

## ¿Qué pasa con la pena hoy en día?

**Julio González Zapata**

Profesor Área de Derecho Penal,  
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia.  
Correo electrónico: juliogzapata@yahoo.com

## Resumen

La discusión acerca de la pena ha atraído a tantos autores, se ha enfocado desde tan diversos puntos de vista que por momentos daría la impresión, que el campo está ya saturado.Cuál es su justificación, cuál es su fin, cuál es su función, cuál es su medida, son preguntas que durante siglos han convocado a filósofos, teólogos, juristas, políticos, hombres de acción, ha dado lugar a que se escriban libros exquisitos y las respuestas han sido tan diferentes que creo que cualquier taxonomista se extasiaría clasificándolas, subclasificándolas, encontrando géneros, especies, genealogías, similitudes, contradicciones, oposiciones y otros vínculos.

**Palabras clave:** pena; derecho penal; justificación y función de la pena.

## ¿Qué pasa con la pena hoy en día?\*

La discusión acerca de la pena ha atraído a tantos autores, se ha enfocado desde tan diversos puntos de vista que por momentos daría la impresión, que el campo está ya saturado. Cuál es su justificación, cuál es su fin, cuál es su función, cuál es su medida, son preguntas que durante siglos han convocado a filósofos, teólogos, juristas, políticos, hombres de acción, ha dado lugar a que se escriban libros exquisitos y las respuestas han sido tan diferentes que creo que cualquier taxonomista se extasiaría clasificándolas, subclasificándolas, encontrando géneros, especies, genealogías, similitudes, contradicciones, oposiciones y otros vínculos.

A riesgo de perder gran parte de esos placeres eruditos, podría decirse que hoy se aglutina en dos grandes grupos las visiones sobre la pena: por un lado aquellas que se consideran absolutas y las que se consideran relativas.

Las primeras se emparentan con el idealismo alemán del siglo XIX y también se les denomina retributivas. Consideran que la pena es un fin en sí, que es una necesidad evidente que surge del mismo delito y que está destinada a satisfacer la justicia, el derecho, el orden social o cosas parecidas, siempre más o menos abstractas. Hoy en día se asume que la pena también se puede considerar un derecho de las víctimas.

Por su lado, las teorías relativas, están ligadas a una visión más pragmática y pretenden conseguir fines tangibles, como evitar la comisión de delitos o de hacer algo con el delincuente de tal manera que pueda ser una persona útil o por lo menos pueda volver a vivir en sociedad.

Esta visión de las teorías relativas, así presentada es muy parcial, pues también se ha dicho que la pena puede tener, en algunos casos (sobre todo cuando se trata de delincuentes incorregibles), la función de inocuizarlos o inclusive de eliminarlos. Desde esta perspectiva también se pretende que la pena consiga reducir los delitos, produciendo miedo a los demás ciudadanos (prevención general negativa) o educándolos en el respeto a las normas (prevención general positiva). Y no falta la franja lunática de quienes consideran que con la pena se pueda conseguir la seguridad (nacional, ciudadana o democrática), la paz, la no repetición de los hechos y hasta otros rendimientos adicionales, como efectos pedagógicos y ejercitar a los ciudadanos en la fidelidad al derecho.

Como se ha puesto en evidencia y resalta de su mera enunciación, estas visiones resultan no sólo contradictorias, sino excluyentes. Así por ejemplo, si lo que se pretende es retribuir el daño causado por el delito, bien sea para mantener el orden social, para honrar la justicia o el derecho, las penas deben ser determinadas de antemano y deben guardar una relación inseparable con la gravedad del delito, es decir, deben ser proporcionales. En cambio, cuando lo que se pretende con las penas, es realizar algunos de los propósitos de la ideología **re** (resocializar, reeducar, reinsertar, o rehabilitar al

---

\* Versión escrita de la Ponencia presentada en la Cátedra Diálogos de Derecho y Política “*La prisión: discursos, normas y realidades ocultas*”, organizada por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia y el Comité de Solidaridad con los presos políticos, el 13 de abril de 2012.

delincuente) la pena no sólo debe ser indeterminada, sino, que inclusive, como lo propuso el positivismo criminológico, puede ser predelictual.

Nuestros últimos códigos penales (y hablo del código penal de 1980 y del 2000), no han querido despreciar ninguna de las migajas que ofrece este inmenso pastel de opciones y en las normas rectores han hablado de todas ellas, como si no fueran fines y propósitos tan diferentes y que por lo tanto, se pudieran incorporar a un sistema con un mínimo grado de coherencia.

En esta colosal tarea de reconciliar lo irreconciliable, nuestro legislador, no ha estado solo; ha tenido el apoyo de la doctrina<sup>1</sup> y la jurisprudencia,<sup>2</sup> que con la más absoluta incoherencia, a nombre de un eclecticismo integrador, hablan de las teorías de unión; según este artificio retórico, los fines y funciones de la pena se deben evaluar, en momentos distintos. De acuerdo con este salpición teórico, las penas tienen una función preventiva general, en el momento en el que el legislador las establece; un fin retributivo cuando el juez las impone y un función **re** cuando se ejecutan.

Aparentemente todos quedan tranquilos y se alcanza, de esta manera un poco tramposa, una coherencia, que ante cualquier mirada medianamente atenta, se desvanece.

Por paradójico que pueda parecer, la disputa acerca de los fines y funciones de la pena, cuando se planteaba en los términos en que tan sintética y vagamente los he resumido, la discusión tenía cierta racionalidad. Podría perfectamente inscribirse en una lucha de escuelas, que ha sido uno de los dispositivos con los que el pensamiento jurídico se ha dinamizado.

Pero hoy, probablemente, esa racionalidad esté ausente. Voy a referirme a tres fenómenos relativamente recientes, que sin que el legislador se haya tomado el trabajo de revisar los principios rectores de la pena, los han socavado de una manera que parece ser definitiva. En primer lugar, al derecho premial (para los efectos de esta exposición, aquí podría incluirse el mal llamado principio de la oportunidad); en segundo lugar, a la justicia transicional y por último, a lo que algunos autores han denominado el universo concentracionario.

### **El derecho premial**

Podríamos definir el derecho premial como aquel en el cual el Estado renuncia a la acción penal, a la pena o a parte de ella, como contraprestación a la colaboración que el delincuente le puede ofrecer.

Es una institución propia de la práctica anglosajona pero entre nosotros fue introducida hace casi tres décadas. Según Eduardo Arturo Gil Trigos: “[...] se encuentra que desde

---

<sup>1</sup> Esta es la posición de Roxin. Ver: Roxin, Claus (1997). *Parte general. Tomo I. fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña y otros, civitas, Madrid. Especialmente página 95 y s.s.

<sup>2</sup> “La pena tiene en nuestro sistema jurídico un fin preventivo, que se cumple básicamente en el momento del establecimiento legislativo de la sanción, la cual se presenta como la amenaza de un mal ante la violación de las prohibiciones; un fin *retributivo*, que se manifiesta en el momento de la imposición judicial de la pena: y un fin resocializador, que orienta la ejecución de la misma, de conformidad con los principios humanistas y de las normas del Derecho Internacional adoptadas”. Corte Constitucional, sentencia del 7 de diciembre de 1983.

1984 la legislación Colombiana comienza a introducir elementos orientados a conceder beneficios por conductas posteriores e independientes del hecho punible, es decir, se varía el sistema según el cual las reglas de punibilidad siempre se relacionan con el hecho, agravantes, atenuantes o reguladoras generadas en el hecho mismo, para comenzar a regular la punibilidad en función de conductas posteriores e independientes del hecho realizado; y además, se comienza a introducir elementos de rebaja de pena en función de colaboración con la justicia, delaciones, contribución a la identificación de autores, recompensas, disminuciones punitivas por confesión [...]”<sup>3</sup>

Es un modelo de ejercitar el derecho penal en el cual los principios clásicos (liberales), se deshacen en aras de la eficacia de la administración de justicia, porque en este sistema la pena no depende del hecho realizado sino de la conducta procesal asumida por el implicado. La pena no depende de la conducta delictiva del procesado sino de la conducta observada en el proceso.

Cuando estamos hablando de un derecho premial, no tenemos en cuenta funciones como la retribución y la prevención sino que lo que se busca es garantizar la eficiencia de la administración de justicia. Se quiere una administración de justicia que produzca resultados en el menor tiempo posible y con los menores costos. El eficientismo es una forma de encarar el derecho penal y la administración de justicia en general, en términos de *managerismo*. Lo que importa son los resultados inmediatos, las estadísticas, los indicadores de gestión. A los operadores jurídicos se les exigen resultados inmediatos, visibles, en términos de capturas, detenciones y condenas. Obviamente una visión de estas supone que los derechos y las garantías de los procesados, se entiendan como un gran obstáculo para la buena marcha de la administración de justicia. Inclusive sobre el abogado se cierne una gran desconfianza, pues se le considera un obstáculo para una administración rápida y para la obtención de resultados contundentes.

En la búsqueda de la eficiencia o, mejor, de una forma particular de la misma, inherente al eficientismo penal de emergencia, se debe condenar, se debe restringir la libertad, el “peligro”, potencial o real de la libertad de una persona, debe ser inhibido, es posible promover las más diferentes intervenciones en los derechos en la etapa de investigación, es siempre deseable la detención preventiva, ella es convertida en una pena, todo ello aunque no se sepa muy bien con base en qué presupuestos se debe argumentar. Ello es irrelevante –como es de hecho irrelevante la alusión a contenidos-; en la ponderación, es la eficiencia la que se impone: en el eficientismo penal, hoy reforzado con la seguridad, *todo se hace válido*.<sup>4</sup>

La introducción del sistema premial y su paso avasallante desde el mundo anglosajón a casi todos los sistemas jurídicos penales, es uno de los efectos de la visión economista sobre los problemas sociales que se impuso en casi todo el mundo a partir de las décadas del 70 y el 80 cuyo gran teórico, en materia de justicia penal, fue el premio Nobel de economía, el norteamericano, Gary Becker: “Según él, las preguntas importantes de deberíamos hacernos son: ¿cuántos delitos deben permitirse? ¿Cuántos delincuentes deben quedar impunes? Esa es la cuestión de la criminalidad”.<sup>5</sup>

<sup>3</sup> Gil Trigos, Eduardo Arturo (1998). *Negociaciones de pena*. Señal Editora, Medellín, pág. 75.

<sup>4</sup> Aponte Cardona, Alejandro (2006). *Guerra y Derecho Penal de Enemigo. Reflexión crítica sobre el eficientismo penal de enemigo*. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá. pág. 141.

<sup>5</sup> Becker, Gary citado En: Foucault, Michel (2007). *Nacimiento de la biopolítica*. Trad. Horacio Pons. FCE. Buenos Aires, pág. 298.

Al rechazar, tanto aquí como en los otros dominios de teoría económica, todo juicio moral, el economista distingue las actividades criminales de las actividades legítimas sobre la base del tipo de riesgo en que se incurre. Las actividades criminales son las que hacen correr al individuo que se entrega a ellas un tipo de riesgo particular: el de ser apesado y condenado a una pena (multa, cárcel, ejecución).<sup>6</sup>

Esa lógica de costos y beneficios, es la que sustenta el derecho penal premial: en la medida en que el delincuente o lo que es peor, el presunto delincuente, aparta algo, el Estado lo recompensa por los ahorros que para el implica poder omitir los gastos de una investigación, o la búsqueda de otros posibles responsable.

Y es indudable que este derecho penal tiene enormes consecuencias en la concepción sobre la pena.

Si alguna vez, la queja fue porque había muchos detenidos sin pena, en este sistema, la queja se hace porque hay muchas penas sin proceso, pues como lo dice Juan Oberto Sotomayor Acosta: “[...] el sistema está cumpliendo cabalmente con el objetivo para el que al parecer fue creado: producir condenas sin procesos”.<sup>7</sup>

### **El derecho premial como una figura inicialmente excepcional**

Como ha sucedido tantas veces, la institución de la justicia premial, fue introducida en Colombia con carácter excepcional: “[...] el grueso de este tipo de legislación fue introducida en realidad por la vía de las facultades extraordinarias del estado de sitio, es decir, no corrió el camino de la legislación ordinaria. Y entre 1986 y 1995 se dictaron un sinnúmero de reglas que imponían casi que “cadena perpetua” hasta reglas que restituían el equivalente al perdón judicial que había sido eliminado y traía el Código penal de 1936. Entonces, se produce todo un conjunto de legislación ambigua en el que se busca incrementos punitivos, eliminación de beneficios procesales, limitaciones a la excarcelación de sindicados, reglas probatorias que limitan la posibilidad de controversia como (...)”<sup>8</sup>

Como sucede tan frecuentemente entre nosotros, una institución excepcional, creada para una coyuntura específica, en este caso para tratar de reducir el cártel de Medellín, hoy se encuentra complementemente normalizada y es el eje central del sistema procesal penal, con una notaria excepción: cuando se trata de delitos que tengan como víctimas a menores de edad.<sup>9</sup>

<sup>6</sup> Stegler citado En: Foucault, Michel (2007). *Nacimiento de la biopolítica*. Trad. Horacio Pons. FCE. Buenos Aires, pág. 292, pág. 292.

<sup>7</sup> Sotomayor Acosta, Juan Oberto. *Las recientes reformas penales en Colombia: un ejemplo de irracionalidad legislativa*. En: Díez Ripollés, José Luis y García Pérez, Octavio (2008). *La política legislativa penal Iberoamericana en el cambio de siglo. Una perspectiva comparada (2000-2006)*. Edisofer-BdeF. Montevideo-Buenos Aires, pág. 101.

<sup>8</sup> Gil Trigos, Eduardo Arturo. *Negociaciones de pena*. Op. cit. pág. 75.

<sup>9</sup> Se excluye la negociación de las penas, cuando se trata de delitos que tengan como víctimas menores de edad. Artículo 199 de la Ley 1098 de 2010 (Código de la Infancia y la adolescencia).

Para los efectos de la pena, muchas de las causales de aplicación de la oportunidad, ofrecen las mismas dificultades que el derecho premial, especialmente las consagradas en los numerales 4<sup>10</sup>, 5<sup>11</sup> y 16<sup>12</sup> especialmente.

Hay otra dificultad, para terminar. Cuando se estableció en Colombia el sistema penal acusatorio, seguidamente se dictó la ley 890 de 2004, por medio de la cual se aumentaron las penas para todos los delitos, en una tercera parte respecto del mínimo y la mitad respecto del máximo. Este incremento punitivo se justificó con el argumento de que era necesario hacerlo para permitirle a la Fiscalía una mayor margen de maniobrabilidad al momento de negociar las penas. La pregunta que habría que hacer es la siguiente: ¿si una persona no acepta negociar la pena, a nombre de qué se le aplicaría el incremento punitivo?

### La justicia transicional

Otra institución que hace muy complejo el problema de los fines y las funciones de la pena, es la justicia transicional. Se entiende por justicia transicional aquella que: "... hace referencia a un problema muy antiguo, relativo a qué debe hacer una sociedad frente al legado de graves atentados a la dignidad humana, cuando sale de una guerra civil o de un régimen tiránico. ¿Debe castigar a los responsables? ¿Debe olvidar esos atropellos para favorecer la reconciliación?"<sup>13</sup> Entre nosotros fue introducida por la ley 975 de 2005, llamada *Ley de Justicia y Paz*.

Con la justicia transicional se trata de buscar un equilibrio entre la justicia (entendida como retribución por los delitos cometidos) y la paz, para lo cual es necesario ofrecerles a los delincuentes una fórmula menos drástica en el tratamiento de sus delitos de tal manera les resulte atractivo la dejación de sus actividades criminales. A quienes son sujetos de esta ley, cuando son condenados, se les señala una pena que corresponde a los delitos cometidos, pero se ejecuta una pena alternativa, que en el caso de nuestra legislación, es de prisión de cinco (5) a ocho (8) años. Esa pena alternativa, que de acuerdo a la pena que efectivamente corresponda a los delitos, resulta aparentemente muy reducida, se justifica en la excepcionalidad de la figura y porque sus propósitos, entre otros, es poner fin a un conflicto armado, una guerra civil, una dictadura o cualquier otra situación calamitosa para una sociedad. Se busca poner al fin al conflicto y hacer cesar las hostilidades. Ese sacrificio frente a la pena "merecida" se piensa que se

---

<sup>10</sup> "Cuando el imputado o acusado, hasta antes de iniciarse la audiencia de juzgamiento, colabore eficazmente para evitar que el delito continúe ejecutándose, o que se realicen otros, o cuando suministre información eficaz para la desarticulación de bandas de delincuencia organizada".

<sup>11</sup> "Cuando el imputado o acusado, hasta antes de iniciarse la audiencia de juzgamiento, se compromete a servir de testigo de cargo contra los demás procesados, bajo inmunidad total o parcial.

En este evento los efectos de la aplicación del principio de oportunidad quedarán en suspenso respecto del procesado testigo hasta cuando cumpla con el compromiso de declarar. Si concluida la audiencia de juzgamiento no lo hubiere hecho, se revocará el beneficio"

<sup>12</sup> "Cuando quien haya prestado su nombre para adquirir o poseer bienes derivados de la actividad de un grupo organizado al margen de la ley o del narcotráfico, los entregue al Fondo para Reparación de Víctimas siempre que no se trate de jefes, cabecillas, determinadores, organizadores, promotores o directores de la respectiva organización".

<sup>13</sup> Uprimny, Rodrigo y Saffón, María Paula. *Justicia transaccional y justicia restaurativa: tensiones y complementariedades*. En: *Entre el perdón y el paredón: preguntas y dilemas de la justicia transicional*. Rettberg, Angelika (2005) (comp.). Universidad de los Andes, Bogotá, pág. 214.

compensa por las finalidades que se pueden conseguir: verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición de los hechos.<sup>14</sup>

Sin embargo, la justicia transicional como fenómeno conyuntural y temporal, para resolver una situación conflictiva para una sociedad, ha venido siendo “normalizada” por decisiones tanto de la Corte Constitucional como la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia y aun por el legislador, como ocurrió con la ley de pequeñas causas (Ley 1153 de 2007), que su artículo 21, establecía: “DERECHO A LA VERDAD, LA JUSTICIA, LA REPARACIÓN Y AL DEBIDO PROCESO. El proceso contravencional al que se refiere la presente ley, deberá promover, el derecho de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y respetar el derecho al debido proceso y las garantías judiciales de las víctimas”<sup>15</sup>.

Angelina Snodgrass Godoy, es probablemente la primera persona que empieza a llamar la atención sobre la necesidad de extender la justicia transicional a los delitos comunes: “Aunque siento un profundo interés en la dinámica de las sociedades en transición, los fenómenos que más me intrigan surgen de los interrogantes sobre abusos cotidianos – especialmente los delitos comunes- que a menudo son dejados de lado en la literatura sobre justicia transicional”.<sup>16</sup> Y agrega: “Los debates en torno de la justicia transaccional se centran, a menudo, en la importancia de procesar los delitos cometidos por motivos políticos, relegando así el procesamiento de delitos comunes a manos de expertos técnicos como la policía y los criminólogos”.<sup>17</sup>

En igual sentido afirma Ruti G. Teitel: “La aparente normalización de la justicia transicional es también evidente en la capacidad para tolerar una mayor discreción política, la politización en los usos de la justicia, la aparición de procedimientos altamente irregulares y distanciamientos explícitos del derecho predominante, todo lo cual es justificado en términos humanitarios”.<sup>18</sup>

Muchas de las últimas decisiones de la Sala Penal de Corte Suprema de Justicia, caminan indudablemente en esta dirección de normalización de los postulados de la justicia transicional.

Una de los problemas que surgen con la normalización de la justicia transicional y que agrega una aporía más al manejo de la pena en Colombia, es el siguiente: si en un proceso ordinario, donde se juzgue un acto que pudiera calificarse de delincuencia común, y donde se lleguen a cumplir los objetivos de la justicia transicional (verdad, justicia y

---

<sup>14</sup> Este punto se puede ampliar en: González Zapata, Julio. *Verdad, justicia, paz y reparación en la mitología penal. A propósito de la ley 975 de 2005*. En: Estudios Políticos. Nro. 27, Medellín, jul-dic 2005. Y González, Julio (2007, julio - diciembre). *La justicia transicional o la relegitimación del derecho penal*. En: Estudios Políticos 31, Instituto de Estudios Políticos, Universidad de Antioquia, págs. 23-42.

<sup>15</sup> Esta ley fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional, mediante la sentencia C-879 de 2008. Sin embargo es llamativo, que se pretenda, frente a una ley dictada para combatir la pequeña delincuencia, que se establezcan los mismos objetivos que para la ley de justicia y paz, que pretende regular los delitos más graves y traumáticos.

<sup>16</sup> Snodgrass Godoy, Angélica. *Una perspectiva “invertida” de la justicia transaccional*. En: *Entre el perdón y el paredón: preguntas y dilemas de la justicia transaccional*. Op. cit. pág. 284.

<sup>17</sup> *Ibidem*, pág. 283.

<sup>18</sup> Teitel, Ruti G. *Genealogía de la Justicia Transaccional*. Consultado el 17 de septiembre de 2007 en: [http://www.publicacionescdh.uchile.cl/libros/18ensayos/teite\\_Geneología.pdh](http://www.publicacionescdh.uchile.cl/libros/18ensayos/teite_Geneología.pdh)

reparación), ¿por qué no se le aplica a ese autor, una pena alternativa tal como sucede en la justicia transicional? ¿por qué se reclama el cumplimiento de los objetivos de la justicia transicional y se dejan de lado los efectos punitivos favorables que ella implica?

### **El delito político y el mundo concentracionario**

El delito político y el tratamiento que debe dársele al delincuente político, han creado enormes dificultades a los discursos de las penas e inclusive al derecho penal.

Frente al derecho penal porque su justificación resulta muy problemática por la razón de que el delincuente político es aquel quien no cree en las normas jurídicas que lo juzgan y por lo tanto, difícilmente se puede construir frente a él un discurso como el de la culpabilidad entendida como el reproche que se le hace a una persona por no haber actuado de acuerdo con las normas, pudiéndolo haber hecho. Si por ejemplo, tomáramos un concepto de culpabilidad como lo propone el finalismo alemán, nos veríamos en grandes dificultades para predicar la culpabilidad de un delincuente político pues, ¿cómo le reprochamos a alguien porque no ajusta su conducta a unas normas de las que precisamente descrea? Y que, en muchas veces busca, precisamente, cambiarlos o suprimirlos.

Por eso, desde el siglo XX el gran iuspenalista alemán Gustav Radbrud decía que al delincuente político, no se le podía castigar y a lo sumo, se le podrían imponer medidas. “Para el jurista de Lubeck, la tarea del Estado respecto del delincuente por convicción es análoga a la de la prisión de guerra. Se trata de sacarlo un tiempo del campo de batalla y, lo que es tanto o más importante, así como la prisión de guerra termina con el final de la guerra, así también el encarcelamiento del delincuente por convicción debe terminar con un cambio en las circunstancias, de manera que lo torne no peligroso”.<sup>19</sup>

Ante estas dificultades, el derecho penal había elaborado una serie de instituciones frente al delincuente político: la amnistía, el indulto, el asilo, la prohibición de no extradición, que esas condenas nunca se consideran como antecedentes para muchos efectos (ocupar cargos públicos, etc.), entre las más importantes.

Hoy en día, sin embargo, no soplan buenos vientos para el delito político y por supuesto tampoco, para el delincuente político. Se proclama que en un mundo globalizado donde supuestamente la democracia ha llegado o debe llegar a todos los rincones de la tierra, así sea a punto de invasiones abusivas, bombardeos, masacres, daños colaterales y otros barbaridades, ya no hay lugar para el delito político y los resistentes, cualquiera sea su causa, deben ser tratados como terroristas. “En este sentido, la figura del terrorista actualiza otras tantas figuras que se habían utilizado para *desaparecer* todo aquello que no se identificaba con lo que el Estado o el capital instituían o proyectaban”.<sup>20</sup>

Ya se saben todas las dificultades que plantea definir el terrorismo. Conocemos las guerras y los atropellos que se han realizado para combatirlo, pero probablemente no

<sup>19</sup> Orozco Abad, Iván (2006). *Combatientes, rebeldes y terroristas. Guerra y derecho penal en Colombia*. Temis, Bogotá, 2ª ed., págs. 42-43.

