenga que realizar una nueva contratación sobre idéntico objeto (Rico, 2013).

En esos mismos términos, la Corte Constitucional al declarar la exequibilidad del artículo 19 de la Ley 80 de 1993, manifestó en la Sentencia C-250 de junio 6 de 1996, que la reversión es consustancial al contrato de concesión, y por tal razón, quien participa en un proceso contractual de tal naturaleza, entiende y acepta desde el principio tal condición; es por ello que la cláusula de reversión no puede ser entendida como si se tratase de una expropiación sin indemnización, toda vez que el concesionario no es obligado a revertir los bienes afectos a la ejecución del contrato contra su voluntad (Corte Constitucional, 1996).

## **2.6 El sometimiento a las leyes nacionales**

Según el mandato constitucional que se infiere de los artículos 6° y 95 de la Carta Política (Asamblea Nacional Constituyente, 1991), es deber de los nacionales y extranjeros establecidos en el territorio colombiano someterse y acatar la Constitución y las Leyes; esto se traduce no solo en el deber para todas las personas de obedecer y

respetar a las autoridades nacionales, de acuerdo con lo establecido en el numeral 3° del artículo 95 superior, sino también en el principio de legalidad al que debe someterse la Administración Pública en todas sus actuaciones; principio que en materia contractual se materializa en el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, según el cual la normativa aplicable a los contratos estatales está dada por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, y por las dispuestas particularmente en la misma Ley 80 de 1993. (Congreso de la República de Colombia, 1993).

De esa manera, y al tenor de lo contemplado en inciso 2° del artículo 13 de la Ley 80 de 1993 (Congreso de la República de Colombia, 1993), los contratos celebrados en el exterior se podrán regir en su ejecución por las reglas del país en donde se hayan suscrito, a menos que deban cumplirse en Colombia. De la norma, se colige que cuando la ejecución del contrato ocurra dentro del territorio colombiano, los requisitos, efectos y terminación del mismo, se regirán por las leyes colombianas; dando aplicación al principio general que indica que el contrato se rige por las leyes del país donde se desarrolla (Fandiño, 2014).

Lo descrito en el párrafo anterior, no excluye la aplicación de otra regla derivada del inciso 3° del mismo artículo 13 de la Ley 80 de 1993, según la cual, los contratos que se celebren en Colombia y deban ejecutarse o cumplirse en el extranjero, podrán someterse a la ley extranjera; tal precepto en nada contraviene el principio general esbozado anteriormente, pues en tal caso, el régimen jurídico aplicable al contrato seguirá siendo preferencialmente el del lugar de su ejecución. (Congreso de la República de Colombia, 1993).

En suma, bien puede afirmarse que el sometimiento a las leyes nacionales, no obstante, su inclusión dentro de las cláusulas excepcionales en la contratación estatal (numeral 2° del artículo 14 de la Ley 80 de 1993) (Congreso de la República de Colombia, 1993), realmente no tiene un carácter convencional, por cuanto, al tener rango legal, se escapa de la autonomía de la voluntad de las partes, y, en consecuencia, se trata más bien de un elemento de la naturaleza del contrato estatal (Rico, 2013).

### 3. Ámbito de aplicación de las cláusulas excepcionales

A esta altura de la exposición, bien se puede inferir que las cláusulas excepcionales de interpretación, modificación, terminación y caducidad se entienden como poderes o facultades que tiene la Administración Pública para intervenir en la ejecución del contrato (Niño, 2011). Así, Con la expedición de la Ley 80 de 1993 (Congreso de la República de Colombia, 1993), el legislador impuso límites en la aplicación de las cláusulas exorbitantes, y las restringió a aquellos contratos en los cuales era evidente la existencia de una relación directa entre el objeto del contrato y el interés público, dando siempre prelación a dicho interés general a fin de evitar su afectación. De esa manera, el mismo legislador, en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, contempló tres situaciones en las cuales pueden encuadrarse tales potestades (Niño, 2011), son ellas:

**Primera.** En los casos en los que las cláusulas excepcionales proceden por mandato de ley, es decir, de manera obligatoria, caso en el cual se entienden pactadas aun cuando no se consignen expresamente; esta aplicación está reservada para aquellas actividades que constituyan monopolio del Estado, prestación de servicios públicos, explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra; de igual manera deberán incluirse en los contratos para el desarrollo de proyectos de Asociación Público Privada, de conformidad con lo ordenado en el artículo 22 de la Ley 1508 de 2012 (Congreso de la República de Colombia, 2012).

**Segunda.** En los casos en que las potestades excepcionales se pueden incluir por acuerdo entre las partes, es decir, de manera facultativa, como ocurre en los contratos de suministro y prestación de servicios.

**Tercera.** Casos en que por disposición del mismo legislador, las cláusulas excepcionales no son viables, por estar expresamente prohibidas, como se ordena expresamente para los contratos celebrados con personas públicas internacionales, contratos de cooperación, ayuda o asistencia, interadministrativos, empréstito, donación, arrendamiento, contratos que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas y tecnológicas, contratos de seguros tomados por entidades estatales, contratos que tengan por objeto actividades comerciales e industriales de las entidades del Estado que no corres-

pondan a las señaladas en el numeral 2° del artículo 14 de la Ley 80 de 1993 (que constituyan monopolio estatal, prestación de servicios públicos, explotación y concesión de bienes del Estado, y contratos de obra), pues en estos casos enunciados entre paréntesis, es claro que sí deben incluirse.

De igual manera, el Consejo de Estado a través de la Sección Tercera, en sentencia del 30 de noviembre de 2006 (Consejo de Estado, 2006), manifestó que de conformidad con la Ley 80 de 1993, en relación con los poderes exorbitantes y la aplicación de su régimen en los diferentes tipos de contratos, se configuran cuatro (4) grupos perfectamente determinados, a saber:

**Primer grupo:** coincide con la primera situación descrita anteriormente, e incluye aquellos contratos en los cuales las cláusulas excepcionales se tienen que pactar por obligación legal, y de no hacerlo, de todas maneras, se entenderán pactadas. Es lo que se denomina como “cláusulas virtuales”. Esto ocurre por ejemplo en el contrato de obra, los contratos cuyo objeto es la explotación y concesión de bienes del Estado, la prestación de los servicios públicos y las actividades que constituyen monopolio estatal (Consejo de Estado, 2006).

**Segundo grupo:** Según el Consejo de Estado, en este grupo se ubican aquellos contratos en los cuales está prohibido pactar cláusulas excepcionales; en consecuencia, si estas se llegasen a incluir, habría una causal de nulidad absoluta de dicha cláusula. A este grupo pertenecen los contratos enunciados en el parágrafo del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, y que, para nuestros fines, ya fueron esbozados en la tercera de las situaciones indicadas algunos párrafos atrás. (Consejo de Estado, 2006).

**Tercer grupo:** este grupo coincide con los contratos de suministro y de prestación de servicios, ya reseñados brevemente en la segunda de las situaciones anteriores. Para la Sección Tercera del Consejo de Estado, en este grupo se integran los contratos en los cuales la misma ley autoriza que los extremos de la relación contractual acuerden voluntariamente su inclusión, sin que tal autorización llegue a ser una imposición; de tal manera que el pacto de tales disposiciones es opcional, entendiéndose que, su falta de estipulación significa que tales poderes exorbitantes no existen en el negocio jurídico. Su campo

de aplicación está reservado solo para los contratos de prestación de servicios y los de suministro, y debe tenerse presente que su inclusión solo puede favorecer a las entidades estatales, de tal suerte que resulta imposible pactar tales poderes en favor del contratista (Consejo de Estado, 2006).

En este punto resulta oportuno señalar que es en este grupo de contratos en los que se abre un espacio para que opere el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, lo cual no va en armonía con la tradición administrativista según la cual, se había entendido que era la propia ley, y no las partes del contrato, quien podía disponer, en exclusiva, la inclusión de cláusulas excepcionales. Es claro entonces, que solo en los contratos de suministro y en los de prestación de servicios, la ley autoriza a los extremos de la relación jurídica a negociar la inclusión de poderes exorbitantes (siempre en favor del Estado), y en estos casos dicha inclusión no deviene directamente y de manera “inmediata” de la ley, sino de manera “mediata”, por cuanto se hace necesario que las partes lleguen a un acuerdo sobre su inclusión; de lo contrario tales cláusulas no podrán existir en el caso concreto (Consejo de Estado, 2006).

**Cuarto grupo:** finalmente, y por exclusión, surge un cuarto grupo integrado por todos aquellos contratos que no se encuadran en ninguno de los grupos anteriores, es decir, que no están incluidos en ninguna de las situaciones a las que alude expresamente la ley. Es el caso de negocios jurídicos tales como la consultoría, el comodato, el leasing, etc. Frente a este grupo de contratos surge entonces el siguiente interrogante: ¿Será posible pactar cláusulas excepcionales?

Para el Consejo de Estado, la respuesta es negativa porque para su inclusión se requiere de autorización legal, y, además, porque el legislador es el único que puede otorgar competencias para la expedición de actos administrativos en desarrollo de los contratos estatales, actos que, constituyen el mecanismo de ejercicio de las exorbitancias contractuales. Siendo así, se concluye que no es posible constituir este tipo de poderes en ejercicio de la autonomía de la voluntad privada, mucho menos en aquellos contratos en los que la ley no ha dado expresamente su autorización, como tampoco es dable excluirlos en

los contratos en que el mismo legislador los ha previsto como obligatorios (Consejo de Estado, 2006).

### 3.1 Límites en su aplicación

De conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano, es claro que todos los actos administrativos expedidos con ocasión de la actividad contractual, y en ejercicio de las cláusulas excepcionales o en virtud de ella, necesariamente están sometidos a ciertas condiciones de imperativo cumplimiento; de tal suerte que tales condicionamientos se convierten en límites señalados expresamente por el legislador para la expedición de tales actos administrativos. Así, tales límites pueden agruparse de acuerdo con su oportunidad, finalidad, requisitos, materia y motivos, como se pasará a ver a continuación:

**En cuanto a la oportunidad** que el legislador prevé para que la potestad excepcional se ejercite “durante la ejecución del contrato”. Es decir, el legislador implícitamente limita la facultad excepcional solo para esa etapa. O, cuando se en el artículo 17 de la Ley 80 de 1993, se establece que “La entidad en acto administrativo debidamente motivado dispondrá la terminación anticipada del contrato (...)”, lo cual supone que el contrato aún no ha terminado.

**En relación con su finalidad**, pues el ejercicio de la potestad excepcional tiene por fin evitar que las discrepancias conlleven a la paralización o la afectación grave del servicio a su cargo.

**En cuanto a los requisitos**, la ley exige, para aquellos casos en los cuales es aplicable, la concertación previa, pues las facultades unilaterales de interpretación y de modificación, solo pueden ejercitarse “si no se logra acuerdo” (Ley 80 de 1993, art. 15); o, “si previamente las partes no llegan al acuerdo respectivo” (Ley 80 de 1993, art. 16). Por consiguiente, es presupuesto necesario para el ejercicio de la facultad excepcional el agotamiento de los medios adecuados para tratar de lograr el consenso entre las partes.

**En cuanto a la materia**, la facultad excepcional de la interpretación unilateral solo puede extenderse a las estipulaciones o cláusulas objeto de la diferencia, razón por la cual la administración tendrá

como límite, que no podrá extenderse a materias sobre las cuales las partes no tengan discrepancia. Así mismo el ejercicio de la facultad de modificación excepcional está limitada a la “supresión o adición” de obras, trabajos, suministros o servicios; en consecuencia, la modificación está supeditada a un elemento “cuantitativo”, por tanto, no puede extenderse a cláusulas o estipulaciones no concernientes a ese ámbito.

**En cuanto a los motivos**, deben ser ciertos y tratarse de supuestos de hecho o de derecho contemplados expresamente por la ley, como habilitantes para el ejercicio de la facultad excepcional (Consejo de Estado, 2000).

## Conclusiones

La inclusión de las cláusulas excepcionales al derecho común, en las disposiciones contenidas en la Ley 80 de 1993, obedece a una imposición del legislador, en favor de la Administración Pública, que genera una posición jurídica especial del Estado frente al sujeto co-contratante en el negocio jurídico público, habida cuenta de que este último prácticamente en nada interviene en la discusión y construcción de las supuestas cláusulas, como debería ocurrir, en aplicación del principio de la autonomía de la voluntad.

De esa manera, encontramos como corolario de estas indagaciones que las cláusulas excepcionales, antes denominadas exorbitantes, en principio, no encuadran dentro de los conceptos de cláusula o estipulación, debido a que no corresponden a un producto de creación voluntaria de las partes de un contrato, sino que, por el contrario, son, tal y como ya se advirtiera, mandatos imperativos previamente definidos por el legislador, que materializan el principio de legalidad, y a su vez desdibujan el principio de la autonomía de la voluntad, dentro del contenido del negocio jurídico público.

De otra parte, el resultado del presente escrito habrá de servir como fuente de consulta académica, no solo para la orientación del tema en las cátedras, módulos, seminarios y diplomados de contratación estatal, sino también para todos aquellos partícipes de los procesos contractuales públicos, e incluso para la misma Administración de las Entidades Estatales a la hora de tener certeza en la aplicación de

las cláusulas excepcionales incluidas o no en todos y cada uno de los contratos administrativos que lleguen a celebrar.

En suma, es pertinente señalar que las cláusulas excepcionales, en su dimensión de facultades propias de la Administración estatal para el manejo y control de la actividad contractual pública, tienen unas notas características que se resumen de la siguiente forma: (i) se manifiestan como ejercicio del poder público con el propósito de garantizar la efectiva prestación de los servicios públicos a cargo del Estado; (ii) significan ciertas restricciones a la libertad negocial en los contratos que se celebran entre el Estado y los particulares, fundamentadas en los conceptos de orden público e interés general; (iii) se enmarcan dentro de los medios que pueden utilizar las entidades estatales para lograr el cumplimiento del objeto contractual, por lo cual se afirma que constituyen un medio de control para la ejecución del contrato estatal; y (iv) son expresión del principio de legalidad, ejercidas en el marco de la juridicidad que caracteriza la función administrativa en el desarrollo de la contratación pública; esto, tal y como lo expresa el Consejo de Estado en reciente Sentencia del 2 de mayo de 2016.

Una conclusión importante frente a la declaratoria de caducidad de los contratos estatales, y que de alguna manera explica por qué esta durísima sanción no es tan común como debiera serlo en un medio de tanta corrupción como el que rodea el ámbito de la contratación estatal en Colombia, se deduce del numeral 32, artículo 48 de la Ley 734 de 2002 (Código Disciplinario Único) (Congreso de la República de Colombia, 2002), el cual señala como falta disciplinaria gravísima: “declarar la caducidad de un contrato estatal o darlo por terminado sin que se presenten las causales previstas en la ley para ello”.

Es precisamente en esta norma, que tiene asidero el hecho de que sean realmente muy pocas las veces en que se declara la caducidad administrativa, de tal suerte que resulta más complejo y comprometedor para un gestor contractual, declarar la caducidad que abstenerse de hacerlo, pues en este último caso la ley disciplinaria no prevé sanción alguna.

Finalmente, es posible pensar que nuestro objeto de estudio, una vez concluidas las presentes indagaciones académicas, ha de tener importancia práctica contribuyendo a solucionar problemas frente

al entendimiento y a la aplicación efectiva de dichas figuras que fungen como prerrogativas exclusivas de la Administración, pero que, a su vez, generan una gran cantidad de inconvenientes prácticos, debidos precisamente al escaso nivel de comprensión de las mismas por parte de los funcionarios que tienen a su cargo el deber de adelantar en debida forma los procesos contractuales de las entidades estatales que representan.