<sup>20</sup> Rodríguez, Esteban. *Estado del miedo: el terrorismo como nuevo rudimento legitimador del estado de malestar*. En: Pinedo, Jerónimo y at (2007). *Política de terror: las formas del terrorismo de Estado en la globalización*. Ad hoc, CIAJ, Buenos Aires, pág. 74.

sepamos de qué se trata. Y esto puede deberse, como dice Jesús Ibáñez, a que “la palabra terrorismo es, más que un sustantivo, una interjección. No designa, insulta. La palabra terrorista no tiene semántica. La prueba es que nadie afirma formar parte del conjunto que designa. Nadie dice ‘Yo soy terrorista’. Terrorista siempre es el enemigo”.<sup>21</sup>

Pareciera que el mundo de hoy, frente al delincuente político sólo le deja una alternativa: o se arrepiente, se entrega, confiesa y reconoce su derrota no sólo militar sino también ideológica y política frente al Estado, o es tratado como terrorista.

Y aquí, a riesgo de cierta paranoia (al paranoico, no necesariamente, no se le persigue) quisiera hablar de un aspecto de la arremetida imperial, que puede, a juzgar por lo que ha pasado con justicia premial, el sistema acusatorio, la justicia transicional, el entendimiento de los derechos de las víctimas como necesidad de castigo, por ejemplo) tiene el grave riesgo de extenderse y normalizarse.

Cuando hablamos de mundo concentracionario evocamos los campos de concentración de la Alemania Nazi y los Gulags del stalinismo. A veces quisiéramos pensar que son horrores del pasado debidamente sepultados. Pero parece que no fuera cierto: [...] Amnistía Internacional denunció que se realizaron 800 vuelos hacia y desde el espacio área de por lo menos ocho países europeos, para el traslado secreto de secuestrados, que la CIA llama “rendiciones”.<sup>22</sup>

Se han detectado 25 centros de detención clandestina en Afganistán y 17 en Irak,<sup>23</sup> aparte del famoso centro de tortura de Abu Grahib.

También se han descubierto centros de reclusión clandestinos en Tailandia, Kosovo, Polonia, Rumania y otros países de Europa Oriental<sup>24</sup> y se probado que “Se han utilizado aeropuertos de España e Italia para transportar clandestinamente personas acusadas a países como Libia, Rumania, Macedonia, Irlanda, Afganistán, Marruecos, Argelia, Egipto y Suecia”.<sup>25</sup>

De manera que el fenómeno no parece reducido a Guantánamo y que probablemente se pueda expandir.

Y cuando hablamos de campos de concentración, estamos en un mundo en el cual apenas hay ejercicio físico de la fuerza, sin ninguna posibilidad de hablar de derechos o garantías y ni siquiera de jueces y procesos.

Y a pesar de que son lugares de reclusión, sus lógicas, dinámicas y funcionamiento son completamente diferentes a las prisiones.

---

<sup>21</sup> Ibáñez, Jesús. *Los idiomas del terror*. Citado en: Rodríguez, Esteban. *Estado del miedo: el terrorismo como nuevo rudimento legitimador del estado de malestar*. En: Pinedo, Jerónimo y at. *Política de terror: las formas del terrorismo de Estado en la globalización*. Op. cit., pág. 74.

<sup>22</sup> Calveiro, Pilar. *La centralidad de la guerra y lo concentracionario en la reorganización global del poder*. En: Pinedo, Jerónimo y at. *Política de terror: las formas del terrorismo de Estado en la globalización*. Ob. Cit., pág. 62

<sup>23</sup> *Ibid.* pág. 57.

<sup>24</sup> *Ibid.* pág. 61.

<sup>25</sup> *Ibid.* pág. 62.

“El campo de concentración actualiza la vocación panóptica del control de las vidas que gestiona de manera omnisciente. Sin embargo, esta gestión no se instrumenta mediante un esquema disciplinario “suavidad-producción-provecho” que estructura cuerpos provechosos, vidas que reproducen el orden social a partir de la reproducción de su propia existencia. En cambio el campo de concentración parece gestionar al “cuerpo terrorista” a partir del principio de “exacción violencia” que Foucault asocia al modelo punitivo de los suplicios.”<sup>26</sup>

“De modo que el campo de concentración puede considerarse en sí mismo como un órgano productor de bases de datos sobre presuntos terroristas, que se convierten en listado de terroristas a ser capturados. Alimentado así el círculo de la guerra global.”<sup>27</sup>

Frente a esta distopía de los campos de concentración no podemos hablar de fines y funciones de la pena tal como solemos pensarlos. Eso demanda otros instrumentos de análisis para desentrañar este nuevo mundo oscuro que empieza a extender sus enormes tentáculos y obviamente nos plantea otras dificultades para pensar en las penas, tal como lo solíamos hacerlo.

Como conclusión, tal vez no me queda más que evocar nuevamente a Nietzsche: “Harán falta años, y tanteos, y transformaciones para determinar qué es lo que hay que castigar y cómo, y si castigar tiene algún sentido, y si es posible.”<sup>28</sup>

---

<sup>26</sup> Iulano, Rodolfo M. *Sordos gritos, confinamiento y derechos humanos bajo el estado de excepción imperial*. En: Pinedo, Jerónimo y at. *Política de terror: las formas del terrorismo de Estado en la globalización*. Ob. Cit. pgs. 287-287.

<sup>27</sup> *Ibidem*. págs. 288-289.

<sup>28</sup> Foucault, Michel. *La vida de los hombres infames. Ensayos sobre desviación y dominación*, .trad. de Julia Varela y Fernando Álvarez Uría, Madrid, Edit. La Piqueta, pág. 221.

## Referencias Bibliográficas

Aponte Cardona, Alejandro (2006). *Guerra y Derecho Penal de Enemigo. Reflexión crítica sobre el eficientismo penal de enemigo*. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá.

Becker, Gary citado En: Foucault, Michel (2007). *Nacimiento de la biopolítica*. Trad. Horacio Pons. FCE. Buenos Aires.

Calveiro, Pilar. *La centralidad de la guerra y lo concentracionario en la reorganización global del poder*". En: Pinedo, Jerónimo y at. *Política de terror: las formas del terrorismo de Estado en la globalización*.

Foucault, Michel Foucault. *La vida de los hombres infames. Ensayos sobre desviación y dominación*, .trad. de Julia Varela y Fernando Álvarez Uría, Madrid, Edit. La Piqueta.

Gil Trigos, Eduardo Arturo (1998). *Negociaciones de pena*. Señal Editora, Medellín.

González Zapata, Julio. *Verdad, justicia, paz y reparación en la mitología penal. A propósito de la ley 975 de 2005*. En: Estudios Políticos Nro. 27 (julio-diciembre 2005), Instituto de Estudios Políticos, Universidad de Antioquia.

\_\_\_\_\_ *La justicia transicional o la relegitimación del derecho penal*. En: Estudios Políticos Nro. 31 (julio-diciembre 2007). Instituto de Estudios Políticos, Universidad de Antioquia.

Ibáñez, Jesús. *Los idiomas del terror*. Citado en: Rodríguez, Esteban. *Estado del miedo: el terrorismo como nuevo rudimento legitimador del estado de malestar*. En: Pinedo, Jerónimo y at. *Política de terror: las formas del terrorismo de Estado en la globalización*.

Iulano, Rodolfo M. *Sordos gritos, confinamiento y derechos humanos bajo el estado de excepción imperial*. En: Pinedo, Jerónimo y at. *Política de terror: las formas del terrorismo de Estado en la globalización*.

Orozco Abad, Iván (2006). *Combatientes, rebeldes y terroristas. Guerra y derecho penal en Colombia*. Temis, Bogotá, 2ª ed.

Rodríguez, Esteban. *Estado del miedo: el terrorismo como nuevo rudimento legitimador del estado de malestar*. En: Pinedo, Jerónimo y at (2007). *Política de terror: las formas del terrorismo de Estado en la globalización*. Ad hoc, CIAJ, Buenos Aires.

Roxin, Claus (1997). *Parte general. Tomo I. fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Trad. Diego-Manuel Luzón peña y otros, civitas, Madrid. Especialmente página 95 y s.s.

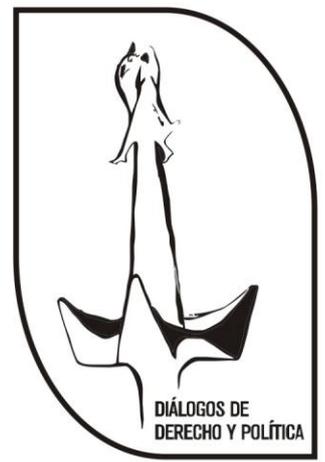
Snodgrass Godoy, Angélica. *Una perspectiva "invertida" de la justicia transaccional*. En: Rettberg, Angelika (2005) (comp.). *Entre el perdón y el paredón: preguntas y dilemas de la justicia transicional*. Universidad de los Andes, Bogotá.

Sotomayor Acosta, Juan Oberto. *Las recientes reformas penales en Colombia: un ejemplo de irracionalidad legislativa*. En: Díez Ripollés, José Luis y García Pérez, Octavio (2008). *La política legislativa penal Iberoamericana en el cambio de siglo. Una perspectiva comparada (2000-2006)*. Edisofer-BdeF. Montevideo- Buenos Aires.

Stegler citado En: Foucault, Michel (2007). *Nacimiento de la biopolítica*. Trad. Horacio Pons. FCE. Buenos Aires, pág. 292.

Titel, Ruti G. *Genealogía de la Justicia Transaccional*. Consultado el 17 de septiembre de 2007 en: [http://www.publicacionescdh.uchile.cl/libros/18ensayos/teite\\_Geneología.pdh](http://www.publicacionescdh.uchile.cl/libros/18ensayos/teite_Geneología.pdh)

Uprimny, Rodrigo y Saffón, María Paula. *Justicia transaccional y justicia restaurativa: tensiones y complementariedades*. En: Rettberg, Angelika (2005) (comp.). *Entre el perdón y el paredón: preguntas y dilemas de la justicia transicional*. Universidad de los Andes, Bogotá.



## ¿Nos repugna realmente la prisión? Un recordatorio abolicionista

**William Fredy Pérez Toro**

Profesor Instituto de Estudios Políticos, Universidad de Antioquia

Investigador Grupo *Hegemonía, Guerras y Conflictos*

Correo electrónico: [william.perez@udea.edu.co](mailto:william.perez@udea.edu.co)

## Resumen

El artículo examina la solidez de la afirmación común según la cual la prisión es un lugar, un mecanismo o una forma de castigo repugnante. Igualmente, se pregunta por las razones que impiden que se la conozca o que hacen que, aun conociendo sus irracionalidades o perversidades, se la tolere.

**Palabras clave:** cárcel; abolición; castigo; ejecución penal.

## ¿Nos repugna realmente la prisión? Un recordatorio abolicionista \*

*En Francia, hace poco, vi este anuncio en un enorme cartel, ante una obra: “El Estado trabaja para tu futuro”. ¡Construían una cárcel!*  
Norman Bishop<sup>1</sup>

Hace algún tiempo he estado pensando en trivialidades, lugares comunes, tópicos, frases de cajón, obviedades y verdades de Perogrullo. Me embelesan cosas que se repiten, tonterías. Para poner un ejemplo, expresiones que se lanzan de paso y de lejos: “¿que más?”, “¿cómo estás?”, “¿que ha habido?”, es decir, preguntas que hacemos a condición de que no sean respondidas. Eso me llama la atención.

Lugares comunes me causan inquietud últimamente. Afirmaciones del tipo “en Medellín la gente mata por ver caer el muerto”; “en este país la gente se muere más de envidia que de cáncer”; “hierba mala nunca muere”; “el que ríe de último ríe mejor”; “el que mucho abarca poco aprieta”. O tópicos más especializados pero igualmente reiterados como, por citar apenas un ejemplo: “el que no conoce la historia está condenado a repetirla”. Afirmaciones todas esas, en fin, que si uno revisa detenidamente no logran sostenerse.

En efecto, no hay evidencia contundente de que en Medellín la gente, así en términos genéricos, mate. Ni que lo haga por el placer, la gracia o el simple hecho de ver un cuerpo que va a tierra. Tampoco parece posible probar, si se examinan algunos datos y procesos, que la envidia sea una causa relevante de muerte en Colombia, y mucho menos que ella mate más que el cáncer. De otra parte, es realmente imposible tener certeza sobre cuál es la hierba mala; y aún en el caso de una estipulación sobre la maldad, es casi seguro que una tal hierba –en tanto hierba- sí muera. Menos que la buena, puede ser, pero moriría. Está probado además que hay gente que aprieta tanto como abarca, y que no podríamos saber confiablemente cómo comparar una risa con otra para calificar la “mejor”, o cuál sería el último momento del episodio que la causa. Y sobre aquella condena referida a la historia, es verificable que hay mucha gente que no la conoce y a la cual sin embargo no le vendría nada mal la repetición de algunos pedacitos del pasado. Pero nada que vuelven. El punto en fin es que se me hacen llamativas esas frases de cajón con las que nos vamos formando cierta imagen del mundo, así tengan un sentido puramente metafórico o figurado.

Pero en medio de todas esas naderías, hay también verdades de Perogrullo que resultan mucho más sólidas y que son útiles para volver sobre los temas y problemas que ellas mismas ordenan y sintetizan. Para examinar por ejemplo las relaciones y distancias entre

---

\* Este texto forma parte del trabajo que el autor desarrolla en la línea de investigación *Criminalidad, Violencia y Política criminal*, el cual se hace posible gracias al apoyo del Comité para el Desarrollo de la Investigación CODI de la Universidad de Antioquia, a través de la “Estrategia de sostenibilidad 2011-2012”.

<sup>1</sup> Entrevista de Víctor M. Amela. *Tener más presos no es tener más seguridad*. Barcelona, *La Vanguardia*, 17 de abril de 2006.

la política y el derecho, se me figuran importantes ideas tan habituales como, por ejemplo, que *la ley es hecha por alguien, es hecha para algo y es aplicada sobre algunos*.

Ahora que lo pienso, es posible que esta relevancia de lo palmario me haya perseguido, sin darme cuenta, desde hace muchos años. Tal vez desde que oí a Eugenio Raúl Zaffaroni dictar una conferencia que él mismo intituló con esta obviedad: “Las penas crueles, son penas”.<sup>2</sup> Pero en todo caso creo que la razón para fijarme definitivamente en tanta cosa “ya sabida” tiene que ver con el impacto que me producían unos protectores de pantalla que empecé a poner en el computador de su oficina el maestro Julio González Zapata. Recuerdo algunos: “la esperanza no es lo último que se pierde”, “no todo tiempo pasado fue mejor”... y así.

Mi conclusión entonces, por ahora, es que los lugares comunes importan: de una parte porque constituyen, en el largo plazo y casi imperceptiblemente, esquemas de comprensión, ideas del mundo que tenemos en mente; y de otra parte, porque el examen de su consistencia puede ser una oportunidad para volver sobre datos olvidados, para recopilar nueva información, para reinterpretar problemas que se suponen ya superados o temas que se entienden consabidos o -como se suele decir altaneramente en la academia-, “revaluados”.

Tal vez sea ese vicio pues el que hay tras la pregunta con la cual se anuncian estas líneas (¿nos repugna realmente la prisión?) o, lo que es lo mismo, tras la afirmación según la cual *la prisión es horrible, odiosa, indeseable, nefasta, malhadada, etc.* Formular aquella pregunta, en efecto, implica asumir que esta apreciación de la prisión como *horrible, odiosa o indeseable* es un lugar común, una verdad de Perogrullo, un tópico, una obviedad.

Y, por supuesto, no habría mucho misterio en eso: al parecer es muy difícil empeorar las prisiones; al parecer se las percibe generalmente feas, chocantes, infames; al parecer muchos las diseñan y mantienen, porque las deben diseñar y mantener asquerosas, nefandas, indecentes...<sup>3</sup>; y al parecer hay efectivamente un consenso extraordinario en torno de ese carácter horripilante, odioso, indigno, bochornoso o indeseable de la prisión. Es una idea trillada, habitual. Una expresión corriente que, no obstante, vale la pena revisar. Sobre todo en relación con el sentido o la franqueza con la cual decimos eso que decimos de la prisión. Por eso la pregunta: ¿Nos repugna realmente la prisión?

## 1. Depende

En ámbitos que nos resultan bastante familiares, alguna vez hemos oído decir a la vecina, al compañero de trabajo, al pariente, al amigo, y por supuesto a muchas personas apresadas, esto: “¡la cárcel no se le desea a nadie!”. Hemos oído eso, y muy probablemente lo hayamos dicho también.

<sup>2</sup> Eugenio R. Zaffaroni (1992). *Las penas crueles son penas*. Seminario internacional de derecho penal e interpretación constitucional. Manizales, Universidad de Manizales, agosto 12 y 13.

<sup>3</sup> Jeff Goodale, un director de diseño de correccionales, diría esto: “«Al final del día, mis clientes son mis clientes. Se nos ha dicho que no podemos hacer que las prisiones se vean demasiado bien, porque el público no lo aceptaría»”. Citado en: Jim Lewis. *Una prisión de la que nadie quiere escapar (o eso temen sus críticos)*. *Etiqueta Negra*, 176, septiembre de 2009, pág. 22 [en línea]. Consultado en: <http://www.elboomeran.com/upload/ficheros/noticias/inquilinos.pdf>

No hay que llenar esto aquí de textos, citas o transcripciones de entrevistas para mostrarlo. Pero conviene traer a cuento una sola referencia –encontrada casualmente hace poco-, para aclarar que cuando aquí se dice “ámbitos bastante familiares”, no se alude sólo a determinados grupos sociales; y para ilustrar desde ahora cómo es que las personas mantenemos un tópico general sobre la cárcel, al tiempo que le damos un alcance bastante específico: el ex presidente del equipo de fútbol Real Betis, Hugo Galera, refiriéndose a Manuel Ruiz de Lopera, otro ex presidente con quien mantiene un pleito que podría terminar en un castigo penal, decía esto: “No le deseo la cárcel a nadie, *pero en este caso me lo tendría que pensar*”.<sup>4</sup>

No hay que citar muchas fuentes, se reitera, para documentar el hecho de que así como doña Cecilia, el tío, el amigo, las personas encarceladas y nosotros mismos sostenemos que “la cárcel no se le desea a nadie”, así mismo *en determinados casos* lanzamos, sin dudarlos, expresiones del tipo “ojalá se pudra en la cárcel ese hijueputa”. Por eso la pregunta: ¿Nos repugna realmente la prisión?

Cuando afirmamos que el sistema penal es selectivo, que la ley penal escoge, es usual que olvidemos al público de ese sistema y de esa ley; un público que suele reproducir también lógicas de selección. Es frecuente que nos deshagamos de nosotros mismos o de nuestras propias discriminaciones en el mismo acto de imputación a un sistema que, sin embargo, no tiene vida sin la difusión de su sentido entre nosotros mismos, entre su público. ¿Nos repugna realmente la prisión?

Aún en el caso de algunos grupos sociales en los cuales parecería paradójica la petición de castigo penal, Loïc Wacquant ha interpretado el fenómeno de esta manera:

(...) el miedo de caer aún más abajo, es el miedo a que el desorden les quite lo poco que tienen. Por eso se pide una policía represiva, sin ver que la represión es para hijos y vecinos. La clase superior mira esto como un espectáculo, como se mira una serie por televisión (...). Como al Estado no se le puede pedir hoy seguridad social, en su defecto se le pide la penalización de los ladrones, y si el Estado no lo hace, se hace por cuenta propia”.<sup>5</sup>

Desde luego que, como lo ilustra el caso de aquel directivo del equipo de fútbol español, en altas esferas también “depende, todo depende”. María del Pilar, Andrés Felipe, Rito Alejo, Bernardo, Mario, Luis Carlos, y sus jefes, huyen de ese horrible lugar o reniegan por estar allí. ¿Pero les repugna realmente la prisión? A ellos que diseñaron, alimentaron, promocionaron, regentaron o refinaron la maquinaria penal y que después denuncian sus desafueros, su descontrol, sus efectos perversos ¿les repugna realmente la prisión? En todo caso alguna contradicción hay en las palabras de un ex ministro que un día dice “si creen que han visto mano dura, no han visto nada todavía”,<sup>6</sup> y más tarde no admite que un hombre como él, encontrado culpable, pueda padecer los efectos del mecanismo con el

<sup>4</sup> Galera: «No deseo la cárcel a nadie, pero en el caso de Lopera me lo tendría que pensar». *El Desmarque Sevilla*, 1 de diciembre de 2011 [en línea]. Consultado en: <http://eldesmarque.es/noticias-el-desmarque-tv/42263-galera-qno-deseo-la-carcel-a-nadie-pero-en-el-caso-de-lopera-me-lo-tendria-que-pensarq-ver-video>

<sup>5</sup> Wacquant, Loïc. *La tolerancia cero es más cara que un plan social*. Entrevista con Leonardo Moledo. *Página 12*, Buenos Aires, 31 de marzo de 2001.

<sup>6</sup> Arias, Andrés Felipe. *Radio Super*, 15 de febrero de 2010. Entrevista con Henri Pava Camelo.

cual amenazaba; del mecanismo que, dependiendo de las circunstancias, puede resultar inadmisibles.<sup>7</sup> No les repugna *realmente* la prisión.

## 2. A veces

Muchas madres, muchos hijos o amigos de los presos se encuentran sin duda persuadidos del carácter horrible de la prisión. Pero también teleaudiencias, oyentes y lectores se estremecen, no faltaba más, de lo odiosa que resulta esa especie de castigo. Por lo menos mientras pasan las imágenes o mientras se sabe de las más de 360 (¡trescientas sesenta y más!) personas que murieron en la granja penal de Comayagua en Honduras, hace apenas unos días; o mientras dan la noticia de los 44 internos que perecieron violentamente en el penal de Apodaca, en Monterrey, México, el 19 de febrero de este mismo año 2012; o de los 81 muertos en la cárcel de San Miguel, en Santiago de Chile, el 8 de diciembre de 2010; o de las 55 personas muertas en 2005 en las cárceles de San Martín, Coronda y la Unidad Penitenciaria Veintiocho en Argentina; o de los 25 presos que murieron el 27 de abril de 2000 en la cárcel Modelo de Bogotá; o de los 108 internos muertos en la cárcel de Sabaneta, en Venezuela, el 3 de enero de 1994; o de los 111 reclusos asesinados después de que la policía militar se tomara la casa de detención Carandiru, en Sao Pablo el 2 de octubre de 1992, o de los 254 internos muertos el 19 de junio de 1986 en los penales de El Frontón, Lurigacho y Santa Bárbara en Perú, etc. En efecto, cuando se la ve, la prisión conmueve. Por horrible y odiosa. Pero sólo a ratos.

Pese a que la cárcel es una tragedia permanente, no se la exhibe así, diferida. No se sabe, o no nos interesa saber de ese infierno que burbujea todo el año: no se sabe o no nos interesa conocer que en Colombia, por ejemplo, en cinco años (entre 2003 y 2008) murieron 658 internos y que al momento de sus fallecimientos, el 35% de ellos tenían condición jurídica de sindicados.<sup>8</sup> O que sólo en 2010 –y según registros oficiales– fallecieron 151 internos en las cárceles del país, que se registraron suicidios, intoxicaciones, accidentes, homicidios; que hubo 1.288 heridos en hechos violentos. No se dice que entre esas paredes, todo el año, hay incursiones abruptas del Grupo de Reacción Inmediata (1.5 por semana en 2010) o del personal de guardia (53,7); que en ese recinto en el cual a veces difícilmente entra el sol, el mercado y sus monopolios naturales ingresan sin problema: 406.869 gramos de sustancias estupefacientes incautadas en 2010; 72.923 litros de bebidas alcohólicas y 142.750.335 millones de pesos en efectivo; 32.777 armas corto-punzantes y 27 armas de fuego. Que convivían en ese mismo año 84.444 presos, con 10.627 efectivos del Cuerpo de Custodia y vigilancia, y que se produjeron 310.240 remisiones de internos con diversos objetivos.<sup>9</sup>

Thomas Mathiesen sabía que datos o informaciones de ese tipo son “en gran medida un secreto”. Y suponía lo siguiente:

<sup>7</sup> Cuando ex ministros, ex congresistas, ex presidentes y ex oficiales se quejan de ese odioso mundo que los amenaza o que habitan ¿a qué se refieren? ¿Qué extrañan? “Seguramente extrañan la única garantía que habitualmente consideraron básica (...): la garantía del ejercicio, a su manera, del poder político”. Pérez, William F. *De torpezas, caraduras y quejumbrosos* [en línea]. Consultado en: <http://www.udea.edu.co>

<sup>8</sup> Véase: Luis Hernando Barreto y Sneider Rivera (2009). *Una mirada a la impunidad en el marco del Sistema Penal Oral Acusatorio en Colombia*. Bogotá, Ministerio del Interior y de Justicia.