Lo descrito en las anteriores líneas no significa en absoluto que el tema de las cláusulas excepcionales en la contratación estatal se encuentre ya agotado, pues serán bienvenidas las nuevas investigaciones y propuestas que se hagan desde la academia para contribuir a su discernimiento, comprensión y por supuesto, a una mejor aplicación.

## REFERENCIAS

- Asamblea Nacional Constituyente. (1991). Constitución Política de Colombia . Bogotá: Gaceta Constitucional.
- Benavides, J. L. (2004). El Contrato Estatal. Entre el Derecho Público y el Derecho Privado. Bogotá: U. Externado de Colombia.
- Betancur, G. L. (2015). La contratación estatal - una visión desde el derecho privado hacia lo público. Medellín: Díké.
- Congreso de la República de Colombia. (1896). Ley 163 de 1896. Bogotá: Diario Oficial .
- Congreso de la República de Colombia. (1887). Ley 57 de 1887. Bogotá: Diario Oficial N° 7019.
- Congreso de la República de Colombia. (1892). Ley 104 de 1892. Bogotá: Diario Oficial.
- Congreso de la República de Colombia. (1936). Acto Legislativo N° 1 de 1936. Bogotá: Diario Oficial.
- Congreso de la República de Colombia. (1941). Ley 167 de 1941. Bogotá: Diario Oficial.

- Congreso de la República de Colombia. (1964). Ley 4 de 1964. Bogotá: Diario Oficial.
- Congreso de la República de Colombia. (1966). Ley 36 de 1966. Bogotá: Diario Oficial.
- Congreso de la República de Colombia. (1978). Ley 64 de 1978. Bogotá: Diario Oficial.
- Congreso de la República de Colombia. (1982). Ley 19 de 1982. Bogotá: Diario Oficial.
- Congreso de la República de Colombia. (1984). Decreto 01 de 1984. Bogotá: Diario Oficial.
- Congreso de la República de Colombia. (1993). Exposición de motivos - Ley 80 de 1993. Bogotá.
- Congreso de la República de Colombia. (1993). Ley 80 de 1993. Bogotá: Gaceta Oficial.
- Congreso de la República de Colombia. (1997). Ley 418 de 1997. Bogotá: Diario Oficial.
- Congreso de la República de Colombia. (1999). Ley 548 de 1999. Bogotá: Diario Oficial.
- Congreso de la República de Colombia. (2000). Ley 610 de 2000. Bogotá: Diario Oficial.
- Congreso de la República de Colombia. (2002). Ley 734 de 2002. Bogotá: Diario oficial.
- Congreso de la República de Colombia. (2002). Ley 782 de 2002. Bogotá: Diario Oficial.
- Congreso de la República de Colombia. (2003). Ley 828 de 2002. Bogotá: Diario Oficial.
- Congreso de la República de Colombia. (2006). Ley 1106 de 2006. Bogotá: Diario Oficial.

- Congreso de la República de Colombia. (2010). Ley 1421 de 2010. Bogotá: Diario Oficial.
- Congreso de la República de Colombia. (2012). Ley 1508 de 2012. Bogotá: Diario Oficial.
- Congreso de la República de Colombia. (2014). Ley 1738 de 2014. Bogotá: Diario Oficial.
- Congreso General de los Estados Unidos de Colombia. (1873). Ley 106 de 1873. *Código Fiscal de los Estados Unidos de Colombia*. Bogotá .
- Congreso Nacional de la República. (1909). Ley 53 de 1909. Bogotá: Diario Oficial .
- Congreso Nacional de la República. (1912). Ley 110 de 1912 . Bogotá: Diario Oficial .
- Consejo de Estado. (2000). Sentencia del 14 de diciembre de 2000. Radicación N° 1.293. C. P.: Luis Camilo Osorio Isaza. Bogotá: Relatoría Consejo de Estado.
- Consejo de Estado. (2006). Sentencia del 30 de noviembre de 2006. Expediente 30832. C. P.: Alier Eduardo Hernández Henríquez. Bogotá: Relatoría Consejo de Estado.
- Consejo de Estado. (2008). Sentencia del 20 de noviembre de 2008. Bogotá: Relatoría Consejo de Estado.
- Consejo de Estado. (2011). Sentencia del 7 de julio de 2011. Expediente 18.762. C. P.: Jaime Orlando Santofimjio Gamboa. Bogotá: Relatoría del Consejo de Estado.
- Consejo de Estado. (2012a). Sentencia del 16 de marzo de 2012. Expediente 22983. C. P.: Stella Conto de Díaz. Bogotá: Relatoría Consejo de Estado.
- Consejo de Estado. (2012b). Sentencia del 28 de junio de 2012. Expediente 23361. C. P.: Mauricio Fajardo Gómez. Bogotá: Relatoría Consejo de Estado.

- Consejo de Estado. (2013). Sentencia del 24 de octubre de 2013. Expediente 24697. C. P. Enrique Gil Botero. Bogotá: Relatoría Consejo de Estado .
- Consejo de Estado. (2014). Sentencia 2003-00243 del 12 de marzo de 2014. C. P. Mauricio Fajardo Gómez. Bogotá: Relatoria Consejo de Estado.
- Consejo de Estado. (2016). Sentencia del 2 de mayo de 2016. Bogotá: Relatoría Consejo de Estado.
- Consejo Nacional Constituyente. (1886). Constitución Política de la República de Colombia. Bogotá: Diario Oficial .
- Corte Constitucional. (1994). Sentencia 454 de 1994. Bogotá: Gaceta Constitucional.
- Corte Constitucional. (1996). Sentencia 250 de 1996. Bogotá: Gaceta Constitucional.
- Corte Constitucional. (2001). Sentencia C- 949 . Bogotá: Gaceta Constitucional.
- Fandiño, J. E. (2014). La contratación estatal . Bogotá: Leyer.
- Güechá, C. N. (2006). Falacia de las cláusulas exorbitantes en la contratación estatal. *Opinion Jurídica*, 5(10), 33-47.
- Guevara, J. (17 de Diciembre de 2002). [www.gestiopolis.com](http://www.gestiopolis.com). Obtenido de <http://www.gestiopolis.com/contratos-estatales-en-colombia/>
- Hoyos, J. F. (2015). La contratación estatal - una visión desde el derecho privado hacia lo público. Medellín: Díké.
- Matallana, E. (2015). Manual de contratación de la Administración Pública. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Niño, A. (2011). Contratación estatal. Cláusulas excepcionales en contratación estatal. . Bogotá: Universidad de la Sabana.
- Osorio, N. D. (2013). Las cláusulas excepcionales en la actividad contractual de la administración pública: ¿autonomía de la voluntad o impo-

sición del legislador? Revista Digital de Derecho Administrativo(10), 95-108.

Pachón, C. (2014). Contratación Pública. Bogotá: Ecoe Ediciones.

Palacio, J. Á. (2014). La Contratación de las Entidades Estatales (7° edición ed.). Medellín: Librería Jurídica Sánchez R.

Pérez, J. (2003). Derecho Constitucional Colombiano (6° edición ed.). Bogotá: Temis.

Prada, I. F. (22 de Julio de 2016). <https://prezi.com/>. Obtenido de <https://prezi.com/gfegw9gyjqzc/historia-de-la-contratacion-estatal-en-colombia/>

Presidencia de la República de Colombia. (1964). Decreto Ley 528 de 1964. Bogotá: Diario Oficial.

Presidencia de la República de Colombia. (1983). Decreto 222 de 1983. Bogotá: Diario Oficial.

Rico, L. A. (2013). Teoría general y práctica de la contratación estatal (8° edición ed.). Bogotá: Leyer.

Rodríguez, M. F. (2013). Los Contratos Estatales en Colombia. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R.



# Minería ilegal y sus implicaciones en el conflicto armado en el departamento de Córdoba y Bajo Cauca Antioqueño

*Illegal mining and its implications in the armed conflict in the department of Córdoba and Bajo Cauca Antioqueño*

*Luis Carlos Restrepo Jiménez\**

*Helmer Muñoz Hernández\*\**

*Luis Manuel Zúñiga Pérez\*\*\**

*Benjamín Castillo Osorio\*\*\*\**

## Resumen

Este es un trabajo académico que servirá para que los estudiantes de diferentes disciplinas tengan conocimiento de la situación real que se está presentando en el contexto regional del departamento de Córdoba, y Bajo Cauca antioqueño, en lo que respecta a una problemática que viene afectando a muchas regiones de nuestra patria, el cual se conoce como minería ilegal, actividad que está influyendo en la calidad de vida de estas comunidades. En este escrito científico se tocaron temas tan fundamentales y relevantes que influyen de manera drástica en el logro de la tranquilidad tan anhelada en las colectividades de influencia del fenómeno en comento. Para una mayor claridad estos aspectos se traducen en deterioro del medio ambiente, implicaciones en la salud, la economía, y el logro de una paz duradera. Según el estudio se tocaron cada uno de estos aspectos por separado con el fin de brindar con mayor claridad un contexto amplio del fenómeno, al punto de llegar a la recomendación de hacer extensiva la Sentencia T- 622 de 2016 para las regiones en comento.

**Palabras clave:** medio ambiente, salud, economía, paz, violencia, minería.

## Abstract

This is an academic work that will help students of different disciplines, are aware of the real situation that is occurring in the regional context of the Department of Córdoba and the lower Cauca Antioqueño, in regard to a problem that is affecting many regions of our country, which is known as Mining Illegal, activity is influencing the quality of life of these communities; In this scientific writing

---

\* Especialista en Derecho Administrativo y Auditor de Calidad en Servicios de la Salud. Mg. en Administración de Negocios con énfasis en RRHH. Docente investigador Corporación Unificada Nacional de Educación Superior CUN. Perteneciente al Grupo de Investigación, Responsabilidad Social Cunista. [luis\\_restrepoj@cun.edu.co](mailto:luis_restrepoj@cun.edu.co)

\*\* Ingeniero de Sistemas de Información, Magister en Ingeniería de Control Industrial, Doctor en Gerencia, Docente Investigador Corporación Unificada Nacional de Educación Superior CUN. Grupo de Investigación AXON. [helmer\\_munoz@cun.edu.co](mailto:helmer_munoz@cun.edu.co)

\*\*\* Administrador de Empresas, Especialista en Docencia Universitaria, Magister en Administración y Planificación Educativa, Docente Investigador CUN Colombia, Grupo de investigación GIDE-CER-Colombia. [Luis\\_zuniga@cun.edu.co](mailto:Luis_zuniga@cun.edu.co)

\*\*\*\* Economista, Magister en Planeación Urbana y Regional, Docente Investigador Universidad Remington. [bencastillo1@hotmail.com](mailto:bencastillo1@hotmail.com)

so fundamental and important issues affecting dramatically in achieving long-awaited tranquility in the communities of influence commented touched phenomenon; For the sake of clarity, these aspects translate into deterioration of the environment, implications for health, the economy, and the achievement of lasting peace; According to the study, each of these aspects were touched separately in order to provide a clearer context for the phenomenon, to the point of reaching the recommendation to extend Judgment T-622 of 2016, for the regions in question.

**Keywords:** environment, health, economy, peace, violence, mining.

## Introducción

Entrar a bordar esta temática para muchos se torna en algo complicado y quizás algo difícil de entender, y sin importancia, pero para los que nos encontramos en el mundo de la academia es algo diferente, pues permite analizar todas las implicaciones que esta situación de minería ilegal genera en estas dos regiones del país, la cual atenta contra la tranquilidad y la salubridad de las comunidades que son integrantes de estas municipalidades cercanas a la problemática, todo lo anterior ha venido conduciendo a un deterioro muy marcado en aspectos, como el medio ambiente, la salud, la economía de las regiones y la paz; estudios realizados permiten indicar que esta actividad se ha convertido en una fuente de financiación para aquellos agentes generadores de violencia, quienes a costa de lo que sea se han encargado de desplazar muchas familias de sus propiedades obligándolas a migrar a las zonas urbanas de los municipios, donde lo que encuentran es el sufrimiento, y las necesidades de todas aquellas mínimas garantías para subsistir dignamente.

Es pertinente aclarar que en sendos documentos podemos encontrar información de vital importancia para el desarrollo de este trabajo académico, como el escrito por la Procuraduría General de la Nación (2011), como ente de control del estado colombiano; esta entidad Estatal publica un informe denominado “Minería Ilegal en Colombia Informe Preventivo” en el que indica lo referente a la

“responsabilidad del Estado en materia de minería ilegal, sus diferentes definiciones legales, la clasificación de la minería, en general, los procesos de legalización, sus alcances e impactos ambientales, económicos y sociales, entre otros, con el ánimo de promover la articulación entre los diferentes niveles y entidades públicas que tienen funciones relevantes en la materia, y contribuir en la formulación de las políticas públicas que deben afrontar este particular fenómeno de uso de recursos naturales no renovables” (p. 1).

“La dimensión que ha adquirido actualmente la minería ilegal en Colombia demanda del Estado acciones de corto, mediano y largo plazo, así como definiciones de política pública en materia económica, social y ambiental” (Procuraduría General de la Nación, 2011, p. 1). Este documento permite inferir la preocupación de este ente con respecto a la problemática en estudio al punto de hacer un llamado de atención al Estado colombiano en el que le indica lo siguiente: “la proliferación de la minería ilegal en los distintos países de la región, lo que, aunado con un problema de orden social, potencializa la informalidad y el sub-desarrollo económico” (p. 3).

La denominada minería ilegal, como es sabido, no solamente constituye un recto quebrantamiento de la ley, sino que, por lo demás, irradia efectos en distintos ámbitos como son el ambiental y el económico. Se trata de una situación que, al decir de la Organización de las Naciones Unidas, torpedea el control y la administración de los recursos del Estado y, en esa medida, genera un enorme costo social, toda vez que afecta las fuentes de empleo, de ingresos tributarios y, los que es más grave, menoscaba descontroladamente la oferta ambiental, corazón de la subsistencia de una comunidad (Procuraduría General de la Nación, 2011, p. 3).

Se observa, según lo anterior, que el mensaje del ente de control es claro y preocupante cuando indica la problemática que genera la falta de control a esta actividad en las regiones donde se desarrolla la minería ilegal y concluye lo siguiente:

“el panorama no es muy alentador, si se tiene en cuenta que ni siquiera la minería legal, entendida como la que se somete a las condiciones, que para su explotación impone el Estado a través de sus autoridades competentes, puede siempre garantizar que sus actividades no generaran efectos negativos; ni que decir entonces de la *ilegal*, que priva a ese mismo Estado de poder establecer, con anterioridad al inicio de su ejecución, una serie de medidas que mitiguen, compensen, subsanen y corrijan los impactos generados, en razón a la intervención de las autoridades ambientales dentro del marco de los procesos de licenciamiento ambiental, además de lo que corresponde al otorgamiento de títulos mineros expedidos por autoridad competente” (Procuraduría General de la Nación, 2011, p. 4).