<sup>9</sup> Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC. *Informe rendición de cuentas vigencia 2010*. Bogotá, mayo 12 de 2011.

“(...) si la gente en realidad supiera lo mal que la protege la prisión -así como otras partes del sistema de control criminal-; si supieran que la prisión sólo crea una sociedad más peligrosa produciendo personas más peligrosas, se produciría necesariamente un clima para dismantelar las prisiones. Porque la gente, en contraste con las prisiones, es racional en este tema (...)”.<sup>10</sup>

Pero si es a condición de que se sepa, y sólo algunos lo saben o quieren saberlo... ¿repugna realmente la prisión?

Finalmente, aunque no siempre ni todos estamos dispuestos a enterarnos siquiera de aquellas primeras sangrías tan vistosas, es llamativo que hasta los más conservadores canales de televisión en Colombia parezcan interesados en repudiarlas... Pero eso sí, preferiblemente cuando se trata de cárceles cubanas, ecuatorianas, bolivianas, iraníes o venezolanas. No todas las cárceles conmueven y apenas a ratos lo hacen algunas de ellas. ¿Nos repugna realmente la prisión?

### 3. ¿Por qué?

Pero aun cuando se le eche un vistazo en sus “días normales”, la cárcel puede dejar de existir si se la presenta como una oportunidad o si se la concibe como un privilegio inmerecido. Como se sabe, el horrible y odioso carácter de la prisión puede neutralizarse rápidamente con la muestra de las bondades rehabilitadoras del encierro: el aparato que se aprende a operar, el título de bachiller que se obtiene, la artesanía que se exhibe en la feria, el Pastor que se hizo allí, la obra teatral que se inauguró en la fiesta de las Mercedes, en fin. Sobre la idea de que la prisión *mal que bien* le sirve o le ha servido para algo a un preso, a una familia o inclusive a la sociedad, se forman mecanismos de neutralización del tipo: “ojalá que al pobre Antonio le sirva esa experiencia”. ¿Nos repugna realmente la prisión?

Aun más, es posible que la prisión sea percibida como injustificadamente amable o comfortable. Un titular de prensa que describía siete panales del mundo, los anunciaba como “Las cárceles donde a cualquiera le gustaría estar preso”. El primer párrafo de la nota consideraba que: “estar en prisión es probablemente el peor castigo para un ser humano, pero existen algunas cárceles de inusual comodidad que provocarían la envidia de cualquier persona que no esté tras las rejas”.<sup>11</sup> Igualmente, ante las condiciones de ciertos centros de detención es usual oír afirmaciones como: “después de todo el crimen sí paga”, “en esas condiciones lo mejor es ponerse a delinquir”, “uno aquí jodido y ellos allá pasando bueno”. Pero como explica Jim Lewis, ese es un reflejo comprensible, que resulta sin embargo tonto y falso: “Tan falto de sentido como mirar el ala nueva de un hospital y decir: «Vaya, desearía tener cáncer»”.<sup>12</sup>

<sup>10</sup> Mathiesen, Thomas. *La abolición: ¿un sueño imposible?* En: *Revista Garantías*. Defensoría del poder judicial de la provincia de Buenos Aires [en línea]. Consultado en: <http://www.pjba.gov.ar/dcas/revista/1999/10/index.htm>

<sup>11</sup> Se trata de los penales de Halden Felgset, en Noruega (que, dice el documento, “cuenta con instalaciones dignas de un hotel de cinco estrellas”); el Centro de Justicia Leoben, en Austria; la Cárcel ecológica de la isla noruega de Bastoey; la Prisión teatral, de Cebú, en Filipinas; la Cárcel de San Antonio, en Isla Margarita, Venezuela; la Prisión de San Pedro, en La Paz, Bolivia; y la Cárcel de Aranjuez, en España. “Las cárceles donde a cualquiera le gustaría estar preso” *Revista Omnia*, 24 de agosto de 2011 [en línea]. Consultado en: <http://www.omnia.com.mx/noticias/las-carceles-donde-cualquiera-le-gustaria-estar-presos/>

<sup>12</sup> Lewis, Jim *Op.*, cit.

Nosotros mismos probablemente hayamos dicho eso a veces, cuando nos enteramos de las condiciones de detención de algunos privilegiados o cuando reaccionamos frente a la indulgencia otorgada a gente que detestamos; es decir que probablemente hayamos dicho lo mismo que han dicho esos privilegiados o esos que detestamos, mientras no se encuentran en prisión. Es un tópico: “no se puede ser tan blando, ni ofrecer tantas garantías”,<sup>13</sup> el Sistema Penal “es sumamente garantista y humanista” (...) <sup>14</sup> Obviamente estas expresiones no son muestra de que la prisión les repugne a esas personas.

#### 4. Esta o aquella, pero no *la* prisión

Un jurista y ex ministro como Jorge Enrique Gutiérrez Anzola, diría hace ya varias décadas: “debemos reconocer cómo en Colombia por sus singulares condiciones penitenciarias, un sólo día de prisión en cualquiera de nuestras cárceles, hace pensar al recluso en la pena de muerte como preferible a la de privación de la libertad”.<sup>15</sup> O de otra manera, Fernando Londoño (¡sí, el ex ministro!) afirmaría hace apenas unos años, que hay un error en identificar el castigo con la venganza “propia de un discurso en el que lo principal es reaccionar contra el delincuente con un dolor similar al que él produjo en la víctima”. Y declararía contundentemente que la pena privativa de la libertad como respuesta exclusiva al delito “ha fracasado”.<sup>16</sup> Plinio Apuleyo, por su parte, ha calificado más recientemente como “una triste y alarmante verdad” el hecho de que hoy “en Colombia a nadie se le niega un auto de detención”.<sup>17</sup> Pero podemos creer, nosotros que hemos oído o leído sus discursos públicos, ¿Qué les repugna realmente la prisión?

Seguramente es *ésta o aquella* prisión, estas o aquellas circunstancias, este o aquel uso adverso, estos o aquellos casos, lo que les parece horrible. Pero no es *la* prisión lo que les repugna realmente. Ya sabemos que muchos jueces también, tanto como aquellos cuáqueros fundadores en Pensilvania de hace un par de siglos, o como los correccionalistas más recientes, hablan bastante mal de *algunas* prisiones. Sobre todo porque la degradación moral, la promiscuidad, la dejación, el pecado o el ambiente impedirían una genuina *poenitentia* o serían obstáculo para una re hechura de la gente normal. Pero ¿les repugna realmente *la* prisión; no *ésta o aquella*, sino *la* prisión?

<sup>13</sup> Martínez, Luis Eduardo (comandante de la Policía Metropolitana del Valle del Aburrá): “El Legislativo no contó con que en Medellín hay casi que una delincuencia genética y no se puede ser tan blando, ni ofrecer tantas garantías con quien comete un delito”. Citado por: Juan Diego Restrepo. *Alcalde de Medellín, fuera de control*. En: *Semana*, 29 de enero de 2010 [en línea]. Consultado en: <http://www.semana.com/noticias-opinion-on-line/alcaldemedellin-fuera-control/134280.aspx>

<sup>14</sup> Verano de la Rosa, Eduardo (Gobernador del Atlántico). [en línea]. Consultado en: <http://www.elheraldo.com.co/elheraldo/BancoConocimiento/L/lasabana745/lasabana745.asp>

<sup>15</sup> Intervención de Gutiérrez Anzola en la Comisión redactora del Código Penal de 1980, Comisión 1979, acta N.º 5, p. 532. Citado en: Libardo J. Ariza y Manuel Iturralde (2011). *Los muros de la infamia: prisiones en Colombia y en América Latina*. Bogotá, CIJUS, Uniandes, pág. 52

<sup>16</sup> Londoño, Fernando. “Exposición de motivos. Proyecto de ley estatutaria 85 de 2003 Senado (por la cual se dictan disposiciones en procura de la reincorporación de miembros de grupos armados que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional)”. *Gaceta del Congreso*, 436, 27/08/2003. Consultado en: [http://winaricaurte.imprenta.gov.co:7778/gacetap/gaceta.nivel\\_2](http://winaricaurte.imprenta.gov.co:7778/gacetap/gaceta.nivel_2)

<sup>17</sup> Apuleyo, Plinio. *Mentiras han llevado a la cárcel a civiles y militares inocentes*. En: *Cambio*, 19 de noviembre de 2008. Consultado en: [http://www.cambio.com.co/informeespecialcambio/803/ARTICULO-WEB-NOTA\\_INTERIOR\\_CAMBIO-4675035.html](http://www.cambio.com.co/informeespecialcambio/803/ARTICULO-WEB-NOTA_INTERIOR_CAMBIO-4675035.html)

De hecho, algunos reconocidos consultores también manifiestan un recelo que podría ilusionarnos en relación con una respuesta positiva a la pregunta que tanto se ha reiterado aquí:

“Esta tendencia legislativa (de tipificar nuevas conductas y aumentar las penas para determinados tipos penales existentes) va en contra de una concepción del derecho penal como ultima ratio, puesto que parece que se buscara convertir el castigo de conductas en la regla general del derecho colombiano. El llamado que se debe hacer a los actores que proponen este tipo de reformas, es a que las decisiones de penalizar conductas e incrementar penas deben obedecer a un análisis sobre si realmente se presentan afectaciones a los bienes jurídicos protegidos que no pueden ser solucionadas por otras especialidades del derecho”.<sup>18</sup>

La cita es tomada de un reciente informe de la Corporación Excelencia en la Justicia. Sin embargo ¿podríamos persuadirnos de que a la junta directiva de esta corporación le repugnaría realmente la prisión? Es decir, a la B.P. Exploration Company Colombia S.A., al BBVA Colombia, a la Cámara de Comercio de Bogotá, a la Casa Editorial El Tiempo Ltda., a la Organización Corona, a la Fundación Suramericana, a la Fundación Grupo Nacional de Chocolates, a Sociedades Bolívar-Davivienda (...)<sup>19</sup>

### 5. ¿Y lo que sabemos?, ¿y lo que hacemos?

La criminología, la penología, la sociología criminal e inclusive muchos penalistas, saben y repiten lo que hace mucho Lloyd W. McCorkle y Richard R. Korn (en 1954) captaron: “De muchos modos, se puede ver que el sistema social de los internos brinda una forma de vida que permite al interno (...) rechazar a quienes lo rechazan más que a sí mismo”.<sup>20</sup> Saben y repiten, prueban y vuelven a probar esas disciplinas lo que Ervin Goffman supiera hace décadas: que las “normas de la casa”, las recompensas y privilegios a cambio de obediencia, los castigos sobrepuestos, la jerga institucional, el nuevo acervo de información sobre ese mundo próximo y su estratificación, las prácticas subterráneas, el alivio de responsabilidades económicas y sociales previas, los procesos de confraternidad, ayuda mutua y de una comunidad de destino compartida en la cárcel, van formando la cultura del recluso, su adaptación. Saben y repiten pues, como Goffman, que el encierro y los regímenes internos, desnudan y visten de nuevo al recluso con un traje difícilmente desechable en el futuro:

“(...) lo que el ex-interno conserva de su experiencia institucional, nos dice cosas muy importantes de las instituciones totales. (...) no sólo su posición social dentro de esos muros difiere radicalmente de la que ocupaba fuera, sino que además, como tendrá que aprenderlo con amargura cuando salga –si sale-, su posición social

<sup>18</sup> Corporación Excelencia en la Justicia, CEJ. *Balance de los primeros cinco años de funcionamiento del Sistema Penal Acusatorio en Colombia*. Bogotá, CEJ, 2011 [en línea]. Disponible en: <http://www.cej.org.co/publicaciones/libros>

<sup>19</sup> La Corporación cuenta también con un Consejo Asesor “conformado por un número plural de personas naturales, seleccionadas por la Junta Directiva, entre las personalidades más representativas de diferentes estamentos del país, cuya transparencia, trayectoria y capacidades garanticen todos los colombianos y con el nuevo entorno de competitividad y globalización. En la actualidad el consejo está integrado por: Humberto De La Calle, Manuel José Cepeda, Rafael Nieto Loaiza, Juan Carlos Esguerra, Juan Carlos Echeverri”. Véase la información correspondiente [en línea]: en: <http://www.cej.org.co/quienes/organos>.

<sup>20</sup> Citado por: Thomas Mathiesen. *La abolición (...)* Op. cit.

en el mundo exterior no volverá a ser nunca la misma que antes de su ingreso (...). Es posible que la liberación se le presente, en suma, como el traslado desde el nivel más alto de un pequeño mundo, hasta el nivel más bajo de un mundo grande”.<sup>21</sup>

Y esto no sólo lo saben criminólogos, penalistas, sociólogos, trabajadores sociales y jueces; eso lo saben políticos y gobernantes, y cada vez lo sabe más gente. Los guardias de prisiones lo saben, así como saben que ellos mismos -los guardias- “purgan cadenas perpetuas, en turnos de ocho horas”.<sup>22</sup> ¿Y entonces?

Sabemos también, y aparece en la prensa cada tanto, que la prisión no deja de crecer.<sup>23</sup> Que da tumbos, tiene fluctuaciones momentáneas, resfriados pasajeros, pero siempre retoma su camino ascendente. Y, como se ve, no es sólo que crezca el número de presos, es que también crece la tasa. Por cada cien mil habitantes hay cada vez más gente presa. Crece la cárcel, como cualquier fenómeno de esos cuya demanda produce buena parte del problema que se espera resolver. Como la vigilancia privada, como la mafia, como las tragedias propias de cualquier mercado desenfrenado. ¿Y entonces?

Sabemos adicionalmente, y repetimos, que el hipotético mensaje preventivo, disuasivo o intimidatorio de la prisión llega muy distorsionado o no llega a los grupos que el propio mensaje tiene en mente. Es decir, que como suele afirmarse, la cárcel previene básicamente en relación con quienes no delinquen. O por lo menos es lo que pareciera desprenderse del hecho de que se extraiga recurrentemente a la mayoría de la población carcelaria de unos mismos grupos sociales, o que ciertas características sociales determinen la mayor probabilidad de que una persona sea capturada y condenada.

Como lo mostraba Mathiesen, muchos estudios han documentado que sólo en relación con muy pocas conductas la probabilidad de ser pillado en la infracción parece hacer que *algunas personas* sigan las instrucciones o las advertencias del orden normativo, y que en todo caso eso no se logra con la severidad de un castigo. Y, sin embargo, es precisamente la severidad la que se acentúa en el caso de la pena de prisión: “Mientras que la probabilidad esperada de castigo -el riesgo de detección esperada- parece mostrar *un muy modesto* efecto en algunos contextos, la severidad esperada del castigo, que da en el corazón mismo del tema carcelario, en realidad muestra ningún efecto”.<sup>24</sup> Pero en todo caso, el mensaje que sí parece transmitir la prisión es el de que la violencia es un medio adecuado para resolver conflictos. ¿Y entonces?

Sabemos también que es falsa la afirmación según la cual “una fiera enjaulada es una fiera incapacitada” o “que una jauría cercada es una jauría inhabilitada”. “Sacar de circulación”, es un objetivo de la prisión adecuado a los intereses de quienes critican el gasto social, pues suponen que ese gasto se reduciría drásticamente en cuanto se abandonen los programas de tratamiento o rehabilitación. Pero al parecer, fieras y jaurías apresadas con fines de incapacitación no sólo implican construir, adecuar y sostener más jaulas, y contratar más vigilantes, sino un rápido desengaño en relación con la

<sup>21</sup> Goffman, Erving (1972). *Internados*. Amorrortu, Buenos Aires, págs. 80-81 (el texto apareció originalmente en 1961)

<sup>22</sup> Jacobson, Michael. Citado en: Jim Lewis (...) Op. cit.

<sup>23</sup> Véanse datos, cálculos y hacinamiento previsto, en los documentos CONPES 3412 de 2004 y 3277 de 2006.

<sup>24</sup> Mathiesen, Thomas. *La abolición* (...) Op. cit.

criminalidad: las causas del delito no son apresadas y, por tanto, esos defensores de la incapacitación se sorprenden cada vez que aparece una nueva generación de delincuentes. Las cifras de presos (que superó hace años los 2'000.000) y de delitos en USA, *el país de la incapacitación o de la inhabilitación*, no mienten: Muchos presos, y un efecto sumamente limitado de la cárcel sobre la criminalidad. ¿Y entonces?

Sabemos adicionalmente que la prisión concebida inclusive como depósito, como un estanco para neutralizar o inhabilitar gente, resulta bastante cuestionada si verificamos quién tiene realmente poder de mando en las cárceles –o aún *desde* las cárceles- colombianas, bolivianas, ecuatorianas, chilenas, mejicanas, brasileras, etc.<sup>25</sup> Pero además, a los defensores de las bodegas “en las cuales y desde las cuales ya nadie podría delinquir”, no les gustará recordar un “paro de transporte” que se ordenó desde la cárcel Bellavista en Medellín hace pocos años, o prefieren no repasar los argumentos que –simulada o realmente- justificaron unas famosas extradiciones desde Colombia hacia los Estados Unidos: “están delinquiendo desde la prisión”. Hace ya mucho tiempo que un fajo de billetes, un teléfono móvil o una amenaza creíble, son más eficaces que las almádanas o los túneles para doblegar “la libertad de abandono”. ¿Y entonces?

Sabemos igualmente que retribuir ha sido otro argumento del castigo. Pero en todo caso, imprecisable. Las escalas de merecimiento o las “estructuras de aflicción” pueden brindarnos tranquilidad, pero casi todos los expertos admiten el quantum justo de la prisión es una gota de mercurio. La venganza no tiene medida posible. ¿Y entonces?

Sabemos también que la cárcel nos cuesta mucho. Que a principios de este siglo, en 2003, en cálculos de los propios expertos del Departamento Nacional de Planeación colombiano, el costo aproximado de atención por interno en Colombia fluctuaba entre los 6.3 y 8 millones de pesos,<sup>26</sup> y que, según cifras del INPEC, desde mediados de la década ese costo superó los 10 millones.<sup>27</sup> Y sabemos que los presupuestos del INPEC entre 2001 y 2008, sólo en funcionamiento e infraestructura carcelaria, superó los 5 billones de pesos; y que ese funcionamiento del sistema penitenciario se financia especialmente con dineros provenientes del impuesto al valor agregado IVA, impuesto de renta y complementarios, retención en la fuente, impuesto predial, impuesto de industria y comercio –avisos y tableros-, impuesto de vehículos automotores, impuesto de delineación urbana e Impuesto de sobretasa a la gasolina.<sup>28</sup> Como decía hace mucho tiempo un abolicionista, sabemos en fin que “hay mejores maneras de gastar el dinero”.<sup>29</sup> ¿Y entonces?

---

<sup>25</sup> Véase: Núñez Vega, Jorge. *Las cárceles en la época del narcotráfico: una mirada etnográfica*. En: *Nueva Sociedad*, 208, marzo-abril de 2007.

<sup>26</sup> León, Pablo A. y Pfeiffer Bustos, Christian. *Estudio de Antecedentes Sistema Penitenciario y Carcelario Colombiano*. Bogotá, Congreso de la República de Colombia, 4 de diciembre de 2003.

<sup>27</sup> Uprimny, Rodrigo y Guzmán, Diana E. *Políticas de drogas y situación carcelaria en Colombia*. En: Metaal, Pien y Youngers, Coletta (edit.). *Sistemas sobrecargados. Leyes de drogas y cárceles en América Latina*. Amsterdam/Washington, Washington Office on Latin America - Transnational Institute, 2010.

<sup>28</sup> Escuela Penitenciaria Nacional Enrique Low Murtra. *Actualización administrativa y financiera*. Boletín 14, abril de 2008. Véanse igualmente los Documentos CONPES 3412 de 2004 y 3277 de 2006. O, un poco antes, repárese en esta nota de prensa sobre la financiación de la prisión: *Con alza en costos notariales se pagará plan carcelario (...)* En: *El Colombiano*, Medellín, julio 15, 2000, pág. 3B.

<sup>29</sup> Mathiesen, Thomas (1989). *La política del abolicionismo*. En: *Abolicionismo penal*. Buenos Aires, Ediar, pág. 109.

Sabemos finalmente que al comparar el costo anual por recluso con el ingreso por habitante de todos los colombianos sobresalen dos hechos notorios:

“(…) el primero es que para todos los años del período comprendido entre 1996 y 2008 es mayor el costo por recluso frente al ingreso por habitante; el segundo es que la brecha entre estas dos variables se ha ampliado de manera importante con el transcurrir del tiempo (...). Mientras en 1996 la diferencia del costo por recluso frente al ingreso por habitante era de 480 mil pesos, en 2008 esa diferencia se amplió a un millón setecientos mil pesos, es decir, en doce años la diferencia se multiplicó tres veces y media, como resultado del significativo aumento del costo por recluso”.<sup>30</sup>

Hoy se sabe también que las tasas de encarcelamiento no dependen de la tasa de delito. La diferencia entre tasa de delito y tasa de encarcelamiento es precisamente lo que puede denominarse como índice de punitivismo. Es el índice que aparece precisamente entre la promocionada disminución de delitos de la política de seguridad democrática y el aumento de la población carcelaria. Como decía Santiago Redondo: “¿no debería haber algún tipo de indicación social –desde una perspectiva científica– que llegara a postular la idea racional y sensata de que si la delincuencia no aumenta, tampoco debería aumentar el control?”.<sup>31</sup> Sabemos pues que la generalidad de los sistemas penitenciarios crece independientemente del comportamiento del delito. ¿Y entonces?

Aunque, por supuesto, sabemos que una prisión copada no es indicador de un sistema penal fracasado:

“(…) la cárcel, que aparentemente «fracasa», no yerra su objetivo; por el contrario, lo alcanza, en cuanto da lugar a una forma particular de ilegalidad entre otras, que es capaz de aislar, de sacar a plena luz y de organizar como un ambiente relativamente cerrado, aunque penetrable. Ayuda a establecer una ilegalidad abierta, hasta cierto punto irreductible, pero secretamente útil, a la vez refractaria y dócil (...) Esta forma es (...) la delincuencia (...). Hasta tal punto la cárcel ha logrado su propósito que, después de medio siglo de «fracasos», la cárcel sigue existiendo, produciendo los mismos resultados, y con toda la resistencia posible a prescindir de ella”.<sup>32</sup>

Sabemos que la cárcel es una opción cuya disponibilidad no es desaprovechada cuando la tenemos a mano. Bien para presionar el resultado favorable de un pleito, bien para resolver nuestro sentimiento de desquite. Es cierto que la mayoría de sistemas penitenciarios tienen tantos presos como lo permite la capacidad máxima de sus edificios de encierro, pero también lo es que la mayoría de las sociedades soportan tantas prisiones y tantos presos como lo permite su cultura y su capacidad política.

Sabemos todo eso, pero ¿y entonces?, ¿no falta algo más? Posiblemente criminólogos, sociólogos, penalistas, expertos y académicos en general debamos recordar las palabras del genetista Albert Jacquard:

---

<sup>30</sup> Barreto, v y Rivera, Sneider (2009). *Una mirada a la impunidad en el marco del Sistema Penal Oral Acusatorio en Colombia*. Ministerio del Interior y de Justicia.

<sup>31</sup> Redondo Illescas, Santiago. *La delincuencia y su control: realidades y fantasías*. En: *Revista de Derecho penal y criminología*, 8. Julio de 2001, pág. 320.

<sup>32</sup> Foucault, Michel (2000). Citado por: Gledhill, John. *El poder y sus disfraces*. Barcelona, Ediciones Bellaterra, pág. 237.

“Gracias a la biología, yo, el genetista, creía ayudar a la gente a que viese las cosas más claramente, diciéndoles: Vosotros habláis de raza, pero ¿qué es eso en realidad? Y acto seguido les demostraba que el concepto de raza no se puede definir sin caer en arbitrariedades y ambigüedades [...] En otras palabras: que el concepto de raza carece de fundamento y, consiguientemente, el racismo debe desaparecer. Hace unos años yo habría aceptado de buen grado que, una vez hecha esta afirmación, mi trabajo como científico y como ciudadano había concluido. Hoy no pienso así, pues aunque no haya razas la existencia del racismo es indudable”.<sup>33</sup>

Por supuesto que también, a veces, es como si no supiéramos. A veces aquella afirmación según la cual “la cárcel es horrible”, aparece casi simultáneamente o en los mismos foros en los cuales se pronuncian contundentemente sentencias como estas: “los presos políticos no son delincuentes comunes, son luchadores populares”. Y no es que no resulte razonable la descripción que allí se hace de los presos políticos, sino que difícilmente podría decirse lo mismo del mensaje allí contenido respecto de los presos comunes. Por lo menos si la pregunta que se hace es si realmente nos repugna la prisión.