Hablaremos de otro aspecto muy importante: la salud, tema este que es inquietante al punto de preocupar a todas las entidades encargadas

de velar por la salubridad de las comunidades cercanas a los campos dedicados a la actividad minera ilegal, encontramos que

“adicionalmente, la extendida explotación aurífera de aluvión en varias regiones del país, en donde se usan de manera anti-técnica y desmedida agentes químicos como el mercurio y el cianuro para la recuperación del oro, ha traído nocivas e irrecuperables consecuencias sobre la salud humana y el ambiente, a tal punto que varios estudios como los realizados por Veiga (2010) han demostrado que en los municipios de Segovia, Remedios y Zaragoza, del departamento de Antioquia, se encuentran concentraciones de mercurio en el aire y en las fuentes hídricas, 1000 veces superiores a las permitidas por los estándares internacionales” (Güiza, 2011, p. 125).

Es imperioso y responsable mencionar que estudios realizados por las Naciones Unidas (citado en Güiza, 2011) indican que

“debido a que el mercurio elemental no es absorbido fácilmente por la piel o por el tracto gastrointestinal, los efectos adversos en la salud de esta forma mercurial se generan, en mayor proporción, cuando en forma gaseosa sus vapores son absorbidos a través de los pulmones. Adicionalmente, la exposición crónica al metilmercurio por consumo de peces y semillas con altas concentraciones puede generar alteraciones sensitivas y motoras en el sistema nervioso central y en el cerebro, particularmente durante la infancia y la etapa prenatal, debido a que esta forma mercurial tiene la capacidad de atravesar rápidamente la barrera placentaria cuando el bebé está en formación o posteriormente ingresar al organismo del niño a través de la ingesta de leche materna” (p. 134).

Se ha podido evidenciar que

“además de los efectos nocivos sobre la salud humana, el uso de mercurio y cianuro en las actividades propias de la minería aurífera, a mediano y largo plazo, puede contaminar y acidificar el recurso hídrico y generar impactos en la supervivencia de las poblaciones y biodiversidad del ecosistema acuático, por exposiciones crónicas y prolongadas a los mismos” (Güiza, 2011, p. 134).

No se puede desconocer que existen diferentes entidades que se encargan de aportar desde su accionar soluciones a esta problemáticas, un ejemplo es

La Unidad de Planeación Minero Energética -UPME- “unidad técnica y administrativa especial encargada del desarrollo sostenible de los sectores de minería y energía del país, incluidos los hidrocarburos. Dependiente del Ministerio de Minas y Energía, los principales objetivos de UPME son planificar, apoyar y evaluar de manera integral el desarrollo de ambas industrias, así como apoyar al ministerio en la formulación de políticas y regulaciones nacionales” (www.bnamericas.com, 2018)

Finalmente, en lo que respecta al aspecto de la salud humana no podemos hacernos los ciegos y tratar de hacer ver que esto no está sucediendo, que esta actividad no está afectando la salud de nuestros coterráneos, no podemos desconocer que

“Sin lugar a dudas, hoy en día, la minería de hecho es la actividad de origen antrópico que mayor impacto está causando sobre los recursos naturales del país. En las zonas de páramo, fuentes abastecedoras del recurso hídrico, actualmente se desarrollan explotaciones mineras informales de carbón, en particular en los departamentos de Boyacá y Santander. Adicionalmente, la extendida explotación aurífera de aluvión en varias regiones del país, en donde se usan de manera anti técnica y desmedida agentes químicos como el mercurio y el cianuro para la recuperación del oro, ha traído nocivas e irreversibles consecuencias a la salud humana y al ambiente, en especial sobre los recursos hídricos” (Güiza2011, p. 136).

Actualmente uno de los aspectos importantes en el desarrollo de la temática es mirar la parte económica del país y las regiones con respecto a la afectación que esta sufre por la explotación minera ilegal en muchas regiones del país, muchos de los estudiosos indican que

“El éxito del discurso económico, consiste en que ha convencido de que es lógico e inevitable que ocurran determinados eventos, tales como las crisis o los ciclos económicos, y que unas cosas conduzcan a otras, como que el crecimiento económico conduce a una mayor calidad de vida. Se ha construido una intersubjetividad impregnada de elementos económicos fantaseados, donde las cifras y los datos económicos requieren de incrementos para mostrar eficacia” (Juárez, 2016, p. 138).

Mientras que si se mira lo sucedido con las personas que se dedican a la explotación minera ilegal estos manejan otros aspectos diferentes

“el pequeño productor ilegal no evalúa así su estrategia, bienestar o crecimiento. La minería informal e ilegal utiliza conceptos tales como el trabajo y las relaciones de parentesco y vecindario, la adquisición de minas que pasan de generación a generación por vía de hecho y el reconocimiento social (Centro Internacional para Investigaciones sobre el Desarrollo, 2004). De esta manera, esta práctica minera es local, informalmente legal y reproductiva. En este contexto, el análisis y los efectos de lo que ocurra en el sector, es completamente diferente” (Juárez, 2016, p. 139).

Mirando lo anterior podemos darnos cuenta que la economía del país se afecta en el sentido de que quienes están adelantando sus actividades económicas legales, corresponden con sus impuestos al Estado colombiano, mientras que los que se encuentran desarrollando sus actividades de forma ilegal no contribuyen al pago de sus impuestos, esto genera una gran ventaja para la ilegalidad, y para los que desarrollan sus actividades de forma organizada y reconocida por el Estado se convierte en una gran desventaja, que en un momento dado puede afectar el rendimiento económico de estas organizaciones.

“La economía del productor ilegal difiere de la de gran producción, no solo en los elementos utilizados sino en su experiencia sensible y el significado atribuido. Los hechos son elaborados en un discurso intergeneracional. Es una cuestión de cultura, comunidad y, en ocasiones, de pobreza, la cual adquiere características sociales de extrema complejidad (ver Juárez, 2011a). En este contexto, el tiempo ha dado lugar a la construcción de un sentido particular de bienestar, una subjetividad local, que se auto-reproduce, con escasas interacciones con el resto del país” (Juárez, 2016, p. 139).

En lo que respecta a la paz tenemos que tener en cuenta los informes rendidos por organizaciones encargadas de realizar algunas investigaciones con respecto a la problemática en estudio y sus implicaciones en las comunidades, es así como encontramos que

“Leonardo González Perafán, Coordinador de proyectos del Instituto de Estudios para el Desarrollo y la Paz (INDEPAZ), quien participó como ponente en el evento realizado en la Universidad EAN que tenía como eje principal el boom minero energético en Colombia, explicaba que las empresas multinacionales que experimentan problemáticas con grupos paramilitares tienen dos opciones: la primera, es recurrir a entidades gubernamentales y al Estado para exigir protección armada en la zona, aumentando así la tensión y los conflictos en el territorio. La segunda opción, es pagar a las organizaciones

criminales la llamada “vacuna” para que les permitan realizar su trabajo, sin embargo, esto está contribuyendo a que dichas organizaciones continúen obteniendo recursos para financiar la guerra, lucrarse y continuar realizando estas reprochables actuaciones” (Castro, Ronderos y Bernal, 2015, p. 32).

Con seguridad esta es una situación que termina generando una problemática ya conocida por todos, el desplazamiento de grandes comunidades a las zonas urbanas de las ciudades y municipios, por la generación de un conflicto que pone como punta de cañón a los más desfavorecidos; contrario a esto, para muchos estudiosos en el tema de la minería, está representa para el Estado colombiano un ingreso en su Producto Interno Bruto (PIB) que se refleja en la economía del país, a pesar de ser la minería

“sinónimo de desarrollo tecnológico, social y económico. En la actualidad y de manera progresiva, se han venido descubriendo gran cantidad de efectos nocivos que dichos procedimientos generan sobre la salud, la población, la vulneración de los derechos humanos, el desplazamiento y el medio ambiente” (Castro, Ronderos y Bernal, 2015, p. 30).

## **El medio ambiente y sus afectaciones por la práctica ilegal de la minería**

Al abordar esta temática se tiene que tener en cuenta que en muchos países del mundo existen organizaciones que se encuentran preocupadas por la problemática en estudio, este es un fenómeno que nos afecta a todos, a unos más que a otros pero igual se atenta contra el ecosistema del planeta Tierra, aunque para muchos lectores no son creíbles los reportes periodísticos, no se puede desconocer que existen en el mundo y en Colombia medios informativos muy serios en su responsabilidad periodística; se encuentra cómo uno de los diarios informativos existentes en el país publicó un informe especial llamado “MINERÍA ILEGAL EN COLOMBIA”, en este se indica que

“Desde el espacio, a 702 kilómetros de altura, los satélites del sistema Landsat de la Nasa revelan el crecimiento de un cáncer que, literalmente, se está comiendo la tierra y los ríos de al menos nueve departamentos de Colombia. La herida más grande se extiende a lo largo de miles de hectáreas, desde la ciénaga de Ayapel, en Córdoba, hasta mucho más allá del margen occidental del río Nechí, en el bajo Cauca antioqueño” (Torres, 2015, párr. 1)

Visto lo anterior, y la magnitud del problema, aun encontramos que pareciera que esto no es tan grave, que es solo un comentario que lo que pretende es quizás crear una estrategia para que los que se encuentran en esta actividad recapaciten, y no prosigan con la destrucción del territorio, pero no es así, si es una problemática muy delicada al punto que este mismo informe continúa indicando que

“La magnitud del desastre ecológico apenas se está cuantificando. El Sistema de Monitoreo Antinarcoóticos de la Policía (Sima), que utiliza alta tecnología para ubicar las zonas con cultivos ilícitos y minería clandestina, ha identificado en todo el país 6.330 puntos donde se saca oro de aluvión. Sus reportes de inteligencia señalan que hay 95.000 hectáreas “con total afectación” por efectos de la extracción sin control. Chocó (40.780 hectáreas), Antioquia (35.581 hectáreas), Bolívar (8.629) y Córdoba (5.291) tienen los mayores niveles de daño” (Torres, 2015, párr. 3)

Como para ilustrar un poco esta situación y la magnitud de los daños ecológicos en las imágenes siguientes (figuras 1, 2 y 3) se puede vislumbrar cómo está la situación en estas partes del territorio.



**Figura 1.**

Fuente: Torres, J. (17 de diciembre de 2015). Nuevos desiertos avanzan detrás de la fiebre del oro. El Tiempo.

Como se puede observar esta es la panorámica que muestra el satélite del territorio arrasado sin discriminación, pareciera que se hubiera

practicado con una de esas armas nucleares construidas por los que ostentan el poder para arrasarse con la especie humana, es indiscutible lo que está sucediendo, se encuentra en este mismo informe que

“hay al menos otras 100.000 hectáreas impactadas en esos departamentos y en otros como Nariño, Cauca, Valle, Caquetá y Guainía. Son casi 200.000 –más de 3 veces el desierto de La Tatacoa, el más grande del país, y 40.000 hectáreas más que la extensión total de Bogotá– arrasadas o seriamente deterioradas. Eso, sin contar las zonas amenazadas por la búsqueda de oro en sovacón, que tiene en jaque varios sistemas de páramo; En Chocó, departamento que alberga uno de los ecosistemas más variados y, a la vez, más frágiles del mundo, entre el tupido tapete de la selva hay cada vez más pedazos de tierras muertas. Un documento del Ministerio de Ambiente calculaba, para el 2013, que había al menos 67.000 hectáreas de selva húmeda “fragmentada o transformada” en el distrito minero del río San Juan” (Torres, 2015, párr. 4)

Como ciudadanos no podemos desconocer que, en nuestro ordenamiento jurídico superior, la Constitución Política de Colombia, y la honorable Corte Constitucional corporación encargada de vigilar la protección de los derechos humanos se ha pronunciado indicando en Sentencia T-411 de 1992, que existen

“un conjunto de deberes ambientales a cargo del Estado, entre los que sobresalen: proteger la diversidad e integridad del ambiente; conservar las áreas de especial importancia ecológica (artículo 79), prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental; imponer las sanciones y exigir la reparación de los daños causados, y planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, conservación, restauración o sustitución (artículo 80)” (Güiza, 2011, p. 126).

Igualmente se pueden encontrar que a nivel nacional existen estudios realizados como el Proyecto minería, minerales y desarrollo sustentable en el cual

“Se evidenció que entre los impactos ambientales más relevantes provocados por la minería a los recursos hídricos se encuentran: la contaminación con mercurio y cianuro, la eliminación directa de relaves y efluentes en los ríos, el daño en los ríos en áreas aluviales, los ríos convertidos en cienos, el daño por erosión y deforestación, y la destrucción de los páramos y del paisaje en general” (Güiza, 2011, p. 129).

Hay que tener en cuenta, y para nadie es un secreto, que el estado ha sido permisivo en lo que respecta al control de estas

“actividades que están fuera del marco regulador, o carecen de la capacidad para fiscalizarlas o controlarlas, ya que normalmente ocurren en lugares remotos e inaccesibles. Casos como el del Nordeste Antioqueño, en donde según Veiga (2010) se exceden en gran medida los límites permisibles de contaminación por mercurio, junto a estudios realizados por lo anterior, según estudios realizados entre otros por Wotruba, H. et al. (1998) y McMahon, G. et al. (1999), evidencian que las condiciones de ilegalidad minera y ambiental de estas explotaciones mineras tienden a provocar más daño al ambiente que los que trabajan en empresas mineras modernas, con un costo ambiental mayor por unidad de producción” (Güiza, 2011, p. 130).



**Figura 2.**

Fuente: El Universal. (22 de enero de 2016). Se dispara minería ilegal en Córdoba.

Igualmente, este descalabro ambiental se está presentando en el departamento de Córdoba en algunos de sus municipios, con más intensidad en unos que en otros, según noticia del diario *El Universal* (22 de enero de 2016).



**Figura 3.**

Fuente: Berrocal, B. (26 de marzo de 2012). Daños ambientales de la minería ilegal ya se sienten en la región del San Jorge. *El Heraldó*.

### **Cómo afecta la salud de las comunidades la explotación minera**

Para nadie es desconocido que en los departamentos de Córdoba y Antioquia, más exactamente en los municipios de Ayapel, y municipios del bajo Cauca, los reportes con respecto a la afectación en la salud de las personas que viven aledañas a las zonas de influencia de la explotación de minería están presentando grandes problemas de salud, estudios indican que “la ausencia de control provoca la destrucción masiva de los ecosistemas, así como la afectación de la salud de comunidades circundantes al centro de explotación debido a la contaminación de aguas y el deterioro de tierras fértiles” (Parada y Sánchez, 2014, p. 189).

No se puede desconocer que el desarrollo de esta actividad genera dividendos para la economía del país, aspecto este positivo, sin embargo, surgen otros factores negativos que se traducen en “la contaminación por el uso de maquinaria, mercurio y otras sustancias, así como la falta de controles, también implica un peligro latente contra la salud pública” (Parada y Sánchez, 2014, p. 180).

Junto a esto encontramos otros elementos que afectan a estas comunidades en la salud como

“el material particulado que se genera por la actividad de explotación y el ruido de la maquinaria tienen gran impacto en la comunidad, no solo como una problemática ambiental, sino de salud pública por las infecciones respiratorias agudas en población vulnerable como niños y ancianos” (Echeverry y Díaz, 2016, p. 142).