### **Conclusión (o el recordatorio aquel abolicionista)**

Como si fueran un estertor de las viejas ideas abolicionistas, estas líneas sólo pretendieron extender una invitación para que sean definidas algunas cosas. No para siempre, pero sí por lo pronto.

No hay que engañarse. El castigo es una trampa muy poderosa. Y si uno aborrece la prisión sólo selectivamente, aquella palabra –abolicionismo- no cabe. Respecto de la prisión como institución horrible, no hay francamente ninguna novedad si los presos son otros. Y si la finalidad no es la abolición sino el uso político del castigo, del encierro como estrategia o como útil de poder, eso está inventado hace ya un par de siglos. Pero, por supuesto, cada uno escoge.

El abolicionismo, por lo pronto, no le sirve a ningún partido. Además los políticos saben que mencionarlo sería correr un riesgo electoral. Nuestro voto, de hecho, no suele ir por aquel que prometa siquiera reducir el sistema penal. Es raro ¿no? Aunque quieren aplicarla con mayor intensidad a criminales diferentes, la prisión da rendimientos electorales en todos los casos. No hay que ser populistas, sólo hay que ser optimistas y localizar con alguna precisión el perfil del preso que queremos: ¿el terrorista, el genocida, el policía corrupto, el estudiante que lanza piedras, el invasor de un predio, el urbanizador pirata, el empresario abusador, el obrero huelguista, el ladronzuelo, el especulador, el ventero ambulante, el acaparador, el capo, el jíbaro, el consumidor? Es raro, ¿no? Que la cárcel sea un instrumento político tan rentable, pero que su abolición no pueda ser siquiera una causa política defendible. ¿Nos repugna realmente la prisión?

El abolicionismo no es fácil. Es un desafío a nuestra propia consciencia, a nuestros esquemas de comprensión del mundo y, cómo no, a nuestra rabia y a nuestras preferencias políticas. No es fácil el abolicionismo, porque para él, la cárcel es el enemigo. Punto. Ya se ha dicho por qué. Pero proceden dos aclaraciones. Primera: Un abolicionista

---

<sup>33</sup> Jacquard, Albert. Citado por: Alvar Ezquerra, Antonio. *Las humanidades en el siglo XXI*. En: *Revista Internacional de Derecho Romano*, octubre de 2008, pág. 75 [en línea]. Consultado en: <http://www.ridrom.uclm.es>

puede ser estratégico, y hasta táctico, lo cual quiere decir que no desprecia las garantías, las mejoras carcelarias, la disminución punitiva, la reparación eventual, la conciliación procesal... pero opera y concibe todo ello sólo en perspectiva abolicionista; es decir, con cuidado y “mientras tanto” como diría Julio González. Segunda: no está equivocado quien defiende la prisión sólo respecto de sus adversarios políticos, o sólo respecto de sus personales ofensores, o sólo a condición de que las celdas sean limpias y amplias. No está equivocado, pero no es un abolicionista. A él no le repugna realmente la prisión.

No es raro que al viejo Hulsman le dijeran “místico”. Y no sólo por las sandalias con las que iba por ahí, sino porque insistía en la abolición de la idea de pena de nuestras mentes. Se trataba, sin duda, de una especie de ética de la convicción la que él difundía. Y de cierto optimismo vital. Él sabía también que la cárcel se mantendría largamente, pero que ella no es una fatalidad; que sobre ella se pueden tomar decisiones individuales y colectivas; es decir, decisiones cotidianas y sobre todo decisiones políticas.

Ahora bien, y por último, es comprensible que nuestro contexto no facilite las cosas. Es bastante difícil concentrarse y sobre todo llamar la atención para que la sociedad se concentre siquiera en la fila de gente que espera cada fin de semana la visita de sus presos. Esto es así, porque a la horrible prisión se sobrepone un montón de gente escarbando la tierra en búsqueda de sus desaparecidos, haciendo fila en el anfiteatro para reconocer a sus muertos, haciendo visitas de domingo al cementerio, procurándose un simple analgésico en las filas de las EPS o tratando de colarse en programas de familias en acción y adultos mayores. Se pierde el problema de la prisión entre un montón de desterrados, de niños de la calle, de corteros, de mingas que se estiran hasta la capital. Un titular de prensa, otra vez, ilustra esta difícil imbricación de tragedias: “50 familias invadieron terrenos de la cárcel de máxima seguridad de Itagüí”.<sup>34</sup>

Es comprensible que, aunque no nos lo propongamos, jerarquicemos las tragedias disponibles y nos angustiemos en función de sus magnitudes. Y jerarquizamos las barbaridades también y nos ocupamos en función de su dimensión. Por eso posiblemente es tan difícil encontrar marchas contra la prisión o por los derechos de los presos, por lo menos de los presos como totalidad. Después de tanto tiempo, seguimos siendo pues una fila larga de adoloridos, en la cual apenas si admitimos a los presos. Finalmente se supone que están vivos y, sobre todo hay un tópico, un lugar común que matiza bastante el tema: “algo han hecho”. Por eso no es fácil el abolicionismo de la cárcel en este contexto: ¡Cuándo terminarán las ejecuciones extrajudiciales, las torturas, los destierros, las amenazas, las detenciones arbitrarias... Cuando terminará todo eso para que, ahora sí, nos ocupemos de una de las peores torpezas y crueldades que la humanidad ha concebido: la prisión!

Así que tal vez haya que multiplicarse; o tal vez se pueda intentar la desactivación de ese aparato de aplicación planificada y deliberada de dolor, con la idea de que así se contribuye en algo a la desactivación de aquellas otras tragedias. O tal vez una lucha contra la prisión constituya un buen motivo para la acción colectiva: Los símbolos, como se sabe, son poderosos y juntan a la gente. Es por lo menos lo que siguen mostrando las causas de Guantánamo y Abu Ghraib. El rechazo de estas cárceles es también el rechazo

---

<sup>34</sup> “50 familias invadieron terrenos de la cárcel de máxima seguridad de Itagüí”. *Hora 13 Noticias*, 2 de febrero de 2012 [en línea]. En: <http://www.hora13noticias.tv/2012/02/02/50-familias-invadieron-terrenos-de-la-carcel-de-maxima-seguridad-de-itagui/>

de una mezquina forma de entender o de gestionar la vida humana. Ojala un día, como esas, todas las prisiones nos repugnaran realmente.

## Referencias Bibliográficas

Apuleyo, Plinio. *Mentiras han llevado a la cárcel a civiles y militares inocentes*. En: *Cambio*, 19 de noviembre de 2008. Consultado en: [http://www.cambio.com.co/informe ESPECIALcambio/803/ARTICULO-WEB-NOTA\\_INTERIOR\\_CAMBIO-4675035.html](http://www.cambio.com.co/informe ESPECIALcambio/803/ARTICULO-WEB-NOTA_INTERIOR_CAMBIO-4675035.html)

Arias, Andrés Felipe. *Radio Super*, 15 de febrero de 2010. Entrevista con Henri Pava Camelo.

Ariza, Libardo; Iturralde, Manuel (2011). *Los muros de la infamia: prisiones en Colombia y en América Latina*. Bogotá, CIJUS, Uniandes, pág. 52

Barreto, Luis Hernando; Rivera, Sneider (2009). *Una mirada a la impunidad en el marco del Sistema Penal Oral Acusatorio en Colombia*. Bogotá, Ministerio del Interior y de Justicia.

Barreto, v y Rivera, Sneider (2009). *Una mirada a la impunidad en el marco del Sistema Penal Oral Acusatorio en Colombia*. Ministerio del Interior y de Justicia.

Corporación Excelencia en la Justicia, CEJ. *Balance de los primeros cinco años de funcionamiento del Sistema Penal Acusatorio en Colombia*. Bogotá, CEJ, 2011 [en línea]. En: <http://www.cej.org.co/publicaciones/libros>

El Desmarque. *Galera: No deseo la cárcel a nadie, pero en el caso de Lopera me lo tendría que pensar*. En: *El Desmarque*, Sevilla, 1 de diciembre de 2011 [en línea]. Consultado en: <http://eldesmarque.es/noticias-el-desmarque-tv/42263-galera-qno-deseo-la-carcel-a-nadie-pero-en-el-caso-de-lopera-me-lo-tendria-que-pensarq-ver-video>

Entrevista de Víctor M. Amela. *Tener más presos no es tener más seguridad*. Barcelona, *La Vanguardia*, 17 de abril de 2006.

Escuela Penitenciaria Nacional Enrique Low Murtra. *Actualización administrativa y financiera*. *Boletín 14*, abril de 2008. Véanse igualmente los Documentos CONPES 3412 de 2004 y 3277 de 2006. O, un poco antes, repárese en esta nota de prensa sobre la financiación de la prisión: *Con alza en costos notariales se pagará plan carcelario (...)* En: *El Colombiano*, Medellín, julio 15, 2000, pág. 3B.

Foucault, Michel (2000). Citado por: Gledhill, John. *El poder y sus disfraces*. Barcelona, Ediciones Bellaterra, pág. 237.

Goffman, Erving (1972). *Internados*. Amorrortu, Buenos Aires, págs. 80-81 (el texto apareció originalmente en 1961).

Hora 13 Noticias. *50 familias invadieron terrenos de la cárcel de máxima seguridad de Itagüí*. *Hora 13 Noticias*, 2 de febrero de 2012 [en línea]. Disponible en: <http://www.hora13noticias.tv/2012/02/02/50-familias-invadieron-terrenos-de-la-carcel-de-maxima-seguridad-de-itagui/>

Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC. *Informe rendición de cuentas vigencia 2010*. Bogotá, mayo 12 de 2011.

Jacquard, Albert. Citado por: Alvar Ezquerro, Antonio. *Las humanidades en el siglo XXI*. En: *Revista Internacional de Derecho Romano*, octubre de 2008, pág. 75 [en línea]. Consultado en: <http://www.ridrom.uclm.es>

Jim Lewis. *Una prisión de la que nadie quiere escapar (o eso temen sus críticos)*. *Etiqueta Negra*, 176, septiembre de 2009, pág. 22 [en línea]. Consultado en: <http://www.elboomeran.com/upload/ficheros/noticias/inquilinos.pdf>

León, Pablo A. y Pfeiffer Bustos, Christian. *Estudio de Antecedentes Sistema Penitenciario y Carcelario Colombiano*. Bogotá, Congreso de la República de Colombia, 4 de diciembre de 2003.

Londoño, Fernando. *Exposición de motivos. Proyecto de ley estatutaria 85 de 2003 Senado (por la cual se dictan disposiciones en procura de la reincorporación de miembros de grupos armados que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional)*. *Gaceta del Congreso*, 436, 27/08/2003. Consultado en: [http://winaricaurte.imprenta.gov.co:7778/gacetap/gaceta.nivel\\_2](http://winaricaurte.imprenta.gov.co:7778/gacetap/gaceta.nivel_2)

Mathiesen, Thomas (1989). *La política del abolicionismo*. En: *Abolicionismo penal*. Buenos Aires, Ediar, pág. 109.

\_\_\_\_\_ *La abolición: ¿un sueño imposible?* En: *Revista Garantías*. Defensoría del poder judicial de la provincia de Buenos Aires [en línea]. Consultado en: <http://www.pjba.gov.ar/dcas/revista/1999/10/index.htm>

Núñez Vega, Jorge. *Las cárceles en la época del narcotráfico: una mirada etnográfica*. En: *Nueva Sociedad*, 208, marzo-abril de 2007.

Pérez, William F. *De torpezas, caraduras y quejumbrosos* [en línea]. Consultado en: <http://www.udea.edu.co>

Redondo Illescas, Santiago. *La delincuencia y su control: realidades y fantasías*. En: *Revista de Derecho penal y criminología*, 8. Julio de 2001, pág. 320.

Restrepo, Juan Diego. *Alcalde de Medellín, fuera de control*. En: *Semana*, 29 de enero de 2010 [en línea]. Consultado en: <http://www.semana.com/noticias-opinion-online/alcaldemedellin-fuera-control/134280.aspx>

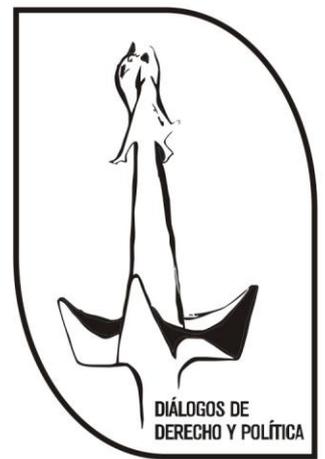
Revista Omnia. *Las cárceles donde a cualquiera le gustaría estar preso*. *Revista Omnia*, 24 de agosto de 2011 [en línea]. Consultado en: <http://www.omnia.com.mx/noticias/las-carceles-donde-cualquiera-le-gustaria-estar-preso/>

Uprimny, Rodrigo; Guzmán, Diana E. *Políticas de drogas y situación carcelaria en Colombia*. En: Metaal, Pien y Youngers, Coletta (edit.). *Sistemas sobrecargados. Leyes de drogas y cárceles*

en América Latina. Ámsterdam/Washington, Washington Office on Latin America - Transnational Institute, 2010.

Wacquant, Loïc. *La tolerancia cero es más cara que un plan social*. Entrevista con Leonardo Moledo. *Página 12*, Buenos Aires, 31 de marzo de 2001.

Zaffaroni, Eugenio R. (1992). *Las penas crueles son penas*. Seminario internacional de derecho penal e interpretación constitucional. Manizales, Universidad de Manizales, agosto 12 y 13.



**La autoría mediata a través de aparatos  
organizados de poder. Tratamiento por parte de  
la Corte Suprema de Justicia y críticas a su  
aplicación en el sistema penal colombiano**

**Walter Fabián Vásquez Ramírez**

Abogado y Especialista en Derecho Penal, Facultad de Derecho y Ciencias  
Políticas, Universidad de Antioquia.

Correo electrónico: [walter.7v@hotmail.com](mailto:walter.7v@hotmail.com)

## Resumen

En la comisión de un hecho punible no siempre se da la típica dicotomía autor-víctima, sino que existen supuestos en los cuales se actúa a través de un aparato organizado de poder. Desde hace algunos años, por vía de jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, se abre paso en nuestro país la posibilidad de asumir la existencia de autoría mediata en los supuestos en que se actúa a través de aparatos organizados de poder, lo que conlleva la posibilidad de juzgar como autores tanto a quien ha ejecutado el hecho como a quien lo ha ordenado. La autoría a través de aparatos organizados de poder, la regulación de la autoría en el ordenamiento jurídico penal colombiano y la posición jurisprudencial asumida por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia hacen parte de los asuntos que conforman este trabajo.

**Palabras clave:** autoría; autoría mediata; coautoría; aparatos organizados de poder; dominio de la voluntad.

## La autoría mediata a través de aparatos organizados de poder. Tratamiento por parte de la Corte Suprema de Justicia y críticas a su aplicación en el sistema penal colombiano \*

¿Qué relación existe entre la sentencia condenatoria contra el exdirector del DAS Jorge Aurelio Noguera Cotes con el juicio al nazi Adolf Eichmann? La respuesta a esta pregunta es sencilla: ambas decisiones tienen como fundamento la misma construcción teórica, es decir, ambos fueron condenados como autores mediatos de los crímenes cometidos por otras personas, que se encontraban a su vez en relación de subordinación con ellos a partir de su pertenencia a un aparato organizado de poder.

La autoría mediata, vista desde una perspectiva muy simple, corresponde a la ejecución de un hecho punible a través de otro -de quien se sirve como instrumento-. En principio esta forma de autoría lleva al resultado de imputar responsabilidad al autor mediato siempre y cuando quien ejecuta el hecho es un mero instrumento, es decir, que no tiene pleno dominio del hecho pues actúa, por ejemplo, bajo coacción o error.

De acuerdo con Roxin<sup>1</sup> el dominio de la voluntad se da en tres eventos: 1) dominio de la voluntad por coacción; 2) dominio de la voluntad por creación o utilización de un error; y 3) dominio de la voluntad a través de aparatos organizados de poder. Así mismo, señala Roxin que “a la forma de dominio que caracteriza la autoría mediata la denomina “dominio de la voluntad”, porque, el autor mediato no tiene un dominio fundamentado en la ejecución inmediata de una acción, sino en el poder de la voluntad conductora de la acción que ejecuta otro.

Normalmente, en los eventos de autoría mediata, la voluntad conductora de la acción corresponde al autor mediato y no así al ejecutor material. Por lo tanto, en el evento de dominio de la voluntad a través de aparatos organizados de poder, Roxin, lo que plantea es que hay dominio de la voluntad cuando el "instrumento" tiene plena voluntad, contrario a la formulación más tradicional de la autoría mediata en la que el instrumento carece de ella. O dicho de otra manera, las figuras del autor tras el autor y la autoría mediata a través de aparatos organizados fueron creaciones de Roxin para imputar responsabilidad al hombre de atrás cuando el que ejecuta no es instrumento, es decir, tiene pleno dominio del hecho.

En este orden de ideas, en principio, la consecuencia derivada de la ejecución de una conducta punible en la modalidad de autoría mediata llevaría a afirmar la ausencia de responsabilidad por parte del ejecutor material a su vez que afirmarla por parte del autor mediato, esto es predicable sin mayores reparos en los dos primeros eventos: en el de una coacción a través de la cual se domina la voluntad o en el de un error invencible al momento de la ejecución. Sin embargo, en el tercero de los supuestos planteados, esto es, el dominio de la voluntad a través de un aparato organizado de poder, se habla, a partir de las tesis de Roxin, de una consecuencia distinta que es la responsabilidad tanto de

---

\* Este texto es derivado del trabajo de grado para optar el título de Especialista en Derecho Penal de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.

<sup>1</sup> Roxin, Claus (1998). *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*. España: Marcial Pons, pág. 750.

quien dio la orden, como del ejecutor material, es decir que en un mismo hecho punible concurrirían dos autores que a su vez son plenamente responsables penalmente.

Este punto corresponde a uno de los de mayor debate tratándose de la autoría mediata, o más concretamente, la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder, puesto que se hace difícil concebir supuestos de autoría mediata cuando se está frente al hecho de un ejecutor material con pleno conocimiento y voluntad de realización, por ende la discusión que suscita esta objeción no es de poca envergadura, tal y como se apreciará en el desarrollo de este trabajo.

Por otra parte, y como elemento de análisis, las necesidades de criminalización de delitos frente a los cuales no se está frente a la tradicional relación de sujeto activo - sujeto pasivo, sino que se dan en complejas relaciones tanto frente a los hechos (delitos colectivos, de lesa humanidad) como a la participación de los intervinientes (en escenarios como por ejemplo del delito de genocidio o desaparición forzada) pareciera difícil pensar en un autor individual frente a un hecho determinado y a su vez en la ausencia de responsabilidad de quien dio la orden actuando en el marco de un aparato organizado de poder.<sup>2</sup>

Dilemas frente al juzgamiento de actos como los señalados se presentan diariamente en un medio como el nuestro, inmerso en un conflicto armado de décadas, que enfrenta a estructuras de poder entre sí (grupos guerrilleros y paramilitares, BACRIM y crimen organizado en general), y en el cual recurrentemente se dan hechos difícilmente individualizables, por haber comprometido en su ejecución el funcionamiento, no meramente individual, sino del aparato como tal.

Se presenta entonces la tentación de expandir la intervención penal no solo a quien materialmente ha ejecutado el hecho, sino a quien dentro de la estructura de poder a la que pertenece ostenta alguna calidad de mando. Se tiene en principio claro, por parte de algunos sectores de la sociedad,<sup>3</sup> que con afanes expansionistas y otorgando fines “justicieros” al sistema penal, consideran que es necesario entrar a castigar no solo a quien ejecutó materialmente los hechos delictivos sino además a quien profirió la orden, esto con igual o mayor rigor.

Como se viene diciendo, la existencia de delitos complejos en que se compromete la participación de varias personas que no actúan separadamente sino a través de lo que se denominan ‘aparatos organizados de poder’ ha llevado a mirar este tipo de autoría como una alternativa válida para su juzgamiento que logre conciliar los afanes de “justicia”<sup>4</sup> que reclaman las sociedades.

---

<sup>2</sup> Dice Roxin: “en estos crímenes de proporciones gigantescas y múltiples ramificaciones (...), en los que han participado muchas personas en distintos puestos de la escala de mando (planificadores, organizadores y órganos ejecutores de distinto rango) no es adecuado recurrir a aplicar los conceptos comunes del inductor y del cómplice”. Roxin, Clauss, Op. Cit. Pág. 274

<sup>3</sup> A propósito, véase: Martínez, Miguel Andrés. *Avances de la Corte Suprema para Desentrañar el Contubernio de la Clase Política y la Sociedad Civil con los Grupos Armados al Margen de la Ley*. Consultado en: [http://www.espiritu91.org/inicio/index.php?option=com\\_content&view=article&id=90:articulo-miguel-&catid=51:opinion&Itemid=54](http://www.espiritu91.org/inicio/index.php?option=com_content&view=article&id=90:articulo-miguel-&catid=51:opinion&Itemid=54). Fecha de consulta: diciembre 2/12/2011

<sup>4</sup> El significado que aquí se da a este concepto se corresponde con aquella acepción que lo asimila a venganza.

Tal construcción dogmática busca, como ya se dijo, explicar aquellos hechos punibles que se ejecutan a través de una estructura compuesta por dos extremos, con indeterminados agentes intermedios. Entre éstos se encuentra, por un lado, quien domina la estructura y tiene el poder de ordenar la ejecución y, por otro, quien ejecuta materialmente el hecho, valga decir que en esta relación, puede incluso mediar un desconocimiento total entre ambos extremos y sin embargo, como característica relevante se encuentra que pese a ello el resultado lesivo se garantiza.

Así, el caso de Plazas Vega, condenado por la retoma del Palacio de Justicia en noviembre de 1985 en la modalidad de autor mediato por crímenes de desaparición forzada,<sup>5</sup> es, entre otros, un caso representativo del modo como se viene empleando esta construcción dogmática en Colombia. Así mismo, se ha hecho aplicación de tal teoría en los juicios penales en los que se ha aplicado por la Corte Suprema de Justicia, a dirigentes políticos de alcance local y nacional por sus vínculos con grupos paramilitares y guerrilleros, por militancia pasiva en estas organizaciones o por haberse servido de aparatos de poder para fines políticos.<sup>6</sup>

En principio, y hasta hace unos pocos años, la Corte asumía los casos en cuestión a partir instituciones dogmáticas como la coautoría; sin embargo, a partir de decisiones adoptadas en los dos últimos años parece abrirse paso para la aplicación de la teoría de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder, principalmente a partir de los casos de lo que los medios de comunicación nacional han llamado de “para-política”.<sup>7</sup>

La Corte Suprema ha abierto paso a la aplicación de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder principalmente para los casos de para-política,<sup>8</sup> Farc-política<sup>9</sup> e incluso para la resolución de casos de responsabilidad penal frente a hechos que involucran a policías o altos mandos militares. El caso más recientemente resuelto por la Corte fue el de Jorge Aurelio Noguera Cotes, exdirector del Departamento Administrativo de Seguridad<sup>10</sup> condenado por “poner al servicio del Bloque Norte de las Autodefensas la institución que regentaba.”<sup>11</sup>

La aplicación de la fórmula de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder, pese a la posición asumida por parte de la Corte Suprema de Justicia, no se puede constituir en una regla general exenta de problemas y críticas, por el contrario, se pueden

<sup>5</sup> Juzgado Tercero Penal Del Circuito Especializado de Bogotá - 9 de junio de 2010 - 20080002500.

<sup>6</sup> Véase por ejemplo: Corte Suprema de Justicia. Radicado 31.653, auto del 1º. de septiembre de 2009. Corte Suprema De Justicia. Auto del 1 de octubre de 2009, proceso 27.032.

<sup>7</sup> No es otra cosa que vínculos de beneficio mutuo establecidos entre agentes políticos y grupos armados al margen de la ley, esto es, apoyo por parte del grupo armado al momento de las elecciones y correspondiente apoyo posterior del político a los fines del grupo, una vez electo.