Hay que tener en cuenta que otros trabajos de investigación afirman una y otra vez en sus resultados que

“Las operaciones mineras tienen múltiples consecuencias sobre la salud humana, un ejemplo de ello es la neumoconiosis, enfermedad que ha afectado a cientos de personas que han estado en contacto con el hierro y el sílice del mineral, sustancias que producen la inflamación de los alveolos” (Castro et al., 2015, p. 34)

Con seguridad esto es una problemática que a medida que avanza genera un pánico total, encontramos como

“Un estudio sistemático de la zona de influencia de Cerrejón (La Guajira), el área de mayor producción de carbón del país, concluye que “los resultados muestran una población en condiciones críticas de pobreza, medida tanto a través de acceso a bienes y servicios como mediante el índice de oportunidades humanas”; y desde el punto de vista de la salud “los resultados presentan vulnerabilidad y baja cobertura efectiva de servicios con limitada respuesta institucional” (Ruiz Gómez, et al, 2011: 288). Situación generalizada en las principales zonas mineras del país. Por ejemplo, en los municipios productores de oro en Antioquia se registran anualmente 96 muertes violentas por cada cien mil habitantes, 28 muertes de niños por cada mil nacidos vivos, 48% de la población con necesidades básicas insatisfechas (NBI) y 22% de la población en condiciones de miseria. En contraste, en los municipios no mineros del mismo departamento se reportan 47 muertes violentas, 25 muertes infantiles, 35% de NBI y 13% de miseria, indicadores todos ellos significativamente inferiores a los de los municipios mineros” (Rudas, 2012a) (Garay, 2013, p. 60)

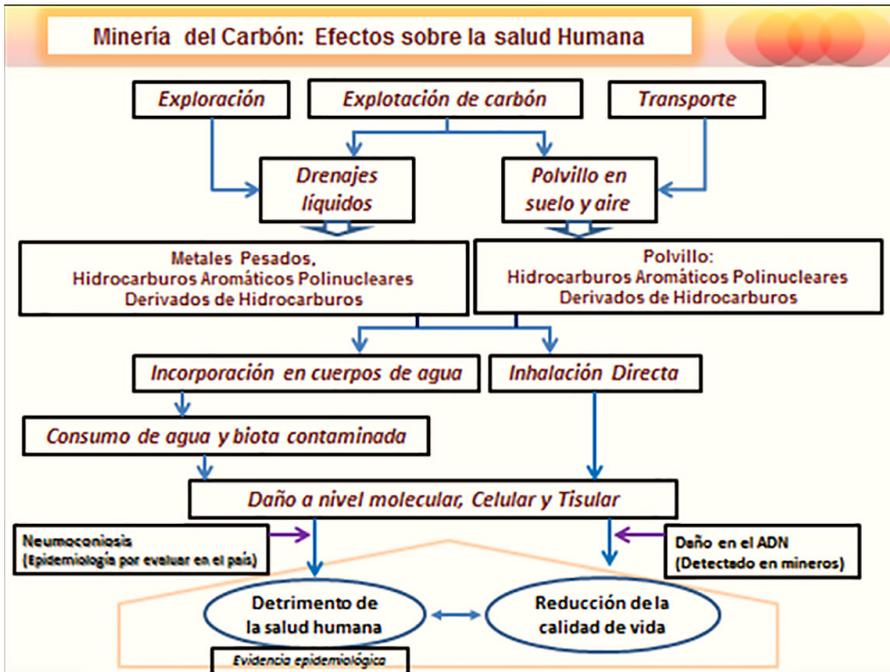


Figura 4.

Fuente: Olivero, J. (2 de junio de 2013). Efectos de la minería en Colombia sobre la salud humana

Asimismo,

“en el municipio de Montelíbano (Córdoba), único productor de níquel del país, se registran 79 muertes violentas al año por cada cien mil habitantes, 41 niños muertos por cada mil niños nacidos vivos, 45% de la población con NBI y 18% en condiciones de miseria” (Garay, 2013, p. 60).

Actualmente,

“los pequeños mineros usan mercurio de manera irracional, contaminándose ellos y contaminando a sus conciudadanos; aunque es obvio que en el caso de pequeños mineros informales y artesanales existe la atenuante de vivir quizá en uno de los países más desiguales en lo rural de Occidente, pero es un hecho que existe minería ilegal, no artesanal, con capitales considerables, no necesariamente asociados con grupos armados ilegales, que deberían invertir en tecnologías o migrar hacia actividades menos contaminantes” (Garay, 2013, p. 107).

Menester es aclarar

“que existen casos de minería legal con licencia ambientalmente como el de Mineros S.A. en El Bagre (Antioquia), que continúan usando un tóxico

tan peligroso y con consecuencias tan graves en caso de accidentes como el mercurio (así sea un 99% reciclado), a pesar de los crecientes (e inimaginables por lo menos hasta antes del año 2000) márgenes de ganancia actuales” (Fierro, 2013, citado en Garay, 2013, p. 107.).

Es preocupante observar cifras tan dicientes como las publicadas por la revista Portafolios (2016) en uno de sus titulares “La liberación de mercurio le cuesta a Colombia cerca de un billón de pesos. Informe del Departamento Nacional de Planeación reportó que, entre 2013 y 2015, se registraron 1.126 intoxicados por este elemento”

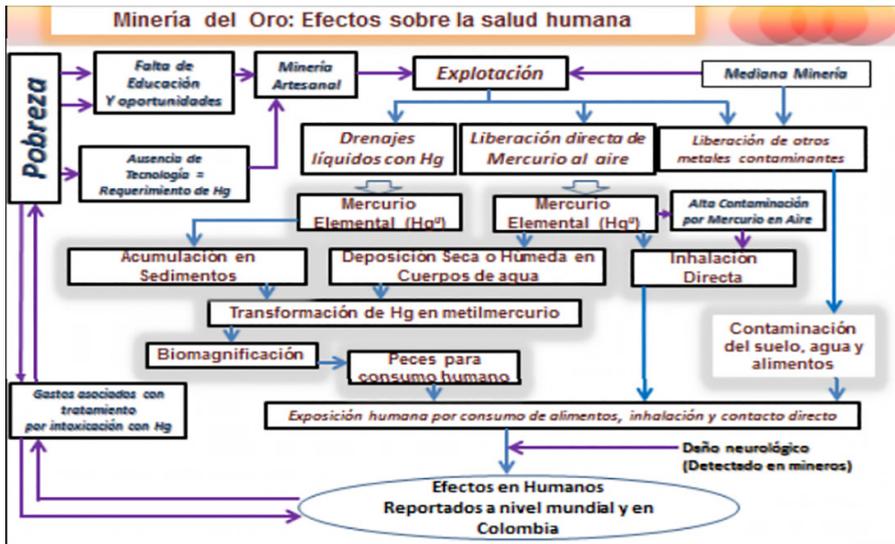


Figura 5.

Fuente: Olivero, J. (2 de junio de 2013). Efectos de la minería en Colombia sobre la salud humana

Como conclusión, este mismo informe permite vislumbrar lo caótico de la situación que se está viviendo en el departamento de Córdoba, y municipios del Bajo Cauca antioqueño al manifestar

“que entre 2013 y 2015, el Instituto Nacional de Salud (INS) reportó 1.126 casos de intoxicación por mercurio en Colombia, en 18 departamentos y 59 municipios del país, siendo los departamentos más afectados Antioquia (312 casos), Chocó (218), Córdoba (206), Bolívar (167) y Sucre (143); Los efectos en salud por exposición al mercurio usado en el departamento más golpea-

do por esta práctica, según datos del Banco Mundial, equivalen a \$231.000 millones por pérdidas en coeficiente intelectual y retraso mental, Por su parte, Ayapel (Córdoba) fue el municipio con más casos reportados en esos tres años, con 139 registros (12,3% del país). Le siguen los antioqueños Caucasia, con 125 registros (11% del país) y El Bagre, con 78 (7% del país)” (Portafolios, 2016).

## **Cómo se afecta la economía regional por explotación minera ilegal**

Con respecto a este punto debemos tener en cuenta que muchas personas, en este caso las más necesitadas y desfavorecidas, las que han tenido pocas oportunidades, en nuestro Estado Social de Derecho, esta situación la ven como una oportunidad para mejorar su situación económica y su calidad de vida; aunado a lo anterior encontramos otros agentes externos que aprovechan para sacar provecho de este fenómeno, como son aquellas organizaciones criminales quienes ven en esta actividad la oportunidad para financiar una guerra que por más de 50 años se ha venido desarrollando en nuestra patria colombiana, esta situación es preocupante para la institucionalidad a tal punto que la misma Defensoría del Pueblo, según una publicación de Portafolio del 18 de septiembre de 2014, indicó lo siguiente: “la minería ilegal, como el narcotráfico, está infiltrando la sociedad colombiana y generando “una catástrofe ambiental, económica y social en muchas regiones del país” (EFE, 2014, párr. 1).

Se puede observar cómo este ente denuncia ante las autoridades estatales su preocupación e indica que “hace unos años vimos narcotraficantes como Pablo Escobar en el Congreso, es decir, el narcotráfico infiltró todos los estamentos y espacios de la sociedad y siento que, guardadas las proporciones, algo similar está pasando con la minería”(EFE, 2014, párr. 2).

Es muy preocupante tener que pensar que en un Estado como el nuestro, el cual está lleno de normas para regular toda actividad que se desarrolla en él, se llegare a la complicidad directa o indirecta como lo afirma el defensor delegado para Asuntos Agrarios y Tierras, Andrés Felipe García:

“En el país se está “legalizando la explotación de oro ilegal”. García señaló también que en los últimos cuatro o cinco años “ha venido creciendo de forma vertiginosa” la vinculación de grupos ilegales a la explotación minera. “Guerrillas, las llamadas bacrim(bandas criminales), estructuras asociadas claramente al narcotráfico, han estado metiéndose cada vez más en la minería y esto está generando una catástrofe ambiental, económica y social en muchas regiones del país” (EFE, 2014, párr. 4).

Indica el funcionario de la Defensoría del Pueblo que

“los departamentos de Chocó, Antioquia, Cauca y Guainía, este último en la frontera con Brasil y con una gran población indígena, entre los más afectados por la minería ilegal. Durante su participación en un coloquio, García se declaró contrario a la satanización de la minería, pero indicó que “es una actividad que debe respetar unos cánones, estándares y derechos” de la población, así como las generaciones actuales y futuras” (EFE, 2014, párr. 6).

Llama la atención al revisar otras investigaciones que permiten concluir lo perjudicial de esta actividad ilegal para la economía de un país, si se tiene en cuenta que parte de los ingresos para el funcionamiento del Estado provienen de ésta, situación que

“se puede ver claramente reflejadas en el Producto Interno Bruto (PIB) del país, pues representa una gran porción si hablamos de años recientes como el 2010, en el que se presentaron muestras significativas de la importancia del sector ya que el total era de 425.134 (valor en miles de millones de pesos); la participación por la explotación de minas fue de 30.130 (valores en miles de millones de pesos), lo que significa una participación del 7.08%. Si a esto se le suma una participación adicional por parte de electricidad, de aproximadamente 15.796 miles de millones de pesos, la participación total sería del 10.8%, en cuanto a lo minero energético. El crecimiento de la minería para el año 2010, fue del 11.1% lo que es una cifra muy significativa si pensamos en el boom minero-energético como una realidad que ya se reflejaba en nuestro país” (DANE, citado en Romero, Rodríguez y Ronderos, 2015, p. 41).

En todo caso se puede observar como lo indica Villegas (citado en Romero et al., 2015)

“en Colombia no es que no hayan minas o mineros formales, es que en la extracción ilícita se centra la mayor parte de la actividad, pues aunque esta es significativa en el Producto Interno Bruto del país y logra atraer inversión extranjera debido al ya mencionado boom, la ilegalidad asciende a un 63 % de la minería actual” (p. 42).

Partiendo de los supuestos anteriores, el Estado Colombiano le debe garantizar a todos los residentes nacionales o extranjeros la seguridad de que su patrimonio invertido no estará en peligro, no sería de buen recibo para los inversionistas que

“teniendo estos claros problemas en el sector y a pesar de atraer inversión, esta no permanece, pues si se quitan las licencias para trabajar en algunos sitios y luego estos son explotados de manera inadecuada y sin pagar impuestos, ningún inversionista sentirá que puede ser respetado y por ende, se retirara del país” (Romero et al., 2015, p. 42).

Cuestión ésta aún más preocupante, se abren las puertas para que todos aquellos actores violentos aprovechen

“el beneficio especialmente para bandas criminales, carteles del narcotráfico y grupos guerrilleros, sobre todo estos últimos, quienes para financiar el terrorismo consideran lucrativo el negocio de la minería más que la plantación y tráfico de cocaína, aún después de incluir en los costos las pérdidas por allanamientos de maquinarias por parte de las autoridades” (Romero et al., 2015, p. 42).

Si se observa también que en Colombia existen reservas para unos diez años

“hay que tener en cuenta que dicha actividad representa un 20% del PIB. Al ser cierto que se acabarán las reservas, un vacío en la quinta parte de la economía será bastante notorio, sin mencionar que en la actualidad no se está aprovechando lo suficiente y teniendo en cuenta que la industria exporta la materia prima y no genera encadenamientos, o por lo menos, insignificantes, considerando que se está hablando de recursos no renovables ” (Romero et al., 2015, p. 42).

La situación descrita

“muestra que en los registros del PIB, de manera trimestral (segundo trimestre), con respecto al 2013, creció en un 4.3%; sin embargo, en cuanto a explotación de minas y canteras hubo una disminución del 2.2% con respecto al año inmediatamente anterior” (Romero et al., 2015, p. 41).

Lo anterior genera un desconcierto al punto de generar una cierta intranquilidad para el sector minero, entonces se empiezan a manejar

hipótesis que quizás al final se pueden convertir en especulaciones pero que no se pueden descuidar al final por que podría presentarse

“que la minería no está saliendo a flote como debería ser y que no se están aprovechando los recursos que tiene Colombia de la mejor manera; pero esto se quedaría corto y se entiende mejor si se remite a una de las principales causas: la minería ilegal que ha surgido, pues cuando a una empresa se le quitan los permisos de exploración y/o explotación en una zona no suelen hacerse los cuidados que vienen con este. Lo anterior sucede después de que una empresa abandona este terreno y si hay recurso allí, llega la minería ilegal y toma el lugar como suyo, sin permisos y quitándole participación en el PIB a la minería formal. Este es un problema que se da en muchas zonas del país” (Romero et al., 2015, p. 41).

Debe ser de pleno conocimiento para toda la comunidad en general, que

“Colombia acaba de ser incluida entre el grupo de países más vulnerables en este campo, que recibirán asistencia especial como resultado de una nueva iniciativa emprendida por la Agencia Ambiental de las Naciones Unidas (UNET); La iniciativa es producto de la implementación de la Convención de Minamata, puesta en vigencia en el 2013 y actualmente suscrita por 128 países, de los cuales 35 la han ratificado hasta la fecha. La misma tiene como objetivo central la erradicación del uso del mercurio, en las explotaciones mineras, y recuerda un desastre que ocurrió en Japón hace medio siglo donde murieron más de 900 personas por su exposición y consumo de pescado contaminado con ese metal” (Duque, 2017, párr. 3-4).