<sup>8</sup> Tal es el caso de los Congresistas a quienes se les imputa la conducta de concierto para delinquir agravado por sus eventuales vínculos con miembros de las autodefensas cuando ya ocupaba una curul en el Congreso de la República, proceder que si bien no es propio de sus funciones, en cuanto reunirse con delinquentes para orquestar la comisión de delitos no es ni podrá ser inherente al ámbito funcional de dicha corporación (...). En: Corte Suprema de Justicia. Radicado 28.779 del 9 de diciembre de 2009.

<sup>9</sup> La Farc-política es un término utilizado para referirse a la relación entre miembros de la organización guerrillera colombiana denominada FARC (las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia) con políticos colombianos, extranjeros y otras personalidades. Es de relevancia por ejemplo la investigación que por vínculos con las FARC se dio en contra de la ex senadora Piedad Córdoba.

<sup>10</sup> Corte Suprema de Justicia. Radicado 32.000 del 14 de septiembre de 2011.

<sup>11</sup> *Ibidem*.

vislumbrar reparos a su aplicación tanto de índole constitucional como legal. En vista de ello, el presente trabajo pretende asumir una posición sobre el tema en el sentido de que la fórmula de la autoría mediata no es una solución aplicable, en el ordenamiento jurídico colombiano, a los casos donde se da la actuación de un aparato organizado de poder.

## 1. Autoría a través de aparatos organizados de poder

La discusión frente a la autoría a partir de aparatos organizados de poder es un tema que cobró vigencia desde las lecciones del profesor Roxin en el año 1963,<sup>12</sup> quien realizara su planteamiento de cara a fundamentar el juzgamiento de los intervinientes en los crímenes del holocausto nazi. Era inconcebible para gran parte de la opinión pública, como lo es hoy frente a grandes crímenes de guerra, que no fuera posible el juzgamiento de las personas que lideran la organización delictiva, actores que habían ordenado la comisión de tales crímenes y que sin embargo nunca los habían ejecutado de propia mano.

Concretamente, la influencia de Claus Roxin en toda esta temática se da a partir del desarrollo que dio a su teoría de la autoría mediata a través de los aparatos organizados de poder para explicar el juicio al que fue sometido Adolf Eichmann, capturado en Argentina, en el Tribunal de Jerusalén.<sup>13</sup>

Fue precisamente en el cono sur de nuestro continente donde se produjo una de las primeras recepciones jurisprudenciales de tal teoría con motivo del juicio a la junta militar argentina en 1983.<sup>14</sup> Así mismo, para no ir muy lejos, en la república del Perú el juzgamiento de crímenes cometidos por parte del ex presidente Alberto Fujimori tuvo como base dogmática la teoría de dominio de la voluntad a través de aparatos organizados de poder en su desarrollo básico a partir de la teoría roxiniana.<sup>15</sup>

### 1.1 Argumentos y requisitos

La imputación de un hecho delictivo no siempre se hace solo en contra de quien materialmente lo ha ejecutado, pues, en algunos casos, también puede recaer responsabilidad en quien sin intervenir directamente en el hecho o de propia mano tiene influencia en el mismo,<sup>16</sup> y se ha valido de otra persona a quien utiliza como instrumento.

<sup>12</sup> Roxin, Claus. Óp. cit.

<sup>13</sup> “El caso más frecuente en la práctica será aquel en que los mismos que ostentan el poder estatal, con ayuda de organizaciones subordinadas a ellos, cometen delitos, como ocurría tanto en el Proceso Eichmann como en la sentencia Staschynski, puesto que normalmente sólo el poder estatal puede operar al margen de la ley, e incluso éste sólo puede hacerlo cuando ya no están vigentes las garantías del Estado de Derecho”. Roxin, Claus. Op. cit. pág. 277

<sup>14</sup> Bailones, Matías. *El autor de escritorio y el ejecutor fungible: una modesta aproximación a la teoría de Claus Roxin*. Memorias del XIV Congreso Latinoamericano de Derecho Penal y Criminología. Valparaíso, Chile, Septiembre de 2002. Consultado el 25 de agosto de 2011 en: [http://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/autoría\\_mediata.htm](http://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/autoría_mediata.htm)

<sup>15</sup> Roxin, Claus (2010). *Apuntes sobre la Sentencia-Fujimori de la Corte Suprema del Perú*: en: Ambos Kai; Meini, Iván. Autoría Mediata, La El Caso Fujimori. Edit. Ara. Perú.

<sup>16</sup> “El concepto finalista de autor se basa en la doctrina de la acción finalista de Weizel. Autor es el que tiene el dominio finalista del hecho. Según Weizel, autor es sólo aquel que, mediante la dirección consciente del curso causal hacia la producción del resultado típico, tiene el dominio de la realización del tipo”. En: Cerezo Mir, José (2000). Derecho Penal, Parte General 2. Edición, Universidad Nacional de Educación a Distancia. Madrid.

En tales casos se entra a hablar de autoría mediata. Se dice que es autor en cuanto tiene el dominio del hecho y le atribuimos el calificativo de “mediato” cuando no ha ejecutado el hecho por sí mismo sino a través de otro.

Desde una interpretación muy simple, la doctrina tradicional dominante en Iberoamérica, que opta por el concepto diferenciado de autor,<sup>17</sup> entiende que a partir del dominio del hecho se puede explicar la autoría mediata y la coautoría con su carácter esencialmente objetivo, sobre la base de una interpretación restrictiva de autor. Por su parte, el concepto restrictivo de autor encuentra su fundamento en la realización del tipo penal, reconociendo que los intervinientes en el hecho pueden actuar en calidad de autores o en la de partícipes.<sup>18</sup> Los primeros son quienes realizan el hecho por tener dominio del mismo, los segundos sólo contribuyen a su realización. De esta manera, la teoría del dominio del hecho explica la autoría mediata y la coautoría.

Así, en los casos en que una persona utilice a otra como instrumento para la realización de un delito (autoría mediata) o que haya intervenido en el hecho en acuerdo con otros desarrollando actos de ejecución (coautoría), son excepciones extraordinarias a un concepto restrictivo de autor que aparecen fundamentadas en criterios de política criminal.<sup>19</sup>

En este orden de ideas, la solución tradicional que a partir de una aplicación del dominio del hecho se da a los casos de actuación a través de otro, a quien se utiliza como instrumento, lleva a la conclusión de imputar la responsabilidad a quien ha ostentado el dominio, esto es al autor mediato quedando impune a su vez la conducta del instrumento, quien ha actuado incurso en error o coacción.

En este punto se hace necesario además de lo expresado en líneas precedentes, profundizar un poco en lo que significa la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder.

Para tal fin, se parte de una cita de Roxin que se separa claramente de la forma de abordar tradicionalmente el tema de la autoría mediata a partir del dominio del hecho:

---

<sup>17</sup> “Franz von Liszt sustentó el concepto unitario de autor, concepto este en el que no se hace una distinción entre autor y partícipe. Lo anterior, se comprende porque, como se sabe, Franz von Liszt se basó en la teoría de la “conditio sine qua non”; y debido a que esta doctrina no soluciona el problema de la autoría mediata ni de la coautoría, se propuso el concepto extensivo de autor, el cual no encontró eco ni solución a la problemática planteada; por ello, se llegó al concepto restrictivo de autor, el cual se funda en el principio de legalidad, sin que ofrezca una alternativa al problema de la autoría mediata. Welzel propuso la teoría del dominio del hecho, que posteriormente es aceptada y desarrollada por Claus Roxin”. En: Daza, Carlos. *Autoría y Participación*. Consultado el 2 de diciembre de 2011 en: <http://www.mariocafiero.com.ar/lesa/Art.Dr.CarlosDazaGomez.pdf>

<sup>18</sup> El concepto restrictivo de autor deriva los partícipes de consagraciones legales específicas, que tienen la función de ampliar el tipo penal para permitir su inclusión. Entre más representativos, en especial de la teoría objetivo formal se encuentran Von Liszt y Donha. Véase: Von Liszt. *Tratado de Derecho Penal, III, Madrid*, pág. 79 y ss; Dohna, Graf zu (1958). *La Estructura de la Teoría del Delito*. Buenos Aires, pág. 93 y ss.

<sup>19</sup> Gómez, Orlando. Consideraciones sobre la Coautoría y Autoría Mediata en los Delitos de Propia Mano en el Código Penal Español. *Letras Jurídicas Revista electrónica de Derecho* ISSN 1870-2155 Número 1. Consultado el 19 de noviembre de 2011 En: <http://www.letrasjuridicas.cuci.udg.mx/numeros/01/OGG05.pdf>

“(…) Dejándonos guiar de entrada, sin analizar con demasiado detalle, por un entendimiento previo natural del concepto de ‘dominio del hecho’, es evidente que una autoridad superior competente para organizar el exterminio masivo de los judíos o la dirección de un servicio secreto encargada de perpetrar atentados políticos dominan la realización del resultado de manera distinta a un inductor común. Nadie vacilaría en atribuir a quien da las órdenes una posición clave en el acontecer global, posición que no le corresponde a los meros instigadores en los casos de criminalidad ‘común’”.<sup>20</sup>

La autoría mediata a través de aparatos organizados de poder, es una forma de dominio de la voluntad (diferente al error o la coacción) que, como se decía, pretende explicar la responsabilidad penal en aquellos eventos en que interviene en la ejecución del hecho punible un aparato organizado de poder; se trata de aquellos eventos en que para la ejecución del hecho se utiliza como instrumento no a una persona individualmente considerada sino a un aparato de poder como tal.

“No se trata aquí del tradicional dominio de la voluntad de la autoría mediata. El instrumento de que se vale el hombre de atrás es el sistema mismo que maneja discrecionalmente, sistema que está integrado por hombres fungibles en función del fin propuesto. El dominio no es entonces sobre una voluntad concreta, sino sobre una ‘voluntad indeterminada’, cualquiera sea el ejecutor, el hecho igual se producirá”.<sup>21</sup>

Como se señalaba también en líneas precedentes, lo diferente de esta teoría es que predica la responsabilidad tanto de quien ha ejecutado el hecho de propia mano como de quien no lo ha hecho y se encuentra vinculado al mismo en virtud de su pertenencia, con cierto poder de mando, al aparato organizado de poder.

Las características esenciales, que a partir de la teoría de Roxin, se requieren para poder hablar de la existencia de un aparato organizado de poder son:

Como característica fundamental de los aparatos organizados de poder se encuentra la *fungibilidad* de la persona del ejecutor material, su intercambialidad, afirma Roxin:

“Está a disposición del sujeto de detrás. Una organización así despliega una vida independiente de la identidad variable de sus miembros. Funciona ‘automáticamente’, sin que importe la persona individual del ejecutor”.<sup>22</sup>

La fungibilidad también puede implicar que quien da la orden ni siquiera tiene que conocer la persona que ha de ejecutarla, el resultado se ha de encontrar garantizado independientemente de quien lo vaya a ejecutar, esto en virtud del funcionamiento mismo del aparato. Esto también significa que quien profiere la orden no requiere acudir a medios coactivos o engañosos para que se cumpla, pues es de la esencia del mismo aparato que si un ejecutor declina de la voluntad de ejecutarla inmediata y automáticamente habrá otro dispuesto a llevarla a cabo.<sup>23</sup>

<sup>20</sup> Roxin, Claus. Op. Cit. Pág. 272.

<sup>21</sup> Márquez Cárdenas, Álvaro (2004). *La autoría mediata en derecho penal*. Edic. Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá, Colombia, pág. 244.

<sup>22</sup> Márquez Cárdenas, Álvaro. pág. 244.

<sup>23</sup> Roxin, Claus. Op. Cit. pág. 272.

Otra de las características de los aparatos organizados de poder consiste en la existencia de una organización caracterizada por una clara *estructura jerárquica y piramidal dominada por el sujeto de atrás*. En la cima de la pirámide se ubican los mandos superiores, quienes toman las decisiones y dan las órdenes; por su parte, en la base de la pirámide se encuentran los encargados de ejecutar materialmente los hechos, éstos no participan en la toma de las decisiones sino que sencillamente deben llevarla a cabo a partir de lo planeado por la organización.<sup>24</sup>

Lo más destacable de este tipo de funcionamiento, tal como lo señala el propio Roxin, es que mientras más alejado se encuentra del hecho, mayor es la responsabilidad predicable para el sujeto:

“(...) mientras normalmente ocurre que un interviniente, cuanto más alejado está de la víctima y de la acción típica directa, más queda relegado a la zona periférica del suceso y excluido del dominio del hecho, en estos casos ocurre, a la inversa, que la pérdida de proximidad al hecho se compensa por la medida de dominio organizativo, que va aumentando según se asciende en la escala jerárquica del aparato”.<sup>25</sup>

La tercera característica que predica Roxin respecto a los aparatos organizados de poder es la *limitación del dominio de la organización a los aparatos al margen de la legalidad*,<sup>26</sup> expresa este autor que en los casos de estructuras que actúan dentro de límites del derecho, la ejecución de órdenes antijurídicas responden a la actuación guiada por una iniciativa particular y no la de la maquinaria de poder como tal. Este requisito se explica en virtud de que sólo se puede esperar una ausencia total de motivación por las normas que prohíben ciertos comportamientos, por parte de grupos de personas totalmente ajenas a la legalidad.<sup>27</sup>

### 2.3 Defensores y críticos

La defensa de la teoría que se viene estudiando se enfoca principalmente en la utilidad de los resultados que se obtienen con su aplicación. El hombre de atrás, que ocupa una posición de mando dentro del aparato organizado de poder, es procesado como autor y no como partícipe. Al respecto Alexandra Hernández Noriega señala:

“La teoría de la autoría mediata en estructuras de poder es importante en la medida en que permite que el “hombre de atrás” sea considerado como autor y no como partícipe, dentro de una estructura de responsabilidad compleja que sirve, a

<sup>24</sup> *Ibidem*.

<sup>25</sup> Roxin, Clauss. Op. cit. pág. 274.

<sup>26</sup> Roxin, Clauss. Op. cit. pág. 276.

<sup>27</sup> Para clarificar mejor esta característica, me permito citar un aparte del propio Roxin: “De la estructura del dominio de la organización se deduce que éste solo puede existir allí donde la estructura en su conjunto se encuentra al margen del ordenamiento jurídico, puesto que en tanto que la dirección y los órganos ejecutores se mantengan en principio ligados a un ordenamiento jurídico independiente de ellos, las órdenes de cometer delitos no pueden fundamentar dominio, porque las leyes tienen el rango supremo y normalmente excluyen el cumplimiento de órdenes antijurídicas, y con ello el poder de voluntad del sujeto de detrás. En: Roxin, Clauss (1998). *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*. España: Marcial Pons, pág. 276.

diferencia de la teoría clásica, para establecer de manera más razonable la responsabilidad por crímenes cometidos por estructuras organizadas de poder”.<sup>28</sup>

En sentido similar se pronuncia Alejandro Aponte Cardona en su trabajo relacionado con la persecución de crímenes internacionales:

“Lo que sí es un hecho, es que la fórmula de coautoría impropia, ya no consulta la realidad de estos escenarios; es anacrónica y no reduce complejidad. Está pensada más para pequeñas bandas en las que se da una división relativamente sencilla del trabajo criminal, en la que actúan algunas personas, pero no para aparatos, para máquinas en las cuales las órdenes se disgregan, todo el trabajo se compartimenta, se fragmenta e involucra a decenas y centenares de personas”.<sup>29</sup>

Entre los principales defensores de la teoría de Roxin del dominio por organización se cuenta principalmente a Kai Ambos, quien, aparte de separarse en lo concerniente al requisito de desvinculación del derecho se puede decir que realiza una amplia defensa de su teoría.

Kai Ambos señala<sup>30</sup> que la opinión dominante siguiendo a Roxin, asume el criterio del dominio por organización, siendo pocos los autores que se esfuerzan en ofrecer una fundamentación propia. Entre otros, algunos autores que han aceptado directamente la teoría de Roxin, son Herzberg, Bloy y Schmidhäuser.<sup>31</sup>

Por su parte, la crítica más fuerte y recurrente frente a la teoría de dominio de la voluntad a través de aparatos organizados de poder, tiene que ver con la discusión acerca de la modalidad de participación que se da en la conducta, partiendo de la idea según la cual es cuestionable que existan dos personas penalmente responsables por un mismo hecho cuando el ejecutor material ha actuado libre y responsablemente.

“Es cuestionable la idea de que existan dos personas penalmente responsables por un mismo hecho, sin que sean coautores ni autores accesorios (...) Incluso desde la prohibición de regreso es difícil sostener que pueda imputarse responsabilidad al

<sup>28</sup> Hernández Noriega, Alexandra y otros. *Reflexiones sobre la aplicabilidad de la “Teoría de Autoría Mediata en Aparatos Organizados de Poder” en Colombia*. Univ. Estud. Bogotá (Colombia) N° 5: 65-84, enero-diciembre de 2008. Consultado el 15 de mayo de 2011 en: [http://www.javeriana.edu.co/Facultades/C\\_Juridicas/pub\\_rev/univ\\_est/documents/4Hernandezyotros.pdf](http://www.javeriana.edu.co/Facultades/C_Juridicas/pub_rev/univ_est/documents/4Hernandezyotros.pdf)

<sup>29</sup> Aponte Cardona, Alejandro (2011). *Persecución penal de crímenes internacionales. Diálogo abierto entre la tradición nacional y el desarrollo internacional*. Konrad Aadenauer Stiftung. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá. “La desvinculación del Derecho de estos aparatos de poder no tiene porqué ser excluida, pero no constituye una condición ni suficiente ni necesaria del dominio por organización. Por lo tanto, resulta prescindible en cuanto elemento estructural del dominio por organización”. En: Ambos, Kai (1998). *Dominio del hecho por dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder. Una valoración crítica y ulteriores aportaciones*. Universidad Externado de Colombia–Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho. Cuaderno de Conferencias y Artículos N° 20. Bogotá.

<sup>30</sup> Ambos, Kai (1998). *Dominio del hecho por dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder. Una valoración crítica y ulteriores aportaciones*. Universidad Externado de Colombia–Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho. Cuaderno de Conferencias y Artículos N° 20. Bogotá.

<sup>31</sup> Las referencias citadas por Ambos Kai son: Herzberg, *Täterschaft und Teilnahme* (1977), págs. 42 y s.; ídem, *Jura* (1990), pág. 16 (23 y s.). Bloy, GA (1996), pág. 424 (437 y ss.). Schmidhäuser, *Strafrecht AT (Studienbuch)*, 2° ed., (1984), 10/95. En: Ambos, Kai (1998). *Op. cit.*

hombre de detrás, cuando se ha encontrado plena y exclusiva responsabilidad en el ejecutor que, según esta teoría, actúa libre y voluntariamente”.<sup>32</sup>

Valga señalar, como se ampliará en el apartado siguiente, que desde los principios de responsabilidad y accesoria se defiende la posición de que un autor plenamente responsable no puede ser simultáneamente instrumento de otro. A este respecto, y desde la orilla de los defensores de Roxin, Kai Ambos señala lo siguiente:

“El principal argumento que se opone a la afirmación de la autoría mediata, la aparente contradicción del dominio sobre un ejecutor que actúa de modo responsable, queda disuelto si se distingue con mayor claridad entre injusto individual e injusto colectivo, es decir, aquel injusto que se presenta en contextos organizados de poder y acción (macrocriminalidad)”.<sup>33</sup>

De igual manera, existe otro grupo de críticas que apuntan concretamente al factor de fungibilidad. Éstas cuestionan que ante ejecutores plenamente responsables, que en todo caso pueden negarse a cumplir la orden, se pueda hablar de la fungibilidad como una característica a favor del dominio de la voluntad; por el contrario, se podría incluso pensar que la fungibilidad es un factor que se vuelve en contra de la construcción de la autoría mediata. Dicho en palabras de Álvaro Márquez Cárdenas:

“No puede afirmarse que el hecho desde su raíz responde a una autoría del sujeto de atrás porque lo que se debe valorar es el caso concreto, y si bien puede ser cierto que los ejecutores son fácilmente reemplazables, si alguno se puede negar libremente, (...) ya evidencia que no estamos ante un dominio de la decisión de los dirigentes. El dominio lo tendrá sobre la organización, pero no sobre el que ejecuta materialmente la acción. Lo que resulta que la cualidad lesiva del comportamiento del sujeto de adelante no es dominada por los sujetos de atrás”.<sup>34</sup>

El argumento a favor, por su parte, hace referencia a que tratándose de dominio de organización siempre se tiene como presupuesto no el dominio de voluntades de ejecutores individualmente considerados sino del aparato, de la estructura de poder como tal.<sup>35</sup>

Entre los autores que contrarian la fórmula de la autoría a través de aparatos organizados de poder se destaca especialmente Jakobs. Este autor se opone radicalmente a la idea de la fungibilidad y defiende la igualdad jurídica de quien da la orden y del ejecutor. Para Jakobs, el ejecutor no obedece automáticamente sino que se deja corromper por la orden, por lo anterior, la solución correcta, a su modo de ver, es la de la coautoría.

“Los ejecutores en un aparato organizado de poder, precisamente porque actúan por su parte de manera responsable, no constituyen instrumento alguno, y -en consecuencia- quien da la orden no es autor mediato, porque él -como cualquier otro interviniente- no puede «intervenir enérgicamente» (esto es, decidir de manera

<sup>32</sup> Aramburo, Maximiliano (2006). *La Delincuencia en la Empresa: problemas de Autoría y Participación en delitos comunes*. Grupo de investigación grupo de estudios penales [GEP] Universidad Eafit. Medellín, pág. 23.

<sup>33</sup> En: Ambos, Kai (1998). Op. cit.

<sup>34</sup> Márquez Cárdenas, Álvaro (2004). *La autoría mediata en derecho penal*. Edic. Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá, Colombia. pág. 236.

<sup>35</sup> Véase al respecto nota 18.

responsable en último lugar sobre la realización del tipo penal), desde el punto de vista jurídico debido a la responsabilidad de los ejecutores”.<sup>36</sup>

## 2. Regulación de la autoría en el ordenamiento jurídico penal colombiano

Tanto el Código Penal del 1980 como el actual estatuto penal colombiano (ley 599 de 2000) definen con precisión las distintas formas de intervención de la persona en el hecho punible; sin embargo, es de señalar que el actual código amplía la autoría a supuestos no contemplados en el anterior.

El artículo 23 del Código Penal de 1980 definía la autoría en los siguientes términos:

Autores: El que realice el hecho punible o determine a otro a realizarlo, incurrirá en la pena prevista para la infracción.

Por su parte, la Ley 599 de 2000 en su artículo 29 dispone:

Artículo 29. Autores. Es autor quien realice la conducta punible por sí mismo o utilizando a otro como instrumento.

Son coautores los que, mediando un acuerdo común, actúan con división del trabajo criminal atendiendo la importancia del aporte.

También es autor quien actúa como miembro u órgano de representación autorizado o de hecho de una persona jurídica, de un ente colectivo sin tal atributo, o de una persona natural cuya representación voluntaria se detente, y realiza la conducta punible, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de la figura punible respectiva no concurren en él, pero sí en la persona o ente colectivo representado.

El autor en sus diversas modalidades incurrirá en la pena prevista para la conducta punible.

La actual definición de autoría en la legislación colombiana, que se adscribe a la teoría de dominio del hecho, admite la autoría directa (quien realice el hecho por sí mismo), la coautoría (los que, mediando acuerdo común actúan con división de trabajo criminal) y la autoría mediata (utilizando a otro como instrumento).

De la definición transcrita se debe hacer especial referencia a tres asuntos que ayudan a sustentar la tesis de este trabajo, esto es, que en nuestro medio no es aplicable la teoría de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder:

- En la definición de autoría mediata se habla de “otro”, lo que reporta problemas cuando, como ocurre con la autoría a través de aparatos organizados de poder, se quiere deducir que el otro puede ser, no una persona sino el aparato como tal (este punto será desarrollado en el numeral siguiente).

---

<sup>36</sup> Jakobs, Günter (2010). *Sobre la Autoría del Acusado Alberto Fujimori Fujimori*. En: Ambos Kai; Meini, Iván. *La Autoría Mediata. El Caso Fujimori*. Edit. Ara. Perú, pág. 108.

- De la misma definición legal se desprende que la persona que ejecuta el hecho es un mero instrumento.
- El quantum de la pena para el autor y el coautor son idénticas, lo que claramente demuestra que la calificación en el proceso como uno u otro no tiene relevancia precisamente en estos términos, sino que ha de obedecer a otro tipo de propósitos que se mencionarán adelante.

### 3.1 Razones de índole legal que impiden la aplicación en nuestro sistema legal de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder

De la literalidad del artículo 29 del Código Penal se desprende que la autoría mediata se presenta cuando se instrumentaliza a “otro”, expresión que en el contexto del sistema penal se emplea para referirse a una persona, es decir, la redacción del artículo alude a la utilización como instrumento de una persona por otra. Por lo anterior, no tiene justificación, de cara al principio de legalidad, que por vía de una interpretación extensiva de la definición legal se pretenda señalar que la referencia a “otro” podría referirse también un aparato organizado de poder. Se trata, en términos simples de forzar la definición legal adecuándola a supuestos no contemplados en la misma.

Por otro lado, de la redacción del artículo 29 del Código Penal colombiano se desprende que la responsabilidad en la autoría mediata se limita al hombre de atrás, debiendo quedar impune quien se ha utilizado como instrumento, pues la norma limita la autoría a quien realiza el hecho *a través del instrumento*, quedando claro que este último no es responsable penalmente.<sup>37</sup> Por lo tanto, asumir que el instrumento responda penalmente no es otra cosa que negar su carácter meramente instrumental y en esa medida carente de responsabilidad.

Si se tiene en cuenta la posibilidad de aplicar la fórmula de la coautoría a este tipo de casos, que es a la que más se recurre<sup>38</sup> en contraposición a la de la autoría mediata, y que fue la utilizada a lo largo de muchos años por parte de la Corte Suprema de Justicia, se deben tener en cuenta algunas observaciones, que servirían para descartar también tal posibilidad:

Tratándose de delitos cometidos en el seno de un aparato organizado de poder, la conducta desplegada por quienes así actúan no se adecúa a la definición legal de la coautoría, porque la misma da cuenta de la existencia de un “acuerdo común” con “división del trabajo criminal” lo que no se presenta cuando estamos en presencia de

---

<sup>37</sup> Señala la Corte Suprema de Justicia *que* “(...) cuando una persona, sin pacto tácito o expreso, utiliza a otra como simple instrumento para que realice el hecho objetivamente típico. El fenómeno ocurre, entonces, cuando el ‘hombre de atrás’ es el único responsable, porque el instrumentalizado no realiza conducta, o despliega conducta que no es típica, u obra en concurrencia de una causal de no responsabilidad - excluyente de antijuridicidad o de subjetividad- o es inimputable”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de única instancia de 29 de septiembre de 2003, radicación 19734. Es de aclarar que la ausencia de responsabilidad del instrumento se sostiene siempre y cuando no se acepte la idea de que puede existir un instrumento que actúe de manera culposa.

<sup>38</sup> Véase por ejemplo: Hirsch, Jans Joachim. *Acerca de los límites de la Autoría Mediata. Derecho Penal. Obras completas. Libro homenaje*, t. I, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni (1999); Jescheck, Hans. *Tratado de Derecho Penal*. Bosch (1981). 4ta. Ed. Edit. Comares (1993); Jakobs, Günter (1995). *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teorías de la Imputación*. Marcial Pons Ediciones Jurídicas S.A. Madrid.

aparatos organizados de poder, puesto que, pudiendo existir un objetivo común, difícilmente las decisiones que se toman al interior de estos aparatos organizados se acuerdan con los niveles inferiores, sobre todo si se advierte en su estructura es vertical y piramidal.

En lo que a la división de trabajo se refiere, es necesario aclarar que la mayoría de veces el trabajo del mando consiste sencillamente en impartir la orden, sin que le corresponda realizar actos de ejecución o distribución de tareas.

### **3.2 Razones que desde el punto de vista de las garantías impiden la aplicación en nuestro sistema legal de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder**

Frente a la aplicación de la tesis de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder, y especialmente en lo relacionado con la responsabilidad penal de los mandos dentro de la organización, se estima que esta posibilidad no hace cosa diferente a establecer una cláusula general de responsabilidad en cabeza de los dirigentes, lo que los llevaría a responder penalmente por las actuaciones de sus subalternos sin que se tengan en consideración criterios de responsabilidad personal. Esto es, los mandos de la organización, en consideración a su posición, se verían obligados a asumir responsabilidad tanto por las acciones que se encuentren en el marco de sus órdenes, como frente a aquellos resultados diferentes que sus subalternos (que no se encontrasen dentro del plan criminal, o no correspondiendo a las intención de quien dio la orden), llegaren a producir.

Para mayor ilustración valga recordar el caso Machuca.<sup>39</sup> Fue un caso en el que el Comando Central -COCE- del Ejército de Liberación Nacional (ELN) ordenó concretamente la voladura de unos oleoductos, sin embargo, al momento de la ejecución de la tarea, los guerrilleros que tenían asignada dicha labor provocaron con la explosión un incendio que produjo entre otros daños la muerte de 84 personas. Lo destacable de este ejemplo no es el reproche que pudieran merecer los líderes de dicha conducta o sus ejecutores materiales, sino la posibilidad de que en la ejecución de una tarea ordenada puedan producirse resultados no decididos ni pretendidos por quien emitió la orden. El punto aquí es que el hecho de liderar una organización o dar una orden no implica que se deba responder por cualquier tipo de resultado o decisión que produzcan o tomen los ejecutores, esto es, asumir posturas de responsabilidad objetiva. Al respecto es de recordar que nuestro Código Penal vigente establece entre sus normas rectoras el principio de responsabilidad personal, así, el artículo 12 reza: “Solo se podrá imponer penas por conductas realizadas con culpabilidad. Queda erradicada toda forma de responsabilidad objetiva”.

A partir de lo que se expone, se hace clara referencia al “principio de responsabilidad”, la preocupación por este se encuentra presente en varios de los autores estudiados en la elaboración del presente trabajo, en este sentido se procederá a realizar algunas citas puntuales:

A este respecto, Carolina Bolea Bardón afirma:

“La ruptura del «principio responsabilidad», que comporta calificar en el ámbito de las organizaciones criminales a los dirigentes de las mismas como autores mediatos

---

<sup>39</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 7 de marzo de 2007. Rad: 23.825.

de los delitos cometidos por los que actúan cumpliendo órdenes, lleva a algunos autores a rechazar esta forma de autoría y a acudir, en su lugar, a la coautoría”.<sup>40</sup>

Por su parte, de una manera más categórica, Alejandro Aponte Cardona, quien apoya la tesis de la autoría mediata, se refiere al principio de responsabilidad en los siguientes términos:

“es de destacar que la admisión en este ámbito de la autoría mediata supone, una vez constatada a la plena responsabilidad penal del ejecutor material, una clara ruptura del tantas veces aludido «principio de responsabilidad». Criterio que, como ya hemos visto en otras constelaciones de casos, a menudo es empleado como baremo jurídico delimitador. (...) De hecho, una aplicación consecuente del «principio de responsabilidad» en este ámbito debería conducir a la negación sistemática de la figura del autor tras el autor; sin posibilidad, por tanto, de admitir que la conducta de los hombres de detrás se pueda corresponder estructuralmente con una autoría”.<sup>41</sup>

Para concluir con las citas a este respecto, Francisco Muñoz Conde, preocupado por la posible ampliación desmedida de la punibilidad al imputar responsabilidad sin diferenciar la modalidad de participación, anota:

“(…) en el Derecho penal hay que aplicar, en cambio, criterios referidos al hecho y a la situación de acción (41). Con ello existe el peligro de imputar una responsabilidad sin diferenciar entre autoría, inducción y complicidad (42), lo que conducirá en la praxis a una ampliación de la punibilidad difícilmente compatible con las garantías del Estado de Derecho y con el principio de intervención mínima y ultima ratio del Derecho penal”.<sup>42</sup>

#### 4. Posición jurisprudencial asumida por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, hasta hace apenas un par de años, optó por apartarse de la teoría del dominio del hecho planteada por Roxin y, en su lugar predicar la existencia de coautoría en los eventos de actuación a través de aparatos organizados de poder.

Ante casos paradigmáticos como el de Carlos Castaño por la muerte del senador Cepeda<sup>43</sup> o el caso Machuca,<sup>44</sup> la Corte Suprema de Justicia optó por insistir en que la

<sup>40</sup> Bolea Bardon, Carolina (2000). *Autoría mediata en Derecho Penal*. Tirant Lo Blanch. Valencia España, pág. 358.

<sup>41</sup> Aponte Cardona, Alejandro. Op. Cit. pág. 226.

<sup>43</sup> Muñoz Conde, Francisco. ¿Cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia organizada y empresarial? Consultado el 12 de junio de 2011 en: [www.enj.org](http://www.enj.org)

<sup>44</sup> El senador Manuel Cepeda Vargas fue el último congresista de la Unión Patriótica. Asesinado al occidente de Bogotá el 9 de agosto de 1994.

<sup>45</sup> La Masacre de Machuca fue una masacre ocurrida el 18 de octubre de 1998 por parte del Ejército de Liberación Nacional (ELN) en el corregimiento de Machuca, municipio de Segovia (departamento de Antioquia) tras dinamitar un oleoducto, provocando la muerte de 84 personas.

<sup>44</sup> Hernández Esquivel, Jorge Alberto. *Evolución doctrinal y jurisprudencial de la teoría del dominio del hecho*. Consultado el 5 de mayo de 2011 en:

<http://foros.uexternado.edu.co/ecoinstitucional/index.php/derpen/article/viewFile/615/580>

autoría mediata implicaba necesariamente la no responsabilidad del ejecutor material y por lo tanto no era aplicable por ser, en estos casos, plenamente responsable el ejecutor, consideró que para estos fenómenos constituía una respuesta más adecuada la coautoría para el tratamiento de las diversas personas, cualquiera que fuera su ubicación dentro de la organización.<sup>45</sup>

Como se señalaba líneas atrás, en nuestra legislación las consecuencias en términos de pena para el autor y el coautor son idénticas, esto da muestra de que la calificación en el proceso como uno u otro no tiene relevancia en estos términos, es decir que lo que se juega en la práctica al tratar como autor a quien profiere la orden dentro del aparato organizado de poder no es un mayor o menor castigo, sino que en todo caso se persiguen fines simbólicos como se procede a explicar:

A través del doble juzgamiento tanto del ejecutor material del hecho como de los mandos de la organización, se pretende alcanzar fines preventivos generales positivos y negativos. Se procura atemorizar y enviar un mensaje de tranquilidad a la opinión general, esto, a través del castigo. Dicho mensaje no es otro que el de la lucha contra la impunidad; se pretende, por tanto, demostrar que la sanción penal llega a todos los niveles incluyendo a los líderes de las organizaciones criminales.

A partir de decisiones jurisprudenciales adoptadas en años recientes<sup>46</sup> la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha optado por dar aplicación a la teoría de Roxin sobre autoría mediata a través de aparatos organizados de poder, en un primer momento para el juzgamiento de líderes de organizaciones armadas guerrilleras y paramilitares y más adelante extendiéndola a casos de miembros de la clase política involucrados con grupos armados ilegales.

Para finalizar, teniendo en cuenta que la fórmula de la autoría mediata para resolver crímenes cometidos por parte de aparatos organizados de poder se abre paso para su aplicación en los sistemas jurídicos de diferentes países alrededor del mundo.<sup>47</sup> Y en especial como fundamento de decisiones de la Corte Penal Internacional,<sup>48</sup> se percibe una tendencia dentro del derecho penal interno encaminada a la aplicación de la teoría de la autoría mediata para este tipo de casos.

En otros términos, se están asumiendo figuras dogmáticas foráneas por vía de interpretación jurisprudencial de la ley, cuando es claro, tal como se explicó, que en nuestro ordenamiento jurídico tal figura no tiene cabida. Lo que quiero señalar es que este tipo de soluciones por vía jurisprudencial contradicen abiertamente los principios de

---

<sup>46</sup> Son sentencias importantes por los claros cambios de línea jurisprudencial, entre otras: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia 29221 de 2 de septiembre de 2009. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia 32805 de 23 de febrero de 2010. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Radicado 32.000 del 14 de septiembre de 2011

<sup>47</sup> La teoría se empezó a aplicar principalmente en Alemania pero luego ha sido adoptada por parte de diferentes países, tal es el caso de la sentencia contra Alberto Fujimori por parte de la Corte Suprema del Perú-Corte Suprema del Perú, Primera Sala Transitoria, sentencia del 30 de diciembre de 2009.

<sup>48</sup> Decisión Katanga, Prosecotur vs. Katanga and Ngudjolo Chui. Citada por Ambos, Kai. *Sobre la "organización" en el dominio de organización*. InDret-Revista para el Análisis del Derecho. Pág. 5. Consultado el 19 de julio de 2011 en: <http://www.indret.com/pdf/839.pdf>

legalidad (ley previa, escrita y estricta), tipicidad (al adecuar comportamientos en contraposición de los preceptos legales) y responsabilidad personal (al introducir criterios de responsabilidad objetiva).

### Consideraciones finales

Realizado el presente estudio, se concluye lo siguiente:

- El aspecto más relevante de la teoría de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder es que sirve para imputar responsabilidad penal tanto a quien ha ejecutado el hecho de propia mano como a quien no lo ha hecho y se encuentra vinculado al mismo en virtud de su pertenencia, con cierto poder de mando, al aparato organizado de poder.
- Las razones a favor de la coautoría, que también presenta problemas en su aplicación, no se resuelven en cuanto a la cantidad de pena, esto demuestra que la calificación en el proceso como autor o coautor obedece a fines simbólicos.
- La aplicación de la teoría estudiada cumple en algunos casos fines eminentemente simbólicos, esto en términos de transmitir a la opinión pública la idea de que se está combatiendo el crimen organizado en todos los niveles, incluidos los dirigentes.
- Dentro del sistema legal colombiano, y a partir de la definición de la autoría propia del Código Penal, se concluye que no es posible por vía de interpretación extensiva deducir que se pueda hablar de autoría mediata utilizando por instrumento no a una persona, sino a un aparato organizado de poder.
- De cara al principio de responsabilidad existen reparos a la aplicación de la teoría de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder, esto por cuanto deben rechazarse criterios de responsabilidad objetiva que se derivan de su aplicación, en especial en lo que al juzgamiento de los dirigentes de la organización se refiere.
- La Corte Suprema de Justicia viene introduciendo por vía jurisprudencial la teoría de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder, en contra de la ley y del principio de responsabilidad, esto con el propósito de asumir posiciones jurídicas foráneas. Los motivos que hacen proceder de tal manera a nuestros jueces no parecen ser otros, tal como se apunta a lo largo del presente trabajo, que el cumplimiento de fines simbólicos proyectados tanto al ámbito interno como externo, esto es, un claro mensaje de lucha contra la impunidad y combate a la delincuencia en todos los niveles, incluidos los de dirección y mando.

## Referencias Bibliográficas

Ambos, Kai (1998). *Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder*. Traducción de Manuel Cancio Meliá, Cuadernos de conferencias y artículos n° 20, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

Aponte Cardona, Alejandro (2001). *Persecución penal de crímenes internacionales. Diálogo abierto entre la tradición nacional y el desarrollo internacional*. Konrad Aadenauer Stiftung. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá.

Aramburo, Maximiliano. *La delincuencia en la empresa: problemas de autoría y participación en delitos comunes*. Grupo de investigación grupo de estudios penales [GEP] Universidad Eafit. Medellín, 2006.

Bailones, Matías. *El autor de escritorio y el ejecutor fungible: una modesta aproximación a la teoría de Claus Roxin*. Memorias del XIV Congreso Latinoamericano de Derecho Penal y Criminología. Valparaíso, Chile, Septiembre de 2002. Consultado el 25 de agosto de 2011 en: [http://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/autoría\\_mediata.htm](http://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/autoría_mediata.htm).

Bolea Bardon, Carolina (2000). *Autoría mediata en Derecho Penal*. Tirant Lo Blanch. Valencia España.

Bruera, Matilde (2001). *Autoría y dominio de la voluntad a través de los aparatos organizados de poder*. En: AAVV. *Nuevas Formulaciones en las Ciencias Penales*. Edición Homenaje al Dr. Claus Roxin, Lerner, Córdoba. Edición dirigida por Carlos Julio Lascano.

Cerezo Mir, José. *Autoría y participación en el nuevo Código Penal español*. En: Nuevo Foro Penal (Medellín). Vol. 01, No. 64, Ene.-Abr. 2003. Tercera Época. págs. 90-111. ISSN 01208179.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, sentencia de única instancia de 29 de septiembre de 2003, radicación 19734.

..... Sala de Casación Penal. Sentencia del 7 de marzo de 2007. Rad: 23.825.

..... Sala de Casación Penal. Sentencia del 8 de agosto de 2007 en el radicado 25.974.

..... Radicado 28.779 del 9 de diciembre de 2009.

..... Sala de Casación Penal. Sentencia No 29640 Aprobado acta número 295. Bogotá, D.C, del 16 de septiembre de 2009.

..... Radicado 32.000 del 14 de septiembre de 2011.

Díaz, Miguel y García Conlledo (1991). *La autoría en derecho penal*. España: Promociones y Publicaciones Universitarias, pág. 787.

Gómez González, Hernando. *Consideraciones sobre la Coautoría y Autoría Mediata en los Delitos de Propia Mano en el Código Penal Español*. Letras Jurídicas Revista electrónica de Derecho ISSN 1870-2155 Número 1.

Hernández Esquivel, Jorge Alberto. *Evolución doctrinal y jurisprudencial de la teoría del dominio del hecho*. Consultado el 5 de mayo de 2011 en: <http://foros.uexternado.edu.co/ecoinstitucional/index.php/derpen/article/viewFile/615/580>

Hernández Noriega, Alexandra y otros. *Reflexiones sobre la aplicabilidad de la “teoría de autoría mediata en aparatos organizados de poder”* En Colombia. Univ. Estud. Bogotá (Colombia) N° 5: 65-84, enero-diciembre de 2008. Consultado el 15 de mayo de 2011 En:[http://www.javeriana.edu.co/Facultades/C\\_Juridicas/pub\\_rev/univ\\_est/documents/4Hernandezyotros.pdf](http://www.javeriana.edu.co/Facultades/C_Juridicas/pub_rev/univ_est/documents/4Hernandezyotros.pdf)

Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado De Bogotá - 9 de junio de 2010 - 20080002500. Sentencia de juzgamiento del Coronel Plaza Vega por retoma del Palacio de Justicia.

Jakobs, Günther (1997). *“Derecho Penal, Parte General”*, 2° edición, ed. Marcial Pons, Madrid, 1997.

\_\_\_\_\_ (2010). *Sobre la Autoría del Acusado Alberto Fujimori Fujimori*. En: Ambos Kai; Meini, Iván. *La Autoría Mediata. El Caso Fujimori*. Edit. Ara. Perú.

Lascano (h), Carlos Julio: *Teoría de los aparatos organizados de poder y delitos empresariales*. En: AAVV. *Nuevas Formulaciones en las Ciencias Penales*. Edición Homenaje al Dr. Claus Roxin, Lerner, Córdoba. Edición dirigida por Carlos Julio Lascano.

Márquez Cárdenas, Álvaro Enrique (2002). *La autoría mediata en el derecho penal: formas de instrumentalización*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, pág. 392 ISBN 9588192145 (343.2/M357)

Muñoz Conde, F. (2001). *¿Cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia organizada y empresarial?* En: AA.VV. *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología*. UNED, Madrid, págs. 501-531.

Muñoz Conde, Francisco. Introducción a Roxin, Claus. *Política Criminal y sistema del derecho penal*. 2° edición, Hammurabi, Bs. As., 2000.

Roxin, Claus (2010). *Apuntes sobre la sentencia-fujimori de la corte suprema del Perú* en: Ambos Kai; Meini, Iván. *Autoría Mediata, La El Caso Fujimori*. Edit. Ara. Perú.

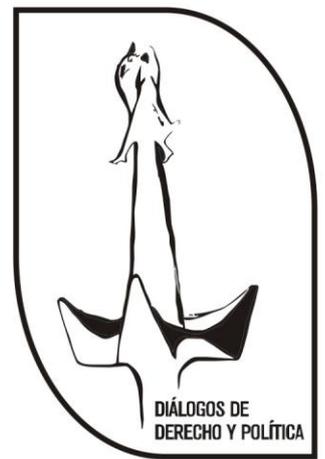
\_\_\_\_\_ (1998). *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*. España: Marcial Pons, pág. 750.

\_\_\_\_\_ (2004). *La Autoría Mediata por Dominio en la Organización y Las Formas de Participación en el Delito*. En: *Problemas Actuales de la Dogmática Penal*. Ara Editores. Primera Edición. Lima.

\_\_\_\_\_ (2000). Palabras previas a la segunda edición en lengua castellana de '*Política Criminal y sistema del derecho penal*', Hammurabi, Bs As.

\_\_\_\_\_ *Problemas actuales de Política Criminal*. Conferencia traducida por Enrique Díaz Aranda, dictada el 4 de septiembre de 2000, en el auditorio Jaime Torres Bodet, del Museo Nacional de Antropología e Historia, México.

Zaffaroni, Eugenio Raúl (2000). *Derecho Penal. Parte General*. Ediar, Bs As.



## Prevención situacional y control de los espacios públicos. Revisión de algunos modelos teóricos a propósito del contexto colombiano

**Alex García Pulgarín**

Abogado y Especialista en Derecho Penal, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia.

Correo electrónico: [axlgarcia1984@gmail.com](mailto:axlgarcia1984@gmail.com)

## Resumen

En las páginas en que se desarrolla este artículo, se exponen de manera resumida las ideas y conceptos fundamentales de lo que en materia criminológica se conoce con el nombre de Escuela de Chicago y teoría de la prevención situacional así como, las ventanas rotas y la Tolerancia cero, dos de las técnicas resultantes de los modelos teóricos aludidos. También se hace un repaso a las críticas y problemas que presentan cada uno de estos esquemas teóricos y las consecuencias de su implementación a través de las técnicas revisadas, todo lo anterior, para mostrar la vigencia y aplicación práctica de estos esquemas en el contexto colombiano.

**Palabras clave:** prevención situacional; Escuela de Chicago; Teoría de las ventanas rotas; Teoría de la tolerancia cero; control del delito; control de los espacios públicos.

## Prevención situacional y control de los espacios públicos, revisión de algunos modelos teóricos a propósito del contexto colombiano\*

### Introducción

El punto de partida de este trabajo comprende el estudio de la Escuela de Chicago, la teoría de la prevención situacional y dos de sus técnicas más importantes: las ventanas rotas y la tolerancia cero, a las cuales pretendo aproximarme, haciendo un análisis de los de los conceptos y aportes elaborados por dichas teorías criminológicas consideradas de gran trascendencia y algunas críticas o problemas que presentan dichos modelos teóricos; finalmente, me aventuraré a lanzar algunas hipótesis respecto a la aplicación o no de estas teorías en el marco de algunas de las políticas desplegadas en materia de espacio público y control de la criminalidad en nuestro país y algunas ideas a modo de conclusión.

El objetivo general de este trabajo es mostrar o indagar sobre algunas “relaciones” entre las teorías que aquí se presentan y algunas prácticas o políticas derivadas de la puesta en marcha de políticas resultantes de las mencionadas teorías, en el contexto colombiano. Se trata, en resumen, de evidenciar cómo en Colombia se ha dado una importación acrítica de estas teorías y los posibles efectos que puede ocasionar en nuestro contexto; por lo tanto, una vez estudiados algunos de los postulados más importantes de la Escuela de Chicago y de la teoría de la prevención situacional se desarrollaran algunos puntos relevantes en cuanto a la aplicación o recurrencia práctica de los mencionados modelos teóricos analizados, recurriendo a algunos casos puntuales que así lo evidencian.

### 1. Escuela de Chicago (Espacio Público y algunas teorías criminológicas). La Escuela de Chicago o la teoría ecológica

Adquiere este nombre en razón a la ciudad de Chicago en los Estados Unidos, donde en el año 1892 y gracias a los aportes del magnate del petróleo y el acero, John D. Rockefeller (1839-1937) se fundaría la Universidad que lleva su mismo nombre. Ese mismo año, surge el Departamento de Sociología de la Universidad de Chicago, uno de los primeros sobre tal disciplina en el mundo, fundado por Albion W. Small (1854-1926). Small como un número importante de sociólogos de la época, era un partidario de lo que se conoce como darwinismo social,<sup>1</sup> y fue uno de los primeros y principales contribuyentes teóricos de la Escuela de Chicago.