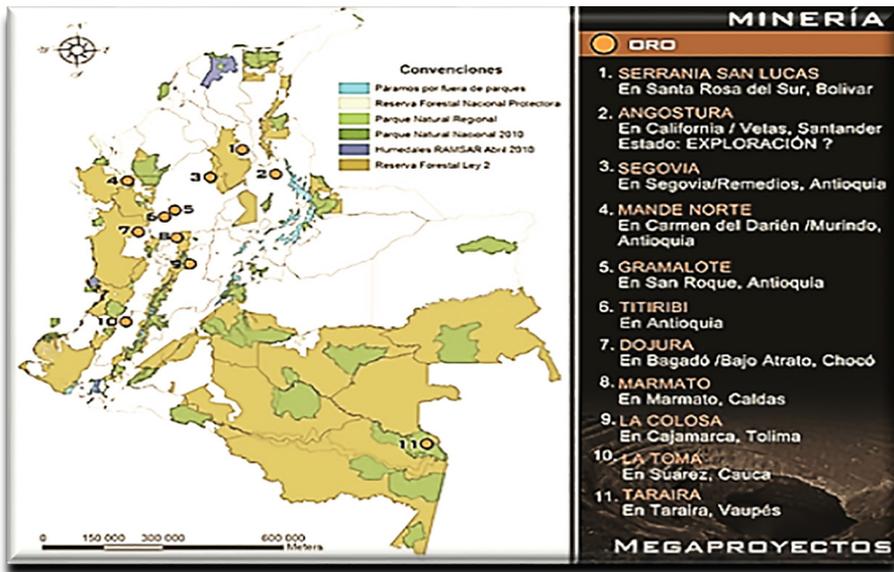
Una de las situaciones que extrañan es por qué el Estado colombiano no ha querido dar importancia a este tema, cuestión que se deduce de lo anterior “Aunque Colombia todavía no ha ratificado dicho convenio, hace parte del grupo de países escogidos hace dos semanas en la ciudad de Washington para integrar la iniciativa, al lado de Perú, Indonesia, Kenia, Mongolia, Filipinas y Burkina Faso” (Duque, 2017, párr. 5).

Llama la atención como ésta problemática es abordada para su estudio por diferentes organizaciones, entre las que se encuentra

“la organización conocida como Iniciativa Global, con sede en Ginebra, se encuentra entre los grupos de investigación que en mayor forma han estudia-

do la explotación ilegal de oro, estimando que en países como Colombia y Venezuela, el mercado negro del metal puede representar hasta el 80% del total producido en ambas naciones; El fenómeno puede alcanzar el 77% del total de la producción de Ecuador, 30% en Bolivia y 28% en Perú. Revela al respecto que alrededor del 87% de las personas desplazadas en Colombia, provienen directamente de zonas mineras donde hacen presencia bandas criminales dedicadas a la extracción, compra y comercio del metal precioso" (Duque, 2017, párr. 6-7).

En las figuras 6 y 7 se puede evidenciar la existencia de los más importantes megaproyectos existentes en Colombia dedicados a la exploración y explotación de oro. Esto para resaltar que estas son las empresas que están aportando activamente al PIB del país; lo que aquí no se relaciona, es la ilegalidad que tanto daño está haciendo a la economía, pues la falta de un control territorial por parte del Estado no permite tener una información clara y detallada de la totalidad de las minas ilegales ubicadas en el territorio.



**Figura 6.** Proyectos y megaproyectos de exploración y explotación de oro en Colombia

Fuente: Red de Acción Frente al Extractivismo. <https://upload.facebook.com/435012739920893/photos/>

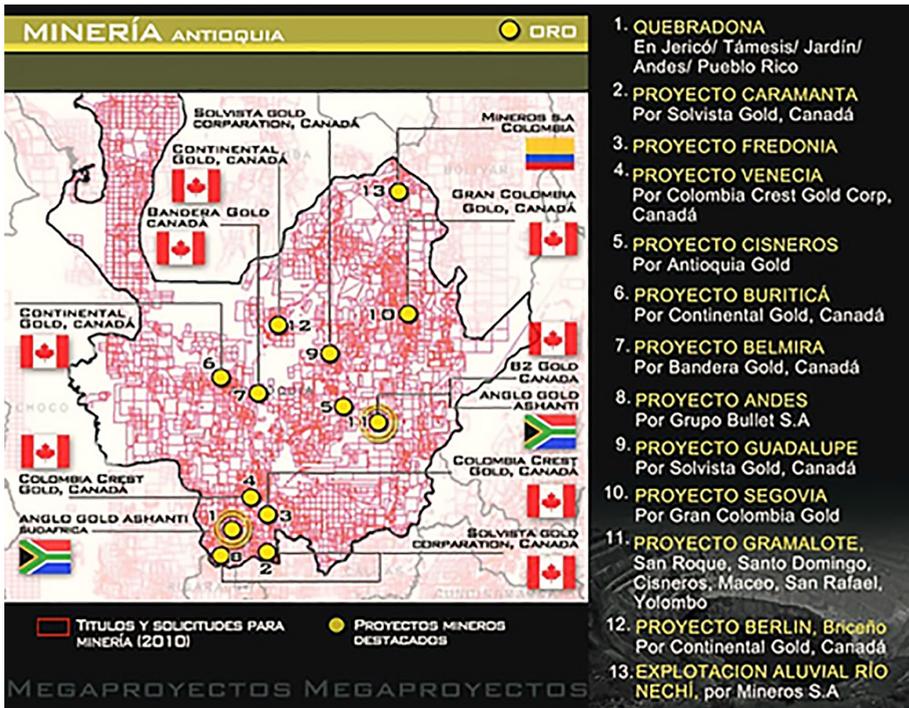


Figura 7. Megaproyectos oro, empresas mineras en Antioquia, Colombia

Fuente: Red de Acción Frente al Extractivismo. <https://upload.facebook.com/435012739920893/photos/a>.

Con el fin de tener más o menos un conocimiento de la magnitud del problema encontramos informes especializados como el publicado por la revista Portafolio en el que indica

“la más grande red ilegal de explotación de oro en Colombia fue descubierta por la Policía en un extenso terreno de 20.000 hectáreas comprendido entre los departamentos de Córdoba y Antioquia, donde funcionan, de manera ilegal, 106 minas sin el lleno de requisitos ambientales, Ayapel, Montelíbano, Planeta Rica y Puerto Libertador, en el sur de Córdoba, y Caucasia, Nechí y El Bagre, en el Bajo Cauca Antioqueño, son las zonas más afectadas por la explotación ilegal del oro”(Méndez, 2011, párr. 1-2).

Visto lo anterior se puede concluir lo grave de este fenómeno para la economía interna del país, el no poder recaudar los impuestos por

la explotación de esta actividad le está quitando la oportunidad a muchos de nuestros compatriotas de acceder, a los beneficios a los que tienen derecho, y que se encuentran consagrados en nuestra Constitución Política de 1991, para mencionar algunos: salud digna, educación, ambiente sano, vivienda, trabajo, seguridad, igualdad de oportunidades, entre otros.

## **La paz versus minería ilegal**

Según estudios realizados en Colombia con respecto, a ese matrimonio que existe entre la paz y la minería ilegal en nuestra patria se podría indicar que para lograr esa paz tan anhelada, tan urgente para una sociedad que lleva más de cinco décadas en guerra, los gobernantes de turno tienen que iniciar un plan de contingencia que permita verificar, no solo los implicados en el conflicto, sino también mirar los fenómenos sociales, culturales, políticos que están generando esta guerra, no pueden olvidar que solo hay Guerrillas para negociar la paz de Colombia, también existen en este momento las mal llamadas bandas criminales, reductos de las desaparecidas Auto-defensas o Paramilitares, quienes realizaron entrega y desmovilización de sus estructuras en el Gobierno del expresidente Álvaro Uribe Vélez. La inquietud surge al observar cómo el presidente Juan Manuel Santos, pretende haber logrado la tan anhelada paz para nuestra patria, y, aún observamos todos los días atentados contra las estructuras económicas del país como la destrucción por explosivos de oleoductos, torres de energía, puentes.

El llamado al gobierno en turno es para que tome medidas urgentes con respecto a este fenómeno pues

“la extracción ilegal de oro, además de haberse convertido en una seria amenaza ambiental, prácticamente ha desplazado el negocio de la cocaína por su alta rentabilidad y escaso riesgo de penalización” (Duque, G. 2017, párra 1 )

Llama la atención

“la minería de hecho, es decir, aquella que no está reglamentada por el gobierno colombiano, entre las cuales están la minería artesanal, la tradicional y la criminal (aliada con el paramilitarismo); esta última ha ido ganando terreno en las finanzas de los grupos paramilitares desde el año 2010 aproximadamente” (González, 2016).

Visto lo anterior, no se puede olvidar que esta actividad ilegal no solo financia paramilitares también financia a las guerrillas, y a todos aquellos agentes generadores de violencia, que se han dedicado a acabar con las economías lícitas de las regiones, generando cambios culturales en los habitantes de estas al punto de observarse en regiones que por generaciones se han dedicado al agro, y hoy por hoy esta actividad ha pasado a una segunda escala de importancia.

Resulta así mismo interesante indicar que

“la minería ilegal, en especial la explotación de oro, han sido esa fuente de financiación debido a los altos precios del oro en el mercado internacional, además que los delitos por minería ilegal, a diferencia de los relacionados con el narcotráfico, no son castigados de manera severa por la ley colombiana, incluso en algunos casos son excarcelables. En varias zonas, en especial el pacífico, las anteriores estructuras paramilitares dejaron a comerciantes y testaferros muy bien posicionados en el ámbito económico y comercial como es el caso de la zona del San Juan y la ciudad de Istmina con su área de influencia” (González, 2016).

No se puede ocultar que “algunos entables mineros se conforman o constituyen específicamente para lavar los dineros producto de la actividad ilícita del tráfico de cocaína. Narco paramilitares también prestan seguridad a mineros y dueños de retroexcavadoras” (González, 2016), sin dejar de mencionar que las narcoguerrillas practican las mismas actividades, pareciera que los unos, enseñaran a los otros cómo subsistir, y cómo financiar el derramamiento de sangre en nuestra Patria, y el destrozo tan cruel e inhumano para nuestro medio ambiente.

Sin duda esto es un fenómeno muy delicado al punto que se observa cómo en municipios del departamento de Córdoba, la minería ilegal está en aumento, en materiales de arrastre, canterables y lo más delicado en la extracción de oro, todo lo anterior de manera intensiva con maquinarias pesadas y sin los respectivos permisos que expiden las autoridades estatales, cuestión esta que al final es patrocinada y abalada por actores ilegales, enemigos de la institucionalidad.

Llama la atención, que, en los municipios de Ayapel y Puerto Libertador, regiones donde se encuentra concentrada la explotación de oro

ilegal, es donde la minería es controlada por los enemigos de la institucionalidad en todos sus componentes.

“Si bien, al parecer estos grupos no traen la maquinaria pesada ni son dueños de esta, permiten y cobran a terceros el ingreso de las máquinas, además de cobrar a los mineros un porcentaje del oro extraído. Es tal la hegemonía de estos grupos que, por ejemplo, en San José de Uré son quienes ponen orden y regulan la convivencia en la región” (Defensoría del Pueblo, 2015, p. 74)

Según el informe

“en Ayapel, desde hace 10 años se hace minería aluvial de manera intensiva y con maquinaria en las quebradas Escobillas, Quebradona y Trejos, las cuales drenan a la ciénaga de Ayapel. Según la alcaldía, los dueños de entables que operan en la zona son personas ajenas a la región quienes traen las máquinas, es decir, tienen su frente de trabajo y además las alquilan por horas” (Defensoría del Pueblo, 2015, pp. 79-80)

Cuando se hace una mirada a la historia de este municipio se encuentra que

“para el año 2012 había 2.200 mineros que también se ubican en las cuencas de las fuentes hídricas mencionadas, algunos proceden de ancestros mineros, 20%, pero en su gran mayoría se han dedicado a esta actividad recientemente, debido a la inundación de gran parte del municipio que duró del 2009 al 2014, dejando sin opciones de cultivo grandes áreas. Los mismos campesinos dicen que en Ayapel hay minería por vocación y minería por obligación” (Defensoría del Pueblo, 2015, p. 80)

En este caso es necesario entender que la

“Minería mecanizada itinerante - “Minería criminal” Este tipo de minería, denominada así porque detrás de ella están usualmente los actores armados al margen de la ley, se caracteriza por el arrasamiento rápido e indiscriminado de los cauces de los ríos y de los bosques” (Defensoría del Pueblo, 2015, p. 81).

Los municipios han sufrido un cambio de su vocación agropecuaria a la explotación minera de carbón, oro y cobre, principalmente, que se está convirtiendo en el primer renglón de sus economías” (Defensoría del Pueblo, 2015, p. 82).

Después de observar lo anterior, es común ver los ingentes esfuerzos de los entes estatales al desarrollar

“operativos para combatir la minería ilegal de tipo criminal están directamente relacionados con la frase ‘la gente no se deja morir de hambre’ y como se observa en el departamento de Córdoba, la tendencia es que este tipo de actividad minera se mantiene e impacta toda la región, ya que, aunque es rechazada por los mineros tradicionales, viene desplazando las formas anteriores de hacer minería” (Defensoría del Pueblo, 2015, p. 84).

No se puede desconocer que

“la lucha contra la minería ilegal de tipo criminal ha hecho entender a todos los mineros del departamento que la actividad que realizan es altamente impactante para el medio ambiente y que ello les obliga a tener que formalizar su actividad para cumplir con los estándares sociales y ambientales que regula la ley” (Defensoría del Pueblo, 2015, p. 84).

En la figura 8 se puede evidenciar como el mapa está indicando cuales son los Municipios.

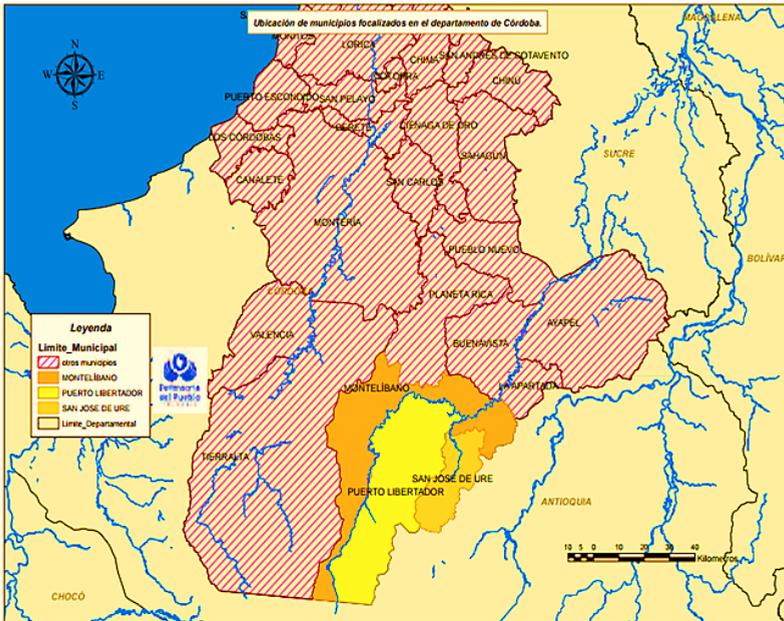


Figura 8. Municipios focalizados departamento de Córdoba

Fuente: Defensoría del Pueblo. (2015). *La minería sin control. Un enfoque desde la vulneración de los Derechos Humanos*. Bogotá: Defensoría del Pueblo.

## Igualmente se puede evidenciar que

“la realidad del Bajo Cauca antioqueño supera con creces cualquier informe o relato periodístico. La actividad minera, especialmente de oro, genera toda clase de sentimientos tanto a favor como en contra por las consecuencias que muchos consideran irreparables” (Defensoría del Pueblo, 2015, p. 28). “Son incontables los documentales, informes, publicaciones, denuncias y archivos que reposan en las entidades del Estado, universidades y medios de comunicación, donde se evidencia la problemática del oro en el departamento antioqueño” (Defensoría del Pueblo, 2015, p. 29).

“En el año 2010 la Defensoría del Pueblo publicó el libro *La minería de hecho en Colombia*, compendio que hace referencia a la contextualización de la minería de hecho del país, referenciado por departamentos y municipios, al igual que hace mención a las problemáticas, falencias y violaciones a los Derechos Humanos derivados de la actividad minera, la cual representa el 51% de la producción de oro del departamento, focalizado en el Bajo Cauca antioqueño (Defensoría del Pueblo, 2015, p. 29)

Es reiterativo como las investigaciones e informes indican que las comunidades dedicadas a esta actividad minera

“argumentan que el Gobierno no les brinda ninguna garantía y que los procesos por parte del Ministerio de Minas, la Agencia Nacional de Minería, las gobernaciones y las corporaciones están encaminados a favorecer únicamente a las grandes empresas mineras, restringiendo, así, cualquier actividad extractiva de forma artesanal y excluyendo a los pequeños mineros, quienes hacen alusión a que la actividad la realizan desde mucho antes que llegaran las grandes empresas y multinacionales. El malestar entre las agremiaciones y asociaciones de mineros se ha evidenciado en los grandes paros mineros que han tenido en algunos casos finales lamentables, como la muerte de varias personas que han tratado de pregonar derechos no legales, sino tradicionales y culturales”(Defensoría del Pueblo, 2015, p. 30)

“Los pobladores insisten en que no colaboran por voluntad propia a estos grupos alzados en armas, por el contrario, son víctimas de una guerra que los tiene arrinconados y que por su posición geográfica y las riquezas de sus recursos, son coaccionados por gente que no busca el beneficio general, sino el fortalecimiento de sus arcas y ejércitos privados, a través de una mecánica que consiste en identificar el volumen de producción de oro y cobrar la respectiva extorsión tanto por el metal como por el uso de maquinaria empleada en la actividad” (Defensoría del Pueblo, 2015, p. 30).



Esto permite concluir que el estado está quedándose corto en el cumplimiento de sus deberes constitucionales lo que abre las puertas para que todos aquellos enemigos de la paz se fortalezcan al punto de no dejar que la institucionalidad interfiera en sus actividades ilegales.

## **Conclusiones**

Sea lo primero indicar que este trabajo está dirigido a toda la comunidad en general, en especial a los estudiantes de Pregrado de las Facultades de Derecho y Ciencias Sociales, para que conozcan de cerca la problemática que se está viviendo en muchas regiones de Colombia en especial en el departamento de Córdoba y el Bajo Cauca antioqueño, regiones que están cansadas de vivir día a día con el fenómeno de la guerra, la cual ha exterminado tantas vidas humanas, aunado a lo anterior en la actualidad ha surgido otro fenómeno más implacable, y destructivo como lo es el ataque indiscriminado contra nuestros recursos naturales y ambientales, a través del ejercicio de la minería ilegal, la cual está acabando con los ecosistemas, y está financiando a la vez la guerra de fusiles que por más de cinco décadas nos ha estado exterminando.

Sobre la base de las ideas expuestas, no podemos olvidar que Colombia es un Estado Social de Derecho y que nuestra Constitución Política consagra un sin número de derechos catalogados como fundamentales entre los que se mencionan, el Derecho a la vida, Derecho al trabajo, Derecho al goce de un ambiente sano, Derecho humano al agua, Derecho a la seguridad alimentaria, Derecho al territorio y a la consulta previa, y los cuales se están viendo violentados por los amantes de la violencia, y en algunas ocasiones por el mismo Estado quien con su ineficiencia contribuye en cierta medida a la violación de los derechos y ; La violación de estos derechos se puede vislumbrar cuando hacemos un recorrido por la historia, y encontramos que muchas vidas humanas se han desperdiciado en una guerra sin sentido, una guerra por el control de territorios, en la que se ven inmersos tantos colombianos que lo que buscan es subsistir, y en muchas ocasiones cumplir con sus obligaciones como servidores Públicos al denunciar tantas irregularidades, convirtiéndose en el objetivo de los fusiles que no quieren la paz, y que en ultimas termina segando sus vidas.

Lo importante es no olvidar que

“existe una nueva estrategia para el logro de la efectividad de los derechos fundamentales. La coherencia y la sabiduría de la interpretación y, sobre todo, la eficacia de los derechos fundamentales en la Constitución de 1991, están asegurados por la Corte Constitucional” (Corte Constitucional, Sentencia T-406, 1992).

## Referencias

- Berrocal, B. (26 de marzo de 2012). Daños ambientales de la minería ilegal ya se sienten en la región del San Jorge. *El Heraldó*.
- Cabrera Garay, L- J. (Dir.). (2013). *Minería en Colombia: Derechos, políticas públicas y gobernanza*. Bogotá: Contraloría General de la República
- Castro, A., Ronderos, C. y Bernal, F.. (2015). Minería en Colombia: víctimas, causas y consecuencias del desplazamiento. *Ploutos*, (1), 28-35.
- Colombia, Corte Constitucional. (1992). Sentencia T-406 de 1992. Magistrado Ponente: Ciro Angarita Baron. Bogotá: Corte Constitucional.
- Defensoría del Pueblo. (2015). *La minería sin control. Un enfoque desde la vulneración de los Derechos Humanos*. Bogotá: Defensoría del Pueblo.
- Duque, G. (9 de enero de 2017). Colombia busca frenar el mercurio en minas de oro. *Portafolio*. Recuperado de <http://www.portafolio.co/economia/gobierno/mineria-ilegal-en-colombia-es-mejor-negocio-que-la-cocaina-unet-502641>
- Echeverry, D. L. y Díaz, S. (2016). Minería aurífera ilegal en el Resguardo Indígena Alto Andágueda. *Novum Jus*, 10(1), 135-149.
- El Universal. (22 de enero de 2016). Se dispara minería ilegal en Córdoba. *El Universal*.
- EFE. (18 de septiembre de 2014). Minería ilegal está infiltrando la sociedad colombiana. *Portafolio*. Recuperado de <http://www.portafolio.co/economia/finanzas/mineria-ilegal-infiltrando-sociedad-colombiana-46370>

- González, L. (2016). Análisis. En Informe presencia de grupos narcoparamilitares en los primeros tres meses de 2016 Recuperado de <http://www.indepaz.org.co/wp-content/uploads/2016/04/Presencia-narco-paramilitar-2016.pdf>
- Güiza, L. (2011). Perspectiva jurídica de los impactos ambientales sobre los recursos hídricos provocados por la minería en Colombia. *Opinión Jurídica*, 20, 123-140.
- Juárez, F. (2016). La minería ilegal en Colombia: un conflicto de narrativas. *El Ágora USB*, 16(1), 135-146.
- Portafolio. (23 de septiembre de 2016). La liberación de mercurio le cuesta a Colombia cerca de un billón de pesos. Portafolio.
- Parada, L. M. y. Sánchez, L. M. (2014). Desarrollo sostenible en Colombia una utopía, una necesidad del presente y un alivio para el futuro. *Contexto*, 3(1), 183-191.
- Procuraduría General de la Nación. (2011). Minería ilegal en Colombia. Informe Preventivo. Recuperado de <https://www.procuraduria.gov.co/.../MINERIA%20ILEGAL%20EN%20COLOMBIA>
- Romero, S., Rodríguez, C. y Ronderos, S. (2015). Implicaciones de la minería ilegal. *Ploutos*, 5(1), 36-43.
- Torres, J. (17 de diciembre de 2015). Nuevos desiertos avanzan detrás de la fiebre del oro. *El Tiempo*. Méndez, G. (4 de febrero de 2011). Descubren 106 minas ilegales en Córdoba y Antioquia. Portafolio. Recuperado de <http://www.portafolio.co/economia/finanzas/descubren-106-minas-ilegales-cordoba-antioquia-130114>



# Políticas públicas ambientales de carácter endógeno y gobierno de los bienes comunes en la zona de Reserva Campesina del Valle del Río Cimitarra

*Public environmental policies of an endogenous nature and governance of common goods in the Peasant Reserve area of the Cimitarra River Valley*

*Julián Camilo Barreto García\**

## Resumen

El derecho ambiental colombiano contiene el dominio público, la función ecológica de la propiedad, la adquisición de bienes con fines de conservación, las prioridades del uso de recursos naturales renovables, las sanciones ambientales y los mecanismos de defensa y protección del ambiente, amparados en la Constitución Política, el Código de Recursos Naturales y la Ley 99 de 1993. Sobre el tema particular de las sanciones ambientales a los actores individuales y colectivos por incumplimiento normativo es necesario afirmar que no son suficientes, en parte por la limitada capacidad de lógica de acción colectiva que incentive la cooperación de todos los actores en la sustentabilidad del medio ambiente. El derecho ambiental soporta la política pública ambiental, pero no es la única, ya que endógenamente comunidades organizadas como la zona de reserva campesina del Valle del Río Cimitarra gobiernan recursos de uso común y configuran elementos estructurales de política pública. De este modo, estas comunidades garantizan a través de un marco normativo y condiciones de autogobierno lógicas de acción colectiva biocéntricas que propenden la ética ambiental en el uso y apropiación del territorio. Asimismo, estas políticas públicas permiten la sustentabilidad en los territorios, enfrentando serios obstáculos como los del conflicto armado que asocia la minería ilegal, cultivos ilegales, tala indiscriminada de árboles, titularización de baldíos y reconocimiento de autogobierno.

**Palabras clave:** política pública, establecimientos humanos y uso de la tierra, política de redistribución geográfica, conflicto político, violencia, gobernanza, planificación del desarrollo, política agraria, derecho ambiental.

## 1. Introducción

Este artículo se inscribe en la temática de políticas públicas, desarrollo sostenible y territorio. De este modo, se enmarca en la agenda coyuntural nacional e internacional en cuanto la implementación del proceso de paz y los objetivos de desarrollo sostenible, cuya finalidad

---

\* Administrador Público ESAP, especialista en Análisis de Políticas Públicas y magister en políticas públicas de la Universidad Nacional de Colombia. Tutor tesis de grado maestría en políticas públicas de la Universidad Nacional de Colombia. E-mail: camilobarreto13@gmail.com

es el uso y apropiación racional de los bienes comunes con la promoción de la justicia social en la lógica de la sustentabilidad ambiental.

Por otro lado, coincide este planteamiento con el cumplimiento de la segunda década de la Facultad de Derecho de la Institución Universitaria de Envigado; momento memorable de reflexión para repensar, resignificar y reconstruir la formación en derecho, lo que Gregorio Mesa (2013) denomina: “derechos ambientales en perspectiva de integralidad” con el fomento de la justicia, responsabilidad y solidaridad en materia ambiental, donde añadiríamos el contenido ético que fomenta la acción colectiva de cooperación que promueva el buen vivir en una sociedad global.

Este artículo parte de la teoría de política pública endógena, vinculando la teoría de Elinor Ostrom (2000) en cuanto el gobierno de los bienes comunes. Las teorías mencionadas abordan el estudio de caso de la Asociación Campesina del Valle del Río Cimitarra (ACVC) organizada en la figura de Zona de Reserva Campesina (ZRC) cobijada por la Ley 160 de 1994, donde se identifican elementos estructurantes de política pública endógena y gobernanza de Recursos de Uso Común (RUC).

En consecuencia, el artículo se inscribe en el área temática de políticas públicas, gobierno y territorio, reconociendo que el estudio del derecho por sí solo no da cabida suficiente para comprender y transformar las realidades sociales. En este orden de ideas, el estudio de las ciencias políticas es el principal articulador de las realidades, junto a la economía política, sociología política y demás disciplinas que incorpora el estudio de las políticas públicas, lo cual permite articular el objeto del artículo.

El contenido del artículo inicia con una definición propia del autor de política pública endógena, la cual está vinculada al gobierno de los bienes comunes donde se describirán y analizarán las condiciones de autogobierno y gobernanza de RUC. Seguido a esto, se abordan los contenidos de derecho ambiental en la dimensión de integralidad con las nociones de justicia, responsabilidad y solidaridad que permitan lograr lógicas de acción colectiva propiciadoras de la ética ambiental y el buen vivir. Finalmente se detallarán los obstáculos de la política pública endógena ambiental implementada por la ACVC en la figura

de ZRC, para dar lugar a conclusiones y recomendaciones de política pública ambiental que propendan a una paz estable y duradera.

## 2. Política pública endógena

Para comprender el significado de las políticas públicas vale la pena acudir a las múltiples definiciones que se encuentran en la literatura internacional. Las tradicionales definiciones de política pública anglosajonas y eurocentristas establecen como eje central que una autoridad gubernamental del orden estatal es quien define la política pública. Autores clásicos como los franceses Meny y Thoenig (1992) redujeron la política pública al Estado en acción o “programa de acción de una autoridad pública”, lo cual según Velázquez (2009) es una definición incompleta, puesto que no menciona instrumentos, excluye la participación de particulares y no alude a objetivos de política.

En el caso colombiano se menciona con frecuencia a autores como Carlos Salazar (2008), quien afirma que una política pública es un “conjunto de sucesivas respuestas del Estado frente a situaciones consideradas socialmente como problemáticas” (p. 45), allí se evidencia el imaginario de que las políticas públicas se conciben gravitacionalmente por el Estado. Por su parte, autores como Alejo Vargas (1999) sostienen que las políticas públicas obedecen al orden institucional del régimen político en cuanto una política pública es un “conjunto de sucesivas iniciativas, decisiones y acciones del régimen político frente a situaciones socialmente problemáticas y que buscan la resolución de las mismas o llevarlas a niveles manejables y que esta configura unos objetivos deseados” (p. 29).

La definición más coherente de política pública es la citada por André-Noel Roth (2014) quien la define como

conjunto conformado por uno o varios objetivos colectivos considerados necesarios o deseables y por medios y acciones son tratados, por lo menos parcialmente, por una institución u organización gubernamental con la finalidad de orientar el comportamiento de actores individuales o colectivos para modificar una situación percibida como insatisfactoria o problemática (p. 38).

Si bien esta definición se comparte y se valida en este documento, no es suficiente; debido a que las instituciones y organizaciones que

intervienen en políticas públicas no solo son las gubernamentales, sino que también se vinculan las no gubernamentales, tales como Organizaciones no Gubernamentales (ONG), sindicatos, organizaciones de campesinos, Juntas de Acción Comunal (JAC), comunidades indígenas, etc.

El objetivo de este documento no es establecer una definición de política pública, sino complementar las ya existentes y mencionadas con anterioridad, indicando que las comunidades organizadas definen las políticas públicas territorialmente (políticas públicas endógenas), más aún en el caso particular de países como Colombia donde se evidencia fragilidad institucional, la cual teóricamente caracterizó Pedro Medellín (2004) como un régimen político endeble, con inestabilidad estatal y gubernativa con margen de maniobra limitado.

En este artículo se aplicará una definición propia en cuanto una política pública endógena es el resultado de acuerdos colectivos de organizaciones gubernamentales y no gubernamentales en los cuales se definen objetivos, instrumentos y metas, que en su conjunto buscan orientar el comportamiento de los actores para que estos cooperen en un marco institucional de reglas de juego para solucionar o llevar a niveles manejables situaciones consideradas como socialmente problemáticas. El caso más emblemático y descriptible en políticas públicas endógenas es la implementación del gobierno de los bienes comunes en la política pública ambiental de carácter endógeno que desarrolla la ACVC que se describirá en el siguiente apartado.