Fue entonces en el Departamento de Sociología de la Universidad de Chicago, donde se desarrolló dicha escuela de pensamiento. Sin embargo, “los estudios propiamente criminológicos [se dieron en la Escuela de Chicago] a partir de que al Departamento de Sociología se uniera Robert Ezra Park (1864-1944) en 1915, y posteriormente también Ernest W. Burgess (1886-1966) en 1921. Estos autores continuaban la obra del sociólogo

---

\* Este texto es derivado del trabajo de grado para optar el título de Especialista en Derecho Penal de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.

<sup>1</sup> “Este enfoque teórico consideraba a la sociedad como un organismo que a través de su desarrollo mantiene cierto equilibrio ecológico, resultado de la competencia por las oportunidades en el trabajo y en las acciones sociales.” Anitua, Gabriel Ignacio (2005). *Historias de los pensamientos criminológicos*. Editores del Puerto S.R.L. Buenos Aires. pág. 251.

Edward A. Ross (1866-1951), autor en 1901 de un influyente libro llamado *control social*, un término que, (...) tendría un gran éxito en la sociología, pero también en la criminología e incluso en el derecho penal”.<sup>2</sup>

En el fondo de las formulaciones teóricas de la Escuela de Chicago, encontramos la introducción de un nuevo objeto de observación en el saber criminológico hasta entonces dominado por el pensamiento positivista. Para los teóricos de la Escuela de Chicago no será el delincuente el objeto de su atención; el nuevo campo u objeto de observación será la ciudad y en particular la ciudad de Chicago, que para la época, como muchas otras ciudades, consolidaba el proceso de industrialización ocasionando una gran explosión demográfica que produjo la llegada de grandes cantidades de inmigrantes de los países de Europa que huían de la guerra, las crisis económicas y las persecuciones políticas de algunos regímenes así como enormes capas de población campesina de los Estados Unidos, que arribaban a la ciudad en busca de los ideales del floreciente capitalismo Norteamericano.

Es la ciudad el recipiente de la confluencia de una masa importante de población llegada de distintas partes, que hablan incluso distintos idiomas, con distintas costumbres, valores y expectativas de vida.

Todo ello aparecería compilado en la gran obra que publicaron Park y Burgess junto a Mckenzie en 1925 llamada la ciudad. Es allí donde aparecería la famosa figura de la media luna en forma de diana, representativa de la ciudad de Chicago y de sus diversas áreas. (...) La ciudad en general permitía la confusión, la movilidad y por lo tanto el refugio y la creación de personalidades conflictivas, como vagabundos, alcohólicos, prostitutas y delincuentes. Pero todos ellos serían, no obstante, reprimidos y censurados en determinadas áreas morales, en las cuales merced [al] control social, no se verificaban importantes conflictos sociales. Sin embargo, esos centros de control social no solucionaban el problema de la ciudad, pues esas individualidades que reflejaban tales problemas no siempre eran “acogidas” y “controladas” por la comunidad local, sino que normalmente eran expulsadas y encontraban entonces su acomodo en otras áreas donde dicho control sería más laxo.<sup>3</sup>

Con la Escuela de Chicago se comienza a tratar la cuestión criminal como un hecho social, continuando con el autor Gabriel Ignacio Anitua “lo que es realmente novedoso, e iniciador de una sociología criminal, es su consideración del delito como una “obra colectiva”. Debe recordarse que hasta entonces, tanto el pensamiento contractualista juricista como el positivista médico, consideraba el delito como un acto con causas o culpas meramente individuales”.<sup>4</sup>

En la Escuela de Chicago surgió la “teoría ecológica”, su referente conceptual fue la ecología, la rama de la biología que se encarga de estudiar la relación entre los seres vivos

---

<sup>2</sup> Ibidem. Pág. 257. De hecho, se habla de la escuela de Chicago para referirse a toda la producción académica de esa Universidad en distintos campos del saber, como la lingüística, la sociolingüística, la economía, el trabajo social, pero en materia criminológica, si bien es cierto, que también se habla de la teoría de la Escuela de Chicago, parece más preciso referirse a la teoría Ecológica para aludir a la corriente criminológica que se desarrolló en dicha Universidad.

<sup>3</sup> Ibidem. págs. 259-260.

<sup>4</sup> Ibidem. pág. 267.

y de éstos con el ambiente. De acuerdo con este esquema explicativo los autores de la Escuela de Chicago, asumen que la ciudad se puede considerar como un organismo vivo, en el cual se encuentran todos los fenómenos que se presentan en la naturaleza: simbiosis, invasión, dominación y sucesión. Estos fenómenos son tomados de la biología. Las plantas que crecen juntas llegan a tener cosas en común. A este fenómeno se le denomina simbiosis. Cuando una especie es sembrada en determinado sitio (invasión), rápidamente llega a extenderse (dominación) y finalmente termina por quedarse como la especie dominante (sucesión).<sup>5</sup>

La teoría ecológica plantea “Que las características físicas y sociales de determinados espacios urbanos de la moderna ciudad industrial *generan* la criminalidad y explican, además, la *distribución* geográfica del delito por áreas o zonas [esta] es la tesis más relevante de la Escuela de Chicago”.<sup>6</sup>

Utilizando la ciudad de Chicago como su laboratorio social Robert Park y Ernest W. Burgess, fundamentaron, como se dijo antes, su esquema explicativo en círculos concéntricos<sup>7</sup> o sea dividiendo la ciudad en zonas circulares a las cuales numera y describe de acuerdo a su ubicación y a las cuales va atribuyendo ciertas características, según las describe.

En la zona I está el punto central de la ciudad, el sistema central de comercio, allí se encuentran los grandes bancos, aseguradoras, hoteles, empresas, es el lugar donde se acumula la mayor riqueza y a donde confluyen los habitantes a realizar todo tipo de transacciones o para trasladarse a otros puntos del espacio de la ciudad debido a que la mayoría del transporte converge en el centro. Dadas las características descritas, en esta primera zona es habitual el delito contra la propiedad debido a las operaciones comerciales que allí se realizan se presentan asaltos y hurtos.

La zona II la conforman las construcciones viejas y deterioradas que fueron edificadas antes de la gran urbe, y no lograron el desarrollo alcanzado en el centro; es el lugar donde residen en su mayoría los delincuentes junto con familias de escasos recursos económicos generándose un ambiente de hostilidad porque es también el lugar que este autor denomina de transición donde se instalan los nuevos obreros y migrantes que llega a la ciudad.

La Zona III estaría compuesta por los proyectos de desarrollo urbano, en estos sitios viven familias de clase media o media baja; estas familias son en general trabajadores con

---

<sup>5</sup> González, Zapata Julio. Notas de clase suministradas por el profesor en el módulo de teorías criminológicas, correspondiente a la asignatura *Criminología y Política Criminal*, semestre I de 2011 de la Especialización en Derecho Penal de la Universidad de Antioquia, texto sin publicar. pág. 98.

<sup>6</sup> García-Pablos De Molina, Antonio. *Tratado de criminología. (Introducción. Modelos teóricos explicativos de la criminalidad. Prevención del delito. Sistemas de respuesta al crimen)*. Op.cit. pág. 644. Citado por: González, Zapata Julio. Notas de clase suministradas por el profesor en el módulo de teorías criminológicas, correspondiente a la asignatura *criminología y política criminal*, semestre I de 2011 de la Especialización en Derecho Penal de la Universidad de Antioquia, texto sin publicar. pág. 101.

<sup>7</sup> Es importante mencionar que, una de las características de la ciudad de Chicago, que influyó además notablemente en el desarrollo de las propias ideas de la Escuela de Chicago, fue el crecimiento de dicha ciudad en forma circular o radial lo que le permitió a Parker y Burgess desarrollar su teoría de la Dianas en su libro *la ciudad*.

ingresos que les permiten vivir algo cómodos. Es posible que dada la cercanía con la Zona II se presenten algunos hechos como hurtos a domicilios entre otros.

Finalmente, esta teoría contempla un cuarto y quinto anillos o círculos, la parte más alejada de la urbe y el comercio central, son los lugares de las personas adineradas con grandes casas y automóviles, con sistemas de alarma y personal de servicio y policía, zonas poco frecuentadas por los delincuentes por su difícil acceso y presencia policial, allí están localizadas las clases medias y los suburbios de las clases altas.

Algunas hipótesis resultantes de esta propuesta de división consisten en afirmar que los nuevos inmigrantes, que inicialmente se instalaban en la zona de transición, si prosperaban se trasladaban más lejos, con tendencia hacia las zonas III, IV y V. Así mismo, si la ciudad crecía considerablemente, áreas que habían estado en las zonas III y IV podían encontrarse formando parte de la zona de transición, con el correspondiente deterioro de la misma, es decir que con el paso del tiempo la actual zona I pudo ser en un comienzo tres zonas distintas. Para Burgess, la zona denominada de transición era un área con graves carencias de integración, dónde constantemente llegaban inmigrantes de diferentes culturas, y donde los niños y los jóvenes en particular tenían dividida su lealtad entre sus costumbres de procedencia y su nuevo hogar. Era una zona de desorden y potencialmente apta para el delito.

Además, las observaciones de Park y sus colegas permitieron afirmar que la zona de más altos índices de delincuencia era la zona II. Es la zona más deteriorada, abandonada y lugar de llegada de los inmigrantes, pues los costos de estas viviendas eran los más baratos. Esta era la zona de la ciudad que presentaba la mayor movilidad de las personas, lo que garantizaba el anonimato y la [...] falta de control social informal. El aspecto físico de esta zona invitaba a la delincuencia, pues parecía una tierra de nadie. En esta zona concurrían una serie de factores: deterioro físico, un bajo status económico de sus habitantes y una gran heterogeneidad de la población. La población en su mayor parte, había nacido afuera, tenía las rentas más bajas de la ciudad y presentaba problemas sociales como ausentismo escolar, altas tasas de mortalidad infantil, delincuencia adulta, prostitución, altas tasas de desempleo y alcoholismo.<sup>8</sup>

De la exposición anterior se deduce claramente que una de las principales aportaciones de la Escuela de Chicago la constituye su modelo metodológico, que como se explicó, al introducir un nuevo objeto de observación, la ciudad, impulsan un análisis cultural de la criminalidad basado en la observación directa y en la estadística y trabajo de campo para una mejor comprensión de los fenómenos criminales y de organización social.

## 2. Prevención situacional

Los antecedentes de la prevención situacional se pretenden encontrar en Beccaria y Bentham. La prevención situacional parte de una ideología racionalista y utilitarista. Se concibe al hombre como un ser racional, que se mueve estimulado por el placer y el dolor y que por lo tanto frente al delito es capaz de calibrar los beneficios y los costos de su acción y obrar en consecuencia.

---

<sup>8</sup> González, Zapata Julio. Notas de clase suministradas por el profesor en el módulo de teorías criminológicas, correspondiente a la asignatura *criminología y política criminal*, semestre I de 2011 de la Especialización en Derecho Penal de la Universidad de Antioquia, texto sin publicar. pág. 98.

Becaria sostenía que era mejor prevenir el delito que castigarlo otorgando a la educación un papel importante en ésta tarea. La prevención del delito ha sido una preocupación de la criminología desde su nacimiento, la mayoría de las teorías criminológicas, explican el fenómeno criminal y a la vez tratan de reducir el delito. Basados en los modelos teóricos planteados por cada una de las distintas teorías se trata de intervenir y controlar tanto el modelo como la realidad criminal.

La empresa del positivismo fue, básicamente, poder diagnosticar tempranamente al delincuente para evitar que cometiera delitos mediante una *medida*, entendida como un tratamiento contra la peligrosidad. Durkheim consideró que el delito era normal pero lo calificó como una enfermedad social y le apostó a la educación moral como un mecanismo idóneo para reducirlo. En general, toda la criminología, con las probables excepciones de la teoría de la reacción social y el abolicionismo, estuvo preocupada por la prevención del delito y el control de los delincuentes y para ello elaboró sofisticados aparatos explicativos para entenderlos y poderlos controlar. Lo que tiene de peculiar la prevención situacional, es que se abandonan las preocupaciones por el delincuente o la delincuencia, y se centra sólo en buscar los medios de cómo poder controlar el delito.<sup>9</sup>

La prevención situacional nace unida a la llamada criminología administrativa, a finales de la década de los 70. Sin embargo, es en la década de los noventa cuando se consolida, como una respuesta escéptica ante las teorías criminológicas. Dificilmente podríamos considerar la prevención situacional como una teoría criminológica. Como se decía, se construye a partir del abandono de las preocupaciones por el delincuente, por las causas del delito y por los efectos que sobre la delincuencia pudiera tener la estructura social y económica. Gran parte de la prevención situacional nace al amparo del pensamiento económico. Está ligada indisolublemente al neoliberalismo, indudablemente favoreciendo los avances tecnológicos, especialmente de aquellos campos que facilitan la vigilancia, el seguimiento y el control de las personas y de las cosas.<sup>10</sup>

La “prevención situacional” comparte con el pensamiento clásico la idea de que el delito es una opción racional, utilitaria, instrumental y altamente selectiva.<sup>11</sup> Por lo tanto, el delincuente es responsable de sus actos y la sociedad es la víctima, que tiene el derecho de utilizar todos sus recursos contra quien, calculando racionalmente la mejor oportunidad, ha decidido hacer daño a la sociedad delinquiendo.

---

<sup>9</sup> González Zapata Julio. Notas de clase suministradas por el profesor en el módulo de teorías criminológicas, correspondiente a la asignatura *criminología y política criminal*, semestre I de 2011 de la Especialización en Derecho Penal de la Universidad de Antioquia, texto sin publicar. pág. 261.

<sup>10</sup> Podrían consultarse con provecho: Whitaker, Reg (1999). *El fin de la privacidad*. Trad. Luís Prat Clarós. Buenos Aires, Paidós; Lyon, David (1995). *El ojo electrónico. El auge de la sociedad de la vigilancia*. Trad. Jesús Alborés. Alianza Editorial, Madrid. Citado por: González Zapata, Julio. Notas de clase suministradas por el profesor en el módulo de teorías criminológicas, correspondiente a la asignatura *criminología y política criminal*, semestre I de 2011 de la Especialización en Derecho Penal de la Universidad de Antioquia, texto sin publicar. pág. 262.

<sup>11</sup> García-Pablos De Molina. Antonio (1999). *Tratado de criminología. (Introducción. Modelos teóricos explicativos de la criminalidad. Prevención del delito. Sistemas de respuesta al crimen)*, 2ª ed., Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 891 y ss. Citado por: González, Zapata Julio. Notas de clase suministradas por el profesor en el módulo de teorías criminológicas, correspondiente a la asignatura *criminología y política criminal*, semestre I de 2011 de la Especialización en Derecho Penal de la Universidad de Antioquia, texto sin publicar. pág. 262.

Al entender que la única causa de los delitos es una decisión tomada en forma individual y calculada, la política criminal queda despojada de cualquier responsabilidad sobre el contexto del delito y la criminología despojada de cualquier preocupación por las causas remotas del delito.

la denominada “prevención situacional” no se interesa por las “causas” del delito, (prevención primaria)<sup>12</sup> sino por sus manifestaciones o formas de aparición, instrumentando programas que se limitan a neutralizar las “oportunidades”, pero dejan intactas las raíces profundas del problema criminal<sup>13</sup> y de esta manera, liberada la sociedad, pero especialmente el Estado, de cualquier compromiso con la génesis del delito, la lucha contra el mismo se convierte en un problema de resultados: ¿cuántos se han capturado? o ¿cómo se han reducido los índices de criminalidad?. Un asunto de estadística.

Este pragmatismo exacerbado, no permite el menor espacio para la reflexión teórica ni para la planeación a largo plazo en lo concerniente al diseño de políticas de prevención del delito. No se permite interpretar los problemas sino que se pide y de hecho se actúa inmediatamente sobre ellos.

Hoy interesa más, pues, prevenir el crimen e intervenir en el mismo, que elaborar nuevos expedientes teóricos explicativos del comportamiento delincuencia. Pero de otra parte, la sociedad exige hoy a sus políticos e instituciones un control del delito eficaz, con resultados a corto plazo, que evidencien la rentabilidad de los recursos públicos e inversiones destinadas a tal fin. Los programas de prevención primaria concitan escaso entusiasmo porque nadie apuesta por intervenciones altruistas a medio y largo plazo cuyos éxitos, difíciles de evaluar, cosecharán en cualquier caso otros. Es lógico, por tanto, optar por estrategias abreviadas de prevención que, por contar con un sólido apoyo estadístico (alta selectividad temporal, espacial y situacional del crimen) aseguran, al menos, a corto plazo los rendimientos deseados.<sup>14</sup>

---

<sup>12</sup> Sobre el control del delito se ha hablado de tres clases de prevención, teniendo en cuenta las personas sobre las cuales se dirige: La *prevención primaria* reduce las oportunidades delictivas sin tomar en consideración a los transgresores reales o potenciales. La *prevención secundaria* tiene como objetivo cambiar a las personas, en especial quienes presentan probabilidades de desarrollar una trayectoria delictiva, antes de que decidan delinquir. La *prevención terciaria* se centra en el truncamiento de la trayectoria delictiva, ya sea en la extensión, la gravedad o la frecuencia de los actos delictivos; se ocupa, en suma, del “tratamiento” de los transgresores reales. García-Pablos De Molina, Antonio. *Tratado de criminología. (Introducción. Modelos teóricos explicativos de la criminalidad. Prevención del delito. Sistemas de respuesta al crimen)*. Op. Cit. págs. 882-883. Citado por: González Zapata, Julio. Notas de clase suministradas por el profesor en el módulo de teorías criminológicas, correspondiente a la asignatura *criminología y política criminal*, semestre I de 2011 de la Especialización en Derecho Penal de la Universidad de Antioquia, texto sin publicar. pág. 263.

<sup>13</sup> *Ibid.* Pág. 892. Citado por: González Zapata, Julio. Notas de clase suministradas por el profesor en el módulo de teorías criminológicas, correspondiente a la asignatura *criminología y política criminal*, semestre I de 2011 de la Especialización en Derecho Penal de la Universidad de Antioquia, texto sin publicar. pág. 246.

<sup>14</sup> *Ibid.* pág. 893. Citado por: González Zapata, Julio. Notas de clase suministradas por el profesor en el módulo de teorías criminológicas, correspondiente a la asignatura *criminología y política criminal*, semestre I de 2011 de la Especialización en Derecho Penal de la Universidad de Antioquia, texto sin publicar. pág. 246.

Por lo tanto, la prevención situacional considera que la lucha contra la delincuencia no es un problema que tenga que ver con las desigualdades sociales, la exclusión o las condiciones materiales en las que vive gran parte de la población, sino un problema que se puede resolver mediante mayores controles sociales y disminución de oportunidades a los delincuentes.

Gran parte de la criminología contemporánea, sobremanera la aplicada en el contexto colombiano, obedece a este esquema teórico, se proponen estrategias meramente situacionales de prevención del delito consistentes en neutralizar o reducir la oportunidad de delinquir en los contextos de mayor riesgo, sin interesarse en modo alguno por las causas profundas del problema criminal, reduciendo el asunto como lo veremos más adelante a un mero control del espacio público.

### 3. Teoría de las Ventanas Rotas

Se coincide en ubicar el origen de esta teoría en el año 1982 con un artículo publicado en la revista *Atlantic Monthly*, por dos investigadores norteamericanos (James Q Wilson y George L. Kelling), y titulado: *“ventanas rotas: la policía y la seguridad en los barrios.”*<sup>15</sup> El trabajo realizado por Philip Zimbardo, un psicólogo de la Universidad de Stanford fue el punto de partida y el que fundamentó la teoría de las ventanas rotas propuesta por estos autores; Zimbardo había llevado a cabo un experimento de comportamiento social en el año 1969 en el que utilizó dos vehículos exactamente iguales sin placa de identificación, igual color y características; al vehículo No. 1, lo abandonó en el barrio de Palo Alto en Sacramento California, en tanto que; el vehículo No 2, fue abandonado en el Bronx de New York. El de Palo Alto estaba intacto pero el ubicado en el Bronx tenía el capó levantado a la hora de iniciar el experimento. A menos de diez minutos de su abandono el automóvil del Bronx fue atacado por vándalos, relatan los autores en su artículo, que los primeros en llegar fueron una familia (padre, madre e hijo) y que en menos de 24 horas prácticamente todo lo considerado de valor dentro del vehículo había sido sustraído, así como que, la mayoría de los “vándalos” estaban correctamente vestidos, eran blancos y de buena presencia.<sup>16</sup> El vehículo ubicado en Palo Alto duró varias semanas intacto, por lo que se le destruyó una ventana, según los autores con un martillo por parte Zimbardo “pronto los transeúntes se unían a la destrucción, en pocas horas, el auto había sido dado vuelta, absolutamente estropeado. Otra vez los “vándalos” parecían ser principalmente gente blanca respetable.<sup>17</sup>

Deducen los autores que la propiedad descuidada es presa fácil de gente que sale a saquear; también incluso, de personas que habitualmente cumplen con la Ley pero que al notar que no hay límites se pueden ver inmiscuidos en conductas que habitualmente no realizarían.

---

<sup>15</sup> A partir de las interpretaciones de este texto se sentaron las bases de lo que se conoce con el nombre de “teoría de las ventanas rotas”; se originaron varias formulaciones de la misma y se comenzaron a desplegar políticas públicas en algunos países, bajo el influjo de modelos prácticos resultantes de los planteamientos de ésta teoría.

<sup>16</sup> James Q, Wilson y George L, Kelling; “Broken Windows. The police and neighborhood safety”, publicado en *The Atlantic Monthly*, Volumen: 249, N° 3, págs. 29-38, Marzo 1982. pág. 3.

<sup>17</sup> *Ibidem*.

Una ventana rota puede desencadenar un proceso de decadencia de la sociedad al punto de que un sector considerado como tranquilo puede degenerar en barrio peligroso, de no controlarse pequeños desórdenes se puede dar paso a lidiar con criminales. Un barrio estable, en nuestros términos un “buen barrio”, puede convertirse en pocos años en “una selva inhóspita y aterradora.”<sup>18</sup> Se inicia un proceso degenerativo en el que se comienza con una ventana rota, luego se romperán otras más y se continúa dejando de recoger las basuras, se reúnen mendigos en estas zonas, las personas dejan de salir a la calle, los vagos se apoderan de las calles, aparecen los ebrios y algunos traficantes y delincuentes y la zona termina así convirtiéndose en un lugar inseguro para sus habitantes por lo que algunos residentes terminan por abandonar el barrio, llegan entonces otras personas que no tienen el mismo sentido de pertenencia de los antiguos residentes y la zona termina convertida en un lugar sucio y desagradable que transmite la sensación de inseguridad.

En resumen, el crimen es el resultado del desorden, si en un edificio se rompe una ventana y ésta no se repara, luego aparecerá la basura, y luego la zona cercana al edificio se transforma insegura, consecuentemente ese desorden se transformará en delitos. Es necesario entonces evitar cualquier actitud o actividad que contenga desorden, los grafitis, acostarse en la calle, la reunión de algunas personas indeseables, evitar que ese vidrio roto destruya la comunidad.

Esta teoría retoma la concepción de desorganización social. Se considera presupuesto teórico dentro de lo que se describe como una *táctica comunitaria de prevención del crimen*,<sup>19</sup> como un recurso extrapenal en la política de prevención del delito.

La teoría de las ventanas rotas surge en la sociedad postindustrializada, en un momento en que el crecimiento demográfico de las ciudades alcanza grandes proporciones, lo que ocasiona que ciertos lugares específicos de la ciudad, (sobre todo las norteamericanas que es donde surge esta teoría), sean ocupados por determinados grupos de personas o que algunos residentes se muden a otros lugares por distintas causas. “Durante el desarrollo del individualismo moderno y urbano el individuo se sumió en el silencio de la ciudad. La calle, el café, el almacén, el ferrocarril, el autobús y el metro se convirtieron en lugares donde prevaleció la mirada sobre el discurso. Cuando son difíciles de sostener las relaciones sociales entre extraños en la ciudad moderna, los impulsos de simpatía que pueden sentir los individuos de la ciudad mirando a su alrededor se convierten en momentáneos”<sup>20</sup> la teoría de las ventanas rotas logra explicar esas desconfianzas, temores y sensación de inseguridad que surgen del nuevo tipo de relaciones sociales alcanzadas en el desarrollo de las ciudades modernas, descargando el peso de su argumentación en el

---

<sup>18</sup> *Ibidem*. pág. 4.