### **3. Gobierno de los bienes comunes**

Los bienes comunes son aquellos Recursos de Uso Común (RUC), comprendidos como los recursos naturales renovables, tales como el agua<sup>1</sup>, los pastizales, los bosques, etc. Según un artículo, publicado en la revista *Science*, de Garrett Hardin en 1968, se propiciaba la “tragedia de los bienes comunes” (RUC) cuando estos recursos se entregaban a las comunidades, ya que estas en su afán individualista de maximizar sus beneficios propiciaban la depredación y degradación de los aquellos hasta su extinción.

---

<sup>1</sup> El agua no se renueva si se degradan las condiciones para que esta se regenere.

Ostrom evidenció en el año 2000 la falacia de la teoría de Hardin de “la tragedia de los bienes comunes” donde:

cada hombre se encuentra atrapado en un sistema que lo compele a aumentar su ganado en un mundo que es limitado. La ruina es el destino hacia el cual todos los hombres se precipitan, persiguiendo cada uno su propio interés en una sociedad que cree en libertad de los bienes comunes (Ostrom, 2000, p. 27).

La salida a la denominada “tragedia de los bienes comunes” que “ha llegado a simbolizar la degradación del medio ambiente que se puede esperar siempre que muchos individuos utilizan al mismo tiempo un recurso escaso” (Ostrom, 2000, p. 26), fue evidenciar que cuando se entregaron estos recursos al Estado, este tampoco fue eficiente y mucho menos cuando se entregó a los particulares. La salida a la “tragedia” es el gobierno de los bienes comunes a través de comunidades organizadas por acuerdos de acción colectiva, entendidos como marcos institucionales que promueven lógicas de acción colectivas que promueven la cooperación entre los actores, permitiendo así que los RUC no se degraden ni desaparezcan.

Con la teoría del gobierno de los bienes comunes Ostrom obtuvo premio Nobel de Economía al demostrar en su experiencia de administración de RUC, en lo que en políticas públicas se comprende como el Análisis del Desarrollo Institucional (IAD), que el gobierno de los bienes comunes funciona para la sustentabilidad ambiental en sistemas comunitarios tales como acueductos, pastizales y pesca en estudios de caso a nivel mundial, donde se incluye la piangua en la costa pacífica colombiana con Juan Camilo Cárdenas (2010) quien fuese su discípulo y en Zonas de Reserva Campesinas tales como al ACVC en estudios de Barreto (2013a, 2013b).

El IAD que compone la teoría del gobierno de los bienes comunes se sustenta en los siguientes postulados:

1. Método de análisis de la teoría de juegos.
2. Se pretende ir más allá de la estructura misma del juego, donde se pretende analizar las estructuras profundas que constituyen cualquier situación de acción.

3. Se estudia el modelo de comportamiento humano utilizado en el análisis institucional.
4. Se abordan teorías complementarias como el aprendizaje y normas vinculadas a la toma de decisiones inmediatas.

Al momento de emplear la teoría de los bienes comunes a la administración de RUC por parte de comunidades organizadas como JAC, asociaciones de campesinos, cooperativas, comités pesqueros y demás tipos de organizaciones, se evidencia que algunas de estas desarrollan planes, programas y proyectos de ordenamiento territorial frente al uso y ocupación del territorio (Barreto, 2013 a,b). De este modo, se aplica la definición de que estas comunidades estructuran políticas públicas endógenas resultado de acuerdos colectivos en los cuales se definen objetivos, instrumentos y metas, que en su conjunto buscan orientar el comportamiento de los actores para que estos cooperen en un marco institucional de reglas de juego para solucionar o llevar a niveles manejables situaciones consideradas como socialmente problemáticas.

Reconociendo que comunidades organizadas estructuran endógenamente políticas públicas, en las cuales se vincula el ordenamiento territorial en la definición de acuerdos normativos donde se establecen permisos, restricciones y prohibiciones para el uso y apropiación del suelo en sus condiciones bióticas se pueden estudiar casos en los cuales se frena la tragedia de los bienes comunes como lo realizaron Cárdenas, Ahn y Ostrom (2003) con la piangua. En este caso concreto, se evidenció que madres piangueras ancestralmente gobernaban RUC como la piangua, donde en generación en generación se crearon reglas de juego para sustraer el recurso animal sin su extinción o degradación, pero con la implementación del código de recursos naturales, áreas protegidas y parques nacionales se les prohibió a las comunidades la sustracción de la piangua, yendo en contravía la institucionalidad estatal con la institucionalidad ancestral que garantizaba la sustentabilidad del RUC. Este marco de acción ancestral no lo comprendió la autoridad ambiental al momento de definir las áreas protegidas, donde arbitrariamente se crearon límites cartesianos que prohibieron la apropiación del recurso de la piangua por parte de las madres recolectoras, desconociendo el valor público ancestral del

recurso con el que se sustentaba la nutrición de las familias y la tradición cultural afro de la región pacífica colombiana.

Si bien el derecho ambiental colombiano contiene el dominio público, la función ecológica de la propiedad, la adquisición de bienes con fines de conservación, las prioridades del uso de recursos naturales renovables, las sanciones ambientales y los mecanismos de defensa y protección del ambiente, amparados en la Constitución Política, el Código de Recursos Naturales y la Ley 99 de 1993 (Mesa, 2013, este marco normativo no es suficiente, ya que hace falta un marco institucional que no solo reconozca los derechos, sino que garantice su realización y permita a las comunidades gozar de un medio ambiente sano y un buen vivir. Bajo este marco institucional es posible analizar y motivar una transformación que posibilite el gobierno de los bienes comunes, basándose en la teoría que se describe detalladamente en el siguiente apartado.

## 2.1 Condiciones de autogobierno

El gobierno de bienes comunes requiere unas condiciones de autogobierno que permita superar la “tragedia de los comunes” para el uso eficiente y racional de los RUC. Superar “el juego o dilema del prisionero”<sup>2</sup> es el punto de partida donde se debe promover la cooperación de los participantes de la organización, ya que si uno o algunos de ellos no cooperan se pierde la institucionalidad de la misma en un marco de acción. Esta misma teoría ha sido empleada por Eduardo Wiesner (2004) y Juan Carlos Echeverry (2004) para comprender el funcionamiento del presupuesto general de la nación bajo la metáfora del pastel, donde cada congresista busca sacar una mayor tajada de este para su propio beneficio, lo cual es denominado, *free rider*, *gorrón* o *rent seeking*, como cazador de rentas públicas. En conclusión, quien se beneficia del esfuerzo de los demás es catalogado como la persona que no coopera y se beneficia del sistema, tales como aquellos que buscan subsidios del Estado sin cumplir los requisitos o los llamados ‘colados’ del Sisbén.

---

<sup>2</sup> El dilema del prisionero se basa en la cooperación o deserción frente una acción cuando los actores no poseen información o esta es incompleta para tomar una decisión. En este sentido ver Ostrom (2000, p. 28).

Para evitar los gorriones o *free rider*, se debe promover una “lógica de la acción colectiva” en la formulación y cumplimiento de reglas de juego (Ostrom, 2000) para lograr el bien común, ya que este principio permite la perdurabilidad institucional. La teoría de Ostrom se basa en el direccionamiento de la suma de intereses individuales a intereses comunes; es un marco neoinstitucional que se funda en que el bien del grupo es la sumatoria del bien de las partes, puesto que se espera que mediante el beneficio del grupo se lleva a cabo beneficio personal. De este modo se evita, en la lógica de la acción colectiva, la aparición de los denominados *free rider* que se benefician del trabajo de los demás sin haber cooperado (Ostrom, 2000).

Para Ostrom (2000) el AID supera la teoría de juegos simple como el dilema del prisionero a una teoría de juegos ampliada donde hay un número amplio de participantes. En el sentido de Ostrom (2000), se establecen unas condiciones para que exista el gobierno de los bienes comunes:

1. Límites claramente definidos.
2. Coherencia entre las reglas de apropiación y provisión de las y con las condiciones locales.
3. Arreglos de elección colectiva.
4. Supervisión.
5. Sanciones graduadas.
6. Mecanismos para la resolución de conflictos.
7. Reconocimiento mínimo de derechos de organización.
8. Entidades anidadas (p. 148).

Como lo mencionamos anteriormente, las sanciones ambientales a los actores individuales y colectivos por incumplimiento normativo no son suficientes. En un marco institucional de autogobierno es más factible que las personas que hagan parte de organizaciones que dependan del medio ambiente cooperen *so pena* de ser expulsados de los beneficios de las organizaciones. En el caso de las ZRC, las

cuales son creadas bajo la titulación de terrenos baldíos por Unidades Agrícolas Familiares (UAF)<sup>3</sup> que serán descritas en el siguiente capítulo. En el caso de la ACVC uno de los requisitos para la constitución de ZRC según la Ley 160 de 1994 fue la creación de un plan de desarrollo sostenible, el cual fue formulado por parte de los integrantes de la asociación. Este plan establece un marco normativo que se implementa en la mayoría de los proyectos que ha gestionado la organización, donde los integrantes que incumplan los compromisos por estatutos y demás instrumentos que se detallan más adelante, invocan sanciones graduales a quienes incumplan, hasta su sanción máxima, que es la expulsión y con esto pérdida de beneficios tales como participar de producción lechera, cafetera, programas de formación, etc.

Cumplir una norma requiere de incentivos para cooperar en la misma. De ahí que debe existir capacidad suficiente por parte de la institución para promover lógicas de acción colectiva para que cooperen todos los actores, en especial la sustentabilidad del medio ambiente que es el estudio de caso.

Así, el derecho ambiental soporta la política pública ambiental, pero no es la única que lo hace, ya que endógenamente comunidades organizadas como la zona de reserva campesina del Valle del Rio Cimitarra, gobiernan recursos de uso común (Ostrom, 2000; Cárdenas, 2010; Barreto, 2013a, 2013b) y configuran elementos estructurales de política pública. En el siguiente apartado se analizará el cumplimiento de la ACVC de las condiciones mencionadas por Ostrom (2000, p. 148).

## **2.2 Análisis de cumplimiento de condiciones de autogobierno por parte de la ACVC**

Antes de analizar el cumplimiento de las condiciones de autogobierno, es pertinente describir brevemente lo que es una ZRC. Esta

---

<sup>3</sup> Una propiedad o titulación de la misma no puede superar una (1) UAF con el fin de evitar la acumulación de tierra. A pesar de esa restricción, Riopaila y Cargill acumularon ilegalmente territorios baldíos a través de pequeñas sociedades asesorados por la firma de abogados asociados Brigard y Carlos Urrutia. Según César Rodríguez (2013) una de estas empresas logró acumular 40.000 hectáreas de terrenos baldíos. Posteriormente el Gobierno Santos presentó un proyecto denominado Zonas de Interés de Desarrollo Rural Económico y Social (ZIDRES), dándoles legitimidad a la acumulación ilegal de baldíos, maniobra torpe de política pública que tendrá grandes tropiezos en la implementación del Acuerdo de Paz.

es una figura que buscó resolver el problema de la tenencia de la tierra principalmente de colonos de territorios baldíos de la nación a través de la Ley 160 de 1994, la cual fue producto de marchas cocaleras a comienzos de los 90. En palabras de Margarita Serje la Ley busca “proteger la pequeña propiedad campesina de los procesos de concentración de tenencia de la tierra, especialmente pensada para las zonas de colonización” (Serje, 2005, p. 284).

La figura de ZRC ha sido ampliamente cuestionada por los terratenientes que se han apropiado ilegalmente de los baldíos de la nación a través del despojo de colonos legítimos y de la ocupación ilegal de los territorios, tanto así que José Félix Lafaurie, Presidente de Fedegan en columna del 16 de marzo de 2013 en el diario El Pílon, y el ex ministro de hacienda, el conservador, Juan Camilo Restrepo en entrevista al diario El Espectador del 14 de marzo de 2013 calificaron a los territorios cobijados por la figura como “republicuetas independientes”, similares a los asentamientos de guerrilleros en Marquetalia en el año 1954.

Esta figura se reglamentó y fue puesta en marcha solo en el año 1996 con el proyecto piloto de seis ZRC, con el apoyo de la GTZ y otros programas como Desarrollo y Paz en el Magdalena Medio. Con la llegada al poder de Álvaro Uribe en el año 2002, se suspendieron ilegítimamente todos los procesos de constitución de ZRC bajo el supuesto que ponían en riesgo la seguridad nacional<sup>4</sup>, e incluso se levantó la figura con la ACVC a pesar de haber sido galardonada con el Premio Nacional de Paz. Esta suspensión posteriormente sería revocada, pero los 47 procesos de constitución de ZRC en 16 departamentos fueron suspendidas hasta el día de hoy<sup>5</sup>, entre otros motivos por vincularse la figura en las conversaciones de paz entre el Gobierno Nacional y las FARC, a pesar de la insistencia de la organización campesina y sus agentes a través de ANZORC<sup>6</sup> en que se respetara la ley y que no se pusiera en mesa de discusión su figura.

---

<sup>4</sup> El supuesto del Gobierno de Uribe se enmarcaba en que en los territorios de ZRC circulaban grupos armados irregulares guerrilleros. ¿En qué municipios o territorios del país no han pasado grupos armados guerrilleros?

<sup>5</sup> “Las ZRC constituidas abarcan 831 mil hectáreas y las que pudieran constituirse legalmente en 2013 alcanzan 1.253.000 ha, junto a ello la pretensión territorial del movimiento en su conjunto se aproxima a 10 millones de hectáreas” (Estrada, 2013, p. 34).

<sup>6</sup> Asociación Nacional de Zonas de Reserva Campesina.

## 2.2.1 Guía de análisis y sostenibilidad de un sistema de recursos comunes aplicado a la ACVC

*Membresía:* según la guía, en primer lugar, “la membresía se convierte en un primer filtro para asegurar patrones de cooperación y confianza mutua” (Roth, 2014, p. 35). En respuesta a ello se encuentra:

La Asociación ha establecido un reglamento para el control de la expansión inadecuada de la frontera agrícola, ha adoptado estrategias para evitar la concentración de la propiedad, definiendo el área máxima que debe tener cada colono y en caso de venta de terrenos, conciertan primero con toda la comunidad su venta, para que el nuevo propietario no vaya a afectar la comunidad (ACVC, 1998, p. 5).

*Equivalencia proporcional entre costos y beneficios:* en un marco de acción, es aquella que permite a una institución lograr acción colectiva para la cooperación y “debe identificar y medir los costos de operación del sistema con los usuarios” (Roth, 2010, p. 35). En respuesta, la ACVC establece: “Área 4: Ninguna especie amerita su extracción... queda una gran área boscosa que corresponde a la de ‘reserva forestal’ en gran parte inexplorable por los altos costos de movilización” (ACVC, 1998, p. 81).

*Acuerdos de decisión colectiva:* los acuerdos colectivos permiten la legitimación tanto de la estructuración de una política pública endógena como en su implementación,

en la medida en que una mayor cantidad de usuarios de un bien común, pueda participar en las decisiones de cambio o ajuste de reglas; existe mayor posibilidad de que estas reglas sean consideradas por todos como justas, y por tanto, acatadas y monitoreadas más fácilmente (Roth, 2010, p. 35).

Frente a esto la ACVC define que:

“la ocupación del territorio ha sido organizada por la Asociación de Campesinos del Valle del Río Cimitarra, quienes además de definir los lugares de asentamiento de los nuevos pobladores, establecen áreas máximas y reglamentan el uso del territorio, bajo una perspectiva enmarcada en principios de sostenibilidad” (ACVC, 1998, p. 25).