<sup>19</sup> “Esta táctica de prevención del delito surgió en el contexto anglosajón a partir de la década del 70 y puede considerarse una forma de pensar la prevención del delito -que se imbrica con formas de actuar- que se encuentra entre la táctica situacional-ambiental y la táctica social. Pavarini (1994) se refiere a ella como “prevención a través de la participación situacional”, mientras Crawford (1998) la incluye dentro del conjunto más amplio de la “prevención social y comunitaria (...) la prevención comunitaria del delito no sólo enfoca a la comunidad/vecindario como un objeto de las intervenciones, sino también, al mismo tiempo, como un actor. En esta dirección, la participación social de aquellos que comparten un espacio o unos valores es el canal básico de la intervención, que busca reconstruir el control social del territorio por parte de quien lo habita. Pavarini (1994).” Cfr. Sozzo, Máximo; “Seguridad Urbana y Tácticas de Prevención del Delito”, en: *Cuadernos de Jurisprudencia y Doctrina Penal*, Ad-Hoc, BsAs, N. 10, 2000, págs. 121-122.

<sup>20</sup> Sennet, Richard, *Came y Piedra el cuerpo y la ciudad en la civilización occidental*, traducción: Cesar Vidal, Alianza editorial S.A, primera edición 1997, tercera reimpresión 2007, pág. 381.

desorden, involucrando como grandes responsables ciertos grupos de marginales ubicados en algunos lugares específicos de la ciudad.

#### 4. Técnicas de control del espacio público

Las teorías analizadas sirven de fundamento a la táctica comunitaria de prevención del delito muy importante, sobre todo en el contexto norteamericano y más allá del mismo.<sup>21</sup> A partir de estas surgen entonces planteamientos de prevención del crimen que involucran a la comunidad en asocio con la autoridad y el tratamiento del espacio público.

Las propuestas prácticas resultantes van a girar en torno al control de pequeñas infracciones o incluso algunas conductas que no constituyen delito o dignas de reproche, como por ejemplo la reunión de jóvenes en la calle.

Al considerar que el primer indicador de la declinación urbana es, el crecimiento de las incivildades, ya que son el signo del desorden y - de lo que es aún más grave- del “a nadie le importa”, generando la creencia de que el ambiente comunitario está incontrolado y es incontrolable.

La solución propugnada [es] (...), romper el ciclo de la declinación urbana en sus primeras etapas, focalizando las técnicas de intervención en las incivildades, a través de la actividad policial. La policía debe encargarse, además de combatir el delito, de “mantener el orden”. Para ello, debe reforzar los mecanismos de control social informal de la comunidad, nunca reemplazarlos, ya que la institución policial, aun invirtiendo recursos extraordinarios no podría hacerlo. El control social es entendido en este marco teórico en forma dual: por un lado, son las formas de vigilancia de los residentes sobre su medio ambiente, que puede derivar en acciones por parte de ellos mismos o de otros actores; y, por el otro, es la actividad de regulación de la comunidad sobre las conductas de sus propios miembros a través de su propias reglas.<sup>22</sup>

La teoría de las ventanas rotas proyecta la imagen de defensa comunitaria, en la que la comunidad es atacada por los contra-valores del desorden que la impulsan en espiral de la declinación (del desorden al delito), identificada con los extraños, los que no pertenecen al ámbito comunitario, ciertos grupos de personas generalmente marginales deben ser controlados y puestos en su lugar.

Esta teoría ha incidido de forma determinante en el diseño de políticas locales de prevención del delito. Fue aplicada por primera vez en la ciudad de New York en el metro de esta ciudad para combatir algunas conductas incívicas como el no pago del transporte, el grafiti y/o el desorden al interior de los vagones de los trenes. Debido a su éxito en los años 90s se desplegó en toda la ciudad por parte del alcalde de la época Rudolf Giuliani la famosa política de “tolerancia cero”<sup>23</sup> que pretendía atacar cualquier conducta

<sup>21</sup> Cfr. Sozzo, Máximo (2000). *Seguridad Urbana y Tácticas de Prevención del Delito*. En: *Cuadernos de Jurisprudencia y Doctrina Penal*, Ad-Hoc, BsAs, N. 10, pág. 121.

<sup>22</sup> *Ibidem*, pág. 125.

<sup>23</sup> “Es conveniente (...) definir la expresión de ‘tolerancia cero’. En Estados Unidos, acostumbra a describir una serie de estrategias policiales dirigidas al pequeño delito, a los problemas menores de desorden urbano como medio de conseguir un descenso de los delitos más graves (Fagan/Davies, 2000)”. Larrauri Pijoan,

incivilizada entendiendo que así se disminuía la tasa de criminalidad como argumentan, los defensores de esta política. Sin embargo, como veremos a continuación esta teoría tiene no pocas falencias argumentativas que vale la pena recordar pues en el contexto colombiano son mencionadas por los gobernantes como el Non Plus Ultra en materia de control de la criminalidad.

El éxito, otorgado por algunos a este tipo de políticas de contención o mejor de prevención del crimen a través del control de ciertas incivildades, ha ocasionado una expansión global de las aplicaciones prácticas derivadas de la “teoría de las ventanas rotas”, por lo tanto hoy en día, en la mayor parte de ciudades del mundo e incluso en comunidades más pequeñas se recurre a algunas estrategias prácticas derivadas de sus postulados.

### 5. Críticas a estas teorías

Si bien, como se acaba de exponer en el acápite anterior, las teorías que acabamos de estudiar, en especial la teoría de las ventanas rotas, ha derivado en técnicas de control social aplicables en gran parte de las ciudades del mundo dentro de las cuales parece ser el ejemplo del New York de Gulianni el más sobresaliente, resultado de reducción de la criminalidad, otros autores sostienen que tal descenso se produjo en todo el país incluso en lugares donde no fue aplicada la política de tolerancia cero.

Una ulterior discusión de política criminal son los beneficios y los costes de este tipo de estrategias policiales, tomando como ejemplo el descenso de delitos producido en Nueva York desde el año 1993 en el que se llevó a término una estrategia policial basada al parecer en el modelo de las ventanas rotas. Esta reducción de la delincuencia es uno de los factores que explica la popularidad del slogan, y la exportación del modelo a numerosos países.

Los críticos (entre otros Harcourt; Young; Dixon; han apuntado rápidamente que el delito ha descendido en todas las ciudades de Estados Unidos, aun cuando no hubieran adoptado una estrategia policial basada en la teoría de las ventanas rotas.

---

Elena. *Ayuntamientos de izquierdas y control del delito (...)* Op. cit. pág. 9. También es importante aclarar que, aunque el ex alcalde de New York Rudolf Giuliani invocara la Teoría de “las ventanas rotas” alcanzando gran renombre internacional, sería injusto con Wilson y Kelling la equiparación que a veces se hace entre ambas. Es evidente que, las ventanas rotas pueden parecer una teoría proclive a medidas autoritarias sobre la base de los espacios ordenados y limpios, pero también puede servir para gestionar mayor intervención social (integradora) de las agencias públicas o de las autoridades encargadas, totalmente distinto resultar ser “la tolerancia cero”, que desde el comienzo constituye una técnica de control esencialmente clasista, racista y totalmente disociadora, que no busca más que generar sensación de seguridad a partir del incremento de fuerza pública y a veces mayores concesiones para que repriman el desorden. Sobre esto último véase: Larrauri, Elena. Op. cit.

“La técnica de intervención “tolerancia cero” desarrollada desde la Policía de New York a partir de 1994, está enraizada en la tesis de las “broken windows” de Kelling y Wilson y constituye un modelo de “policing” que apunta al mantenimiento del orden, focalizando en las incivildades como signos del desorden. Existen diversos factores en los que se ha enmarcado “tolerancia cero” como ser cambios organizacionales en la institución policial: descentralización, nueva distribución de las responsabilidades, más personal policial (que incrementó aún más la ratio ya elevada entre policías y público), etc.” Sozzo, Máximo. *Seguridad Urbana y Tácticas de Prevención del Delito*. Op. cit. pág. 129.

---

[Así mismo], atribuir la reducción a una sola causa, como puede ser una estrategia policial basada en una política de mantenimiento de orden, cuando son tantos los factores que han cambiado (incremento en el número de policías, variaciones en el mercado de las drogas con el fin de la epidemia del crack, cambios demográficos, expansión económica) es arriesgado.<sup>24</sup>

Se puede afirmar que, “(...) el rasgo unificador de esta teoría es la aseveración de que atacar directamente el desorden puede contribuir a reducir el delito,<sup>25</sup> al atribuirle precisamente un rol independiente en la producción de una ulterior delincuencia grave.”<sup>26</sup> Incluso consideran algunos autores que dirigir las funciones policiales contra el desorden, como práctica constituye un bien en sí mismo.<sup>27</sup> Sin embargo, las investigaciones empíricas recientes en el mundo anglosajón, han demostrado que resulta difícil sostener esta ligazón causal que suponen Kelling y Wilson entre incivildades, temor social, quiebra de los mecanismos informales de control social y altos niveles de criminalidad. Las incivildades tienen diferentes efectos en las diferentes comunidades y mucho de ello depende, de los recursos sociales y políticos disponibles en esa zona urbana.<sup>28</sup>

Las comunidades generan lazos particulares de conformidad al número y características de los individuos que la componen y algunas conductas toleradas en ciertas comunidades pueden ser totalmente desaprobadas en otras, partir de un análisis totalmente indemostrable, como el de que el desorden genera delito, implicaría aceptar además, que a priori existen comunidades que ya son insalvables o por lo menos que en ciertos lugares hay un mayor número de delitos, porque se toleran ciertas conductas.<sup>29</sup>

La idea de “mantenimiento del orden” que trabajan Kelling y Wilson es muy problemática, ya que lo que consideran “desorden”, algunas veces coincide con ilegalidades, pero muchas otras veces no, por ende: ¿qué sentido del orden debe guiar la actividad policial?, ¿el del agente o la institución policial?, ¿el de la comunidad?, y en este último caso: ¿de qué comunidad estamos hablando o mejor aún, de la comunidad de quién? En toda zona urbana existen diversas concepciones del orden entre sus habitantes y siempre la actividad policía -en el caso que no se guíe por su propia perspectiva- defenderá el sentido del orden de un sector de la comunidad frente a los otros.<sup>30</sup>

<sup>24</sup> Larrauri Pijoan, Elena. *Ayuntamientos de izquierdas y control del delito*. Op. cit. pág. 10.

<sup>25</sup> Skogan, cit. por Harcourt (1998).

<sup>26</sup> Larrauri Pijoan, Elena. *Ayuntamientos de izquierdas y control del delito*. Conferencia de Clausura del IV Congreso Español de Criminología, Facultad de Derecho, Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, Julio 2007, pág. 8.

<sup>27</sup> “Una discusión adicional, iniciada por Thacher (2004), es la reflexión de que las campañas o estrategias policiales dirigidas a combatir el desorden aun cuando no reduzcan el delito pueden ser un bien en sí mismo. Esta posición parece ignorar, a juicio de Taylor (2005:101), que en política cuando los recursos son escasos deben tomarse opciones en función de cuál es el objetivo prioritario”. Larrauri Pijoan, Elena. *Ayuntamientos de izquierdas y control del delito*. Conferencia de Clausura del IV Congreso Español de Criminología, Facultad de Derecho, Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, Julio 2007, Pág. 8

<sup>28</sup> Sozzo, Máximo. *Seguridad Urbana y Tácticas de Prevención del Delito*. En: *Cuadernos de Jurisprudencia y Doctrina Penal*, Ad-Hoc, BsAs, N. 10, 2000. pág. 126.

<sup>29</sup> En esta misma línea de argumentación, se puede apreciar que la teoría de las ventanas rotas recae como modelo explicativo únicamente sobre el delito callejero o bagatela, sin poder explicar los delitos que se cometen en lugares ordenados, los delitos de cuello blanco.

<sup>30</sup> Sozzo, Máximo. *Seguridad Urbana y Tácticas de Prevención del Delito*. En: *Cuadernos de Jurisprudencia y Doctrina Penal*, Ad-Hoc, BsAs, N. 10, 2000. pág. 126.

También es importante mencionar, continuando con Máximo Sozzo: [que] pese a las múltiples críticas que esta perspectiva ha recibido en los años 80 y 90, su influjo en la táctica comunitaria ha sido sostenido, inclinando el foco de la atención no sólo en los mecanismos informales de control social al interior de la comunidad sino también en la relación entre estos y las agencias estatales, especialmente, la institución policial.<sup>31</sup>

## 6. Algunos ejemplos en Colombia

Las teorías que acabamos de estudiar en las páginas precedentes, son de una vigencia absoluta en el contexto criminológico nacional, su comprobación resulta casi evidente cuando observamos nuestra realidad y encontramos claros ejemplos de la implementación de las técnicas en el control de la criminalidad.

Así mismo, se evidencia en el control que de los espacios públicos que comienzan a realizar las autoridades, en algunos casos recurriendo a modelos integradores como los que se pueden derivar de los planteamientos de la Escuela de Chicago y en otros casos con técnicas disociadores o excluyentes, recurriendo a los esquemas que muchos han pretendido derivar de las aportaciones estudiadas en la teoría de la prevención situacional y de las ventanas rotas.

Como ejemplo, en las pasadas elecciones a la Alcaldía Mayor de Bogotá, una de las más firmes aspirantes a ocupar dicho cargo de elección popular y ex senadora de la república, Gina Parody, hace una referencia expresa a la teoría de las ventanas rotas, en un artículo colgado en su página de internet ginaparody.com con fecha de 21 de septiembre de 2011 y titulado: *“La basura y los espacios abandonados también contribuyen a la inseguridad”*; allí la entonces candidata planteó su plan para mejorar la seguridad en Bogotá, aspecto que según afirmó Parody por los pequeños detalles, como según dijo: asegura la teoría de las “Ventanas Rotas”.

Gina Parody, aseguró que el control de los grandes delitos, debe empezar por el control de los pequeños delitos, por lo que en Bogotá la estrategia de seguridad debe incluir un componente de limpieza y recuperación de espacios abandonados, para reducir la criminalidad.

“El deterioro de la ciudad contribuye al camuflaje de las bandas criminales, facilitando la comisión de delitos como el robo de celulares y la venta de drogas”, explicó la candidata.<sup>32</sup> Analizando el programa de gobierno de esta candidata encontramos una clara referencia a las técnicas de las ventanas rotas y la tolerancia cero, en su propuesta de gobierno presentada a la ciudadanía y opinión pública donde dedicó un componente importante a la seguridad, destacándose entre los lineamientos de su proposición este componente, en un largo acápite titulado “operación orden en la seguridad” en el que se encuentran proposiciones derivadas tales como:

Lucharemos por el desmantelamiento de Puntos Negros (edificios, galpones, lotes, etc.). Está destinado a ocupar o desmantelar los espacios de la geografía urbana que sirven de bases a las estructuras criminales, generando inseguridad en su entorno y

<sup>31</sup> *Ibidem*. pág. 126.

<sup>32</sup> “La basura y los espacios abandonados también contribuyen a la inseguridad”. Consultado en [www.Ginaparody.com](http://www.Ginaparody.com) consultado el 27 de septiembre de 2011.

sirviendo de refugio a los criminales. Implica no solamente la intervención de la Policía, al tiempo que se implementan medidas para la incautación de bienes por parte de la Fiscalía e intervenciones para cambiar el espacio urbano.<sup>33</sup>

De hecho estas prácticas y políticas vienen siendo aplicadas desde hace ya bastante tiempo por los estamentos encargados del orden y la criminalidad, las técnicas estudiadas y que algunos pretenden extraer de los modelos teóricos que en este artículo he pretendido abordar son constatables en el hecho de que en nuestras ciudades se pida constantemente aumentar el pie de fuerza y contener a algunas personas que se consideran indeseables, que se controlen algunos espacios considerados inseguros, a través de nuevos diseños arquitectónicos o recurriendo a las nuevas tecnologías tales como circuitos de cerrados de televisión o monitoreo a través de algún tipo de señales.

En nuestra ciudad, se han derrumbado estructuras y edificios como las famosas cuevas o el antiguo Guayaquil donde se dio paso al mal llamado Parque de las Luces y recientemente se inaugurará un centro comercial que según muchos transeúntes cambiará finalmente la cara de este anteriormente deprimido sector de Medellín. Ahora la gente se siente más segura dirá cualquier transeúnte despreocupado ante la pregunta de algún periodista incauto o necesitado de las noticias que venden.

Así mismo, en la ciudad de Bogotá, existió a pocas cuadras de la plaza de Bolívar donde se encuentra localizada la Casa de Nariño, un lugar conocido como el cartucho, un sector que agrupaba a un amplio sector de población marginal de Bogotá y del país entero; hoy en día dicho fue demolido en una lucha a sangre y fuego, allí se dio paso al parque del tercer milenio una plazoleta grande y amplia, abarrotada de policías y en un comienzo algunos guías ciudadanos que se encargan todo el tiempo de hacer cumplir con las normas a sus inseguros visitantes.

### **Consideraciones finales**

Las teorías mostradas en este trabajo han incidido en el contexto colombiano, y ello se advierte en la manera como han sido aplicadas sus propuestas, explicaciones y creencias sobre el control del delito. Lo anterior, ocasiona que en nuestra sociedad se dé una instrumentalización de este discurso y se lleven a cabo algunas acciones cuyo único resultado ha sido el mantenimiento del statu quo; que están bastante lejos de ocasionar los supuestos efectos deseados con la implementación de estos modelos. Se ha mostrado cómo estas teorías se han pretendido aplicar en nuestra sociedad, con algunos ejemplos concretos como el manejo del espacio público.

Este trabajo ha pretendido mostrar la teoría de la prevención situacional, las ventanas rotas y la tolerancia cero como derivaciones (¿tergiversaciones?) de la teoría ecológica del delito y las técnicas de control del mismo entendiendo que son éstas y no otras las que parecen estar vigentes, son las que producen efectos en el diseño de políticas para administrar el desorden. Como se desprende del texto, estas teorías fueron desarrolladas en unos contextos sociales y políticos muy específicos. También se ha mostrado, cómo la prevención situacional y las ventanas rotas han recibido críticas en aquellos países en los que supuestamente se han aplicado con éxito. Esas críticas se refieren tanto a sus

---

<sup>33</sup> Programa de gobierno consultado en: <http://ginaparody.com>, pág.42-43

supuestos políticos, a sus fundamentos teóricos, como a su eficiencia y eficacia para controlar la delincuencia.

Sin embargo, en nuestro país y concretamente en las ciudades de Bogotá y Medellín, tanto candidatos como autoridades pretenden mostrar a la comunidad la idea de que tales estrategias de intervención sobre el fenómeno criminal constituyen la fórmula mágica para combatir la inseguridad en nuestras ciudades, y se llega al extremo ridículo de que la candidata a las anteriores elecciones por la alcaldía de la ciudad de Bogotá, pretendiera asesorarse del ideólogo de la “tolerancia cero”, el Ex alcalde de New York Rudolf Giuliani, como su asesor en asuntos de seguridad.

Tales ejemplos demuestran dos cosas. La primera, que nuestros políticos y gobernantes carecen de imaginación y por cuenta de ello desconocen la complejidad de nuestra cuestión criminal, lo que supone dificultades para enfrentar el problema de la inseguridad, pues su única fórmula es recurrir a estos esquemas y, en segundo lugar, demuestran que el campo del manejo de la seguridad sigue siendo uno de los lugares donde con más evidencia se demuestra el modo de pensar y de actuar neocolonial de nuestros dirigentes quienes aplican estos modelos teóricos desconociendo la realidad de nuestro país.

## Referencias Bibliográficas

Anitua Gabriel Ignacio (2005). *Historias de los pensamientos criminológicos*. Editores del Puerto S.R.L. Buenos Aires.

Barata, Alesandro (2004). *Criminología y Sistema Penal*, editorial B de F Ltda., Montevideo Uruguay, pág. 459

Casas Dupuy; Pablo y González Cepero; Paola. *Políticas de seguridad y reducción del homicidio en Bogotá: mito y realidad*.

Congreso de la República de Colombia. Proyecto de ley De Seguridad Ciudadana “por medio de la cual se reforma el código penal, el código de procedimiento penal, el código de infancia y adolescencia, las reglas sobre extinción de dominio y se dictan otras disposiciones en materia de seguridad.”

González Zapata, Julio. *Manual de criminología*, texto sin publicar, pág. 200.

\_\_\_\_\_. *Verdad, justicia paz y reconciliación en la mitología penal. A propósito de la Ley 975 de 2005*, En: *Estudios Políticos* No 27, págs. 45-63, Medellín julio-diciembre de 2005.

Foucault, Michel (2007). *Nacimiento de la biopolítica*. Trad. Horacio Pons. FCE. Buenos Aires.

\_\_\_\_\_ (1988). *Vigilar y castigar El nacimiento de la prisión*. Trad. Aurelio Garzón del Camino, siglo XXI editores, 14ª edición, México.

Galindo Hernández, Carolina. *De la Seguridad Nacional a la Seguridad Democrática: nuevos problemas, viejos esquemas*. En: *Estudios. Socio-Jurídicos*, Bogotá (Colombia), 7 (Número especial): págs. 496-543, agosto de 2005.

James Q, Wilson y George L, Kelling. *Broken Windows. The police and neighborhood safety*. Publicado en *The Atlantic Monthly*, Volumen: 249, N° 3, págs. 29-38, Marzo 1982.

Larrauri Pijoan, Elena. *Ayuntamientos de izquierdas y control del delito*. Conferencia de Clausura del IV Congreso Español de Criminología, Facultad de Derecho, Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, Julio 2007.

Leal Buitrago, Francisco. *La seguridad durante el primer año del gobierno de Álvaro Uribe Vélez*. En: *Análisis Político* No 50, Universidad Nacional de Colombia, Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales. págs. 86-101, enero-abril de 2004.

\_\_\_\_\_ *La seguridad: difícil de abordar con democracia*. En: *Análisis Político* No 46, Universidad Nacional de Colombia, Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales. págs. 58-77, mayo-agosto de 2002.

Muñoz Conde, Francisco. *Las reformas de la parte especial del Derecho Penal español en el 2003: de la “Tolerancia Cero” al “Derecho Penal del Enemigo”*. pág. 34 (Bibliografía Enviada)

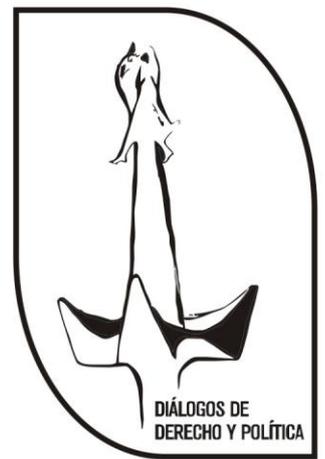
por el profesor Hernando Londoño para el curso de Teorías Criminológicas en el Programa de Especialización en Derecho Penal).

Pacheco De Carvalho, Themis María. *La ocasión hace al ladrón. La prevención de la delincuencia por medio de la prevención situacional*” (Bibliografía enviada por el profesor julio González Zapata para el curso de teorías criminológicas en el programa de especialización en Derecho Penal).

Rottenbacher De Rojas, Jan Marc; Amaya López, Laura; Genna Miyahira, Karen; Pulache Páez, Maribel. *Percepción de inseguridad ciudadana y su relación con la ideología política en una muestra de habitantes de la ciudad de Lima*. En: REIC Revista Española de Investigación criminológica. Artículo 4 Número 7 2009. Consultado en: <http://www.criminologia.net>

Sennet, Richard (2007). *Carne y Piedra el cuerpo y la ciudad en la civilización occidental*. Traducción: César Vidal, Alianza editorial S.A, primera edición 1997, tercera reimpresión, pág. 453.

Sozzo, Máximo (2000). *Seguridad urbana y tácticas de prevención del delito*. En: *Cuadernos de Jurisprudencia y Doctrina*. Buenos Aires, No 10.



**Diálogos y memorias en contextos subalternos.  
Algunos acercamientos a memorias disidentes en un  
caserío rural de San Vicente del Caguán, Caquetá**

**María Eugenia González Vélez**

Antropóloga y Estudiante Maestría en Estudios Políticos y Relaciones Internacionales, Universidad Nacional de Colombia. Integrante Grupo de Investigación *Cultura, Violencia y Territorio* INER-Universidad de Antioquia.

Correo electrónico: [maregonzalezvel@unal.edu.co](mailto:maregonzalezvel@unal.edu.co)

## Resumen

Este artículo fue construido a partir de algunas notas de diario de campo