*Monitoreo:* la figura de monitoreo aparece cuando las normas no son suficientes para crear estabilidad en el sistema, entonces surge la figura del consejo de sabios.

*Sanciones graduales:* se plantea la siguiente pregunta: ¿cuáles son las sanciones autorizadas y si son ajustables, de tal forma que quien cometa un error o incumpla la norma quede suficientemente advertido para asegurar el acatamiento futuro de la regla? (Roth, 2010, p. 35). Frente a esto la ACVC establece que las sanciones por incumplimiento pueden ir al extremo de ocasionar la pérdida de la condición de asociado a la ACVC y con ello no ser cobijado por los proyectos de la institución (Barreto, 2013a).

*Mecanismos de resolución de conflictos:* se hace por medio de los miembros del equipo de campo y encargados de la zona, que hace el acceso rápido y a bajo costo (Barreto, 2013a). A esto se cuestiona ¿qué mecanismos locales y regionales existen para resolver los conflictos generados por el usufructo de dicho recurso? (Roth, 2010, p. 35). Se responde en parte con lo mencionado anteriormente y, que

se han legitimado ciertos principios de convivencia con la comunidad evitando conflictos internos. Igualmente, en algunas zonas se ha logrado evitar los cultivos ilícitos, en otras donde se habían iniciado se erradicaron en forma concertada y donde existen se ha logrado detener su avance ya que su erradicación, sin contar con alternativas económicas viables, no ha sido posible (ACVC, 1998, p.5).

*Reconocimiento mínimo de derechos de usufructo:* el INCODER, ahora la Agencia Nacional de Tierra, establece que en cuanto las UAF,

estas unidades de explotación deberán tener un área mínima de 250 hectáreas distribuidas así: 240 para explotación forestal (estas comprenderán mínimo 25 has (10% del total) destinadas a áreas protectoras y 10 hectáreas para el desarrollo de actividades agrícolas y pecuarias de subsistencia). Se calculó como unidad de extracción forestal familiar, para la obtención de tres salarios mínimos mensuales vigentes definidos por el INCORA, un área de 2 hectáreas por mes, planteando como unidad de ordenamiento anual áreas de 25 - 30 hectáreas" (ACVC, 2011, p. 142).

*Empresas anidadas e interdependientes*: se refiere a las organizaciones y/o entidades que reconocen a la organización. Tener una entidad anidada e interdependiente permite lograr legitimidad de los procesos organizativos y generar redes de política pública de cooperación. Entre las entidades anidadas e interdependientes se encuentran:

ANZORC, Marcha patriótica, Agencia Nacional de Tierras, FESCOL, USAID, Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, Centro de Pensamiento de Paz de la Universidad Nacional de Colombia y Misión Rural Departamento Nacional de Planeación.

#### **4. Derecho ambiental**

El derecho ambiental tiene relación directa con los derechos humanos. La historia de los derechos y de los derechos humanos se ha fraguado en luchas constantes por la reivindicación de estos a través de la emancipación popular; según esto, los principios del derecho ambiental son globalidad, generalidad, interdependencia, universalidad e igualdad en el tratamiento de los derechos humanos (Mesa, 2013).

El derecho ambiental ha sido producto de las relaciones sociales a lo largo de los tiempos en relaciones sociológicas y cosmogónicas de la relación hombre-naturaleza en el sentido marxista, donde el hombre es un elemento del todo (naturaleza), es una realidad antropocéntrica, distinta al biocentrismo que trata de imponer que el hombre está por encima de la naturaleza, propio de las relaciones neoliberales de capital, de este modo:

Desde el norte se ha creído que solo los habitantes de las sociedades ricas se pueden dar el lujo de dedicarse a la defensa del ambiente; por tanto, sólo fue a finales de los años sesenta cuando la sociedad “occidental” del “estado de bienestar” se preocupó por los efectos de los problemas ambientales.... Los de abajo se han levantado para defender proactivamente lo que es propio; un solo ejemplo, en el sur, desde hace cinco siglos se reivindica el derecho a la supervivencia, y hoy como ayer, se defienden los territorios, la naturaleza, la madre tierra, el ambiente y los ecosistemas, las culturas y las identidades. Por otra parte, para justificar las agresiones y el saqueo de las riquezas, el Norte no solo ha hecho correr ríos de tinta, sino sobre todo, ríos de sangre (Cuadros, 2013, p. 36).

La protección del medio ambiente no es una invención de política de autoridad pública estatal; ha sido endógena de comunidades tanto indígenas como campesinas y demás, que ocupan y se apropian del territorio, algunas más responsables que otras en sentido de conservación, sostenibilidad y sustentabilidad, pero siempre con un curso de acción de objetivos e instrumentos que cambian el accionar de los individuos que pertenecen del sistema.

En el apartado anterior se dieron unos ejemplos de cómo se ejerce gobernanza de RUC para poder cumplir con unas condiciones de autogobierno de bienes comunes, pero hay muchos más tanto de la ACVC como de comunidades indígenas, JAC, entre otras.. Tanto así que con la definición de política pública endógena ambiental descrita por las condiciones de autogobierno asumidas por la ACVC se evidencia que las comunidades organizadas estructuran políticas públicas endógenas que vinculan el derecho ambiental garantizando la integralidad en cuanto justicia, responsabilidad y solidaridad. De este modo se afirma que la ACVC estructura e implementa una política pública ambiental endógena.

Pero ¿cómo se logra estructurar e implementar una política pública ambiental endógena? Se logra a partir de que esta comunidad y otras garanticen a través de un marco normativo y condiciones de autogobierno lógicas de acción colectiva biocéntricas que propenden a la ética ambiental en el uso y apropiación del territorio (Ostrom, 2000). De este modo, estas políticas públicas permiten la sustentabilidad en los territorios, enfrentando serios obstáculos como los del conflicto armado que asocia la minería ilegal, cultivos ilegales, tala indiscriminada de árboles, titularización de baldíos (Palacios, 1995; Estrada, 2013) y reconocimiento de autogobierno.

En el contexto normativo que posee características endógenas, se puede afirmar que nace tanto la Ley 2 de 1959, “zonas forestales protectoras” y “bosques de interés general”. En el caso concreto de la ACVC, vincula la Reserva Forestal del Río Magdalena en el Valle del Río Cimitarra. Además, el Decreto 2811 de 1974, “Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente” permite el consumo endosomático de los colonos en cuanto hace parte de los recursos de dominio público; y por último, la Ley 160 de

1994, y demás reglamentarias, permiten la sustracción de territorios baldíos, incluso de reserva forestal, lo cual posee armonización con la política pública ambiental nacional.

## **5. Ética ambiental y acción colectiva**

La ética ambiental es el camino de acción a la cooperación en un marco de acción institucional para garantizar la sustentabilidad del medio ambiente. En un sistema institucional en el que unos individuos realizan consumo exosomático o consumo superior al necesario se genera necesariamente un desequilibrio. El consumo exosomático es resultado de la revolución industrial y de la acumulación originaria del capital material, donde a través del neoliberalismo se acentúa esta tendencia de consumo desenfrenado de bienes que, entre otras cosas, son los que más contaminan, como los vehículos automotores, los materiales de origen petroquímico del plástico y el consumo de alimentos, con poco valor nutricional y de alto consumo, de origen como animal como la carne de res y otros.

Por otro lado, se encuentra el consumo endosomático, que es el consumo mínimo que garantiza la supervivencia y la ración de calorías mínimas. Este consumo es crítico debido a que mientras unos consumen demasiado, otros consumen poco y se evidencia en el hambre, pobreza y necesidades básicas insatisfechas. Como consecuencia de lo anterior, resulta paradójal que mientras unos humanos se mueren de obesidad por consumir mucho, otros se mueren de hambre por inanición.

De este modo hay que generar una ética ambiental que garantice el cumplimiento de los derechos humanos, sobre todo de los más débiles o vulnerables como lo son niños y niñas, ancianos, discapacitados y víctimas de la violencia, además de quienes ocupan territorios de altos riesgos de desastres ambientales y de hambrunas, en donde se generan huellas ambientales entre los mismos humanos y entre estos y el medio ambiente.

La acción colectiva que permite la ética ambiental es la puesta en marcha del concepto del buen vivir (Leiva, 2017); concepto que cobra importancia en generar garantías para la seguridad alimentaria y nutricional respetando las relaciones con el medio ambiente desde una

orientación territorial diferenciada geográfica, política, económica, social y culturalmente. De este modo en la lógica de acción colectiva se espera que la búsqueda y sostenimiento del buen vivir de las comunidades como proyecto común movilice las actuaciones de los individuos para la cooperación en un marco de acción institucional de reglas de juego que cumplan las condiciones de autogobierno y los objetivos de donde subyacen las políticas públicas.

## 6. Conclusiones

Las políticas públicas endógenas ambientales como la estructurada e implementada por la ACVC es una alternativa eficiente para lograr la sustentabilidad del medio ambiente. Entidades anidadas como la Misión Rural han reconocido la importancia de la economía familiar no solo en el crecimiento económico del sector, sino en el desarrollo de las comunidades a través de prácticas socioculturales como el buen vivir. A pesar de que estas comunidades campesinas cumplan con las condiciones de autogobierno de Ostrom, se ven amenazadas por el no reconocimiento del esfuerzo que han realizado para salir del conflicto armado entre los actores violentos que ocupan en territorio nacional, que es respuesta a la ausencia estatal en el territorio, principalmente en políticas prioritarias, servicios públicos básicos e infraestructura.

Las lógicas de acción colectivas que promuevan la ética ambiental y el cumplimiento de los derechos humanos se pueden realizar mediante marcos de acción donde los individuos pertenecientes a los mismos cuenten con incentivos para cooperar y de este modo cumplir con objetivos de política pública tanto del orden público estatal como no estatal, en este caso, de políticas públicas endógenas. No se trata de subsidios directos condicionados, de los que la historia ha demostrado su fracaso y que por clientelismo el gobierno nacional reproduce, se trata de asociación comunitaria para desarrollar proyectos productivos donde todos deben aportar para que todos sean beneficiados y no la lógica inversa que promueven las redes políticas clientelares.

Los derechos ambientales con perspectiva de integralidad que propone Mesa (2013) se pueden cumplir bajo los principios de justicia. Este principio en el marco de acción se cumple cuando se incentiva y se hacen efectivos los derechos del integrante de una asociación, llámese Estado, JAC, etc. En cuanto al principio de responsabilidad se lograría

con la ética ambiental, en la que en un estado de autoconciencia se asocia la moral del individuo a relaciones sociales para actuar bien, en principio normativo del derecho tanto de institucionalidad formal como informal. Por último, el principio de solidaridad es fundamental, ya que evita el *free rider*, o el no cooperante, en el marco de acción que se beneficia del esfuerzo de los demás, permitiendo la erosión y destrucción de las políticas públicas endógenas ambientales que buscan orientar la actuación de los actores en búsqueda del bien común.

Reconocer y fomentar las formas de gobierno de los bienes comunes y sus condiciones de existencia bajo las formas de autogobierno, es esencial para garantizar que políticas públicas endógenas como la ambiental de la ACVC en la figura de ZRC, cumplan objetivos como el de la sustentabilidad del medio ambiente. Si bien el Estado realiza alianzas público-privadas, también debe dar paso a alianzas Estado- comunitarias, ya que es la tercera vía, la cual no es ni estatal ni privada, sino comunitaria, la que rompe la tragedia de los bienes comunes, coadyuvando a garantizar que generaciones futuras gocen del medio ambiente que tenemos hoy e incluso gocen de uno mejor que el de nuestros días actuales.

## Referencias

ASOCIACIÓN CAMPESINA DEL VALLE DEL RIO CIMIRARRA ACVC. (1998). Plan de Desarrollo Sostenible ZRC Valle del Rio Cimitarra.

ACVC. (2011). Plan de desarrollo sostenible Zona de Reserva Campesina Valle del Rio Cimitarra. Eje tierras.

Barreto, J. (2013a). Política pública endógena de ordenamiento territorial en las zonas de reserva campesina: narrativas, contranarrativas y meta-narrativas. *Revista nuevo derecho*, 9 (P.89-104)

Barreto, J. (2013b). *Política pública de ordenamiento territorial en Colombia: conflicto interno y gobierno de los bienes comunes* (Tesis de maestría). Universidad Nacional de Colombia: Bogotá. Recuperado de <http://www.bdigital.unal.edu.co/12199/>

- Cárdenas, J. (2010). *Dilemas de lo colectivo: Instituciones, pobreza y cooperación en el manejo local de los recursos de uso común*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Cardenas, J., AhnN, T. K. y Ostrom, E. (2003). *Communication and cooperation in a common-pool resource Dilemma: a field experiment. Workshop in Political Theory and Policy Analysis*. Indiana: Indiana University.
- Echeverry, J. (2004). *La Batalla Política Por El Presupuesto De La Nación: Inflexibilidades O Supervivencia Fiscal*. Bogotá: Universidad de los Andes.
- Estrada, J. (2013). *Territorios campesinos: La experiencia de las zonas de reserva campesina*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Hardin, G. (1968). The tragedy of the commons. *Science review* 13 Vol 162.
- Lafaurie, J. (2013). Republicuetas independientes. Columna diario El Espectador del 16 de marzo de 2013.
- Leiva, F. Ed. (2017). *Territorios en vilo: Desarrollo rural para el posconflicto*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Medellín, P. (2004). *La política de las políticas públicas*. Santiago de Chile: CEPAL..
- Meny, I. y Thoenig, J. (1992). *Las políticas públicas*. Barcelona: Ariel.
- Mesa, G. (2013). *Derechos ambientales en perspectiva de integridad* (2ª ed.). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Ostrom, E. (2000). *El gobierno de los bienes comunes: La evolución de las instituciones de acción colectiva*. México: Fondo de Cultura Económica.

Palacios, M. (1995). *Entre la legitimidad y violencia Colombia 1875- 1994*. Bogotá: Editorial Norma.

Roth, A. (2014). *Políticas públicas: Formulación, implementación y evaluación*. Bogotá: Aurora.

Rodríguez, C. (2013). Un país de abogados sofisticados. Columna diario El Espectador, 05 de agosto de 2013.

Salazar, C. (2008). *Políticas públicas & think tanks*. Bogotá: Korand Adenau Stiftung.

Serje, M. (2005). *El revés de la nación*. Bogotá: Universidad de los Andes.

Vargas, A. (1999). *Notas sobre el Estado y las políticas públicas*. Bogotá: Almudena

Editores.

Velázquez, R. (2009). Hacia una nueva definición del concepto “política pública”. *Revista Desafíos Universidad del Rosario*, (20), 149-187.

Wiesner, E. (2004). *El origen político del déficit fiscal en Colombia: El contexto internacional 20 años después*. Bogotá: DNP. Recuperado de <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Estudios%20Economicos/251.pdf>

Fuentes:

El Espectador. (19 de Marzo de 2013). *Farc aspiran a multiplicar zonas de reserva campesina en Colombia*. Recuperado el 14 de Noviembre de 2015, de <http://www.elespectador.com/noticias/paz/farc-aspiran-multiplicar-zonas-de-reserva-campesina-col-articulo-411242>

Normatividad:

Ley 2 de 1959. “Por el cual se dictan normas sobre economía forestal de la Nación y conservación de recursos naturales renovables”.

Decreto 2811 de 1974. “Por el cual se dicta el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente”.

Ley 99 de 1993. “Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA, y se dictan otras disposiciones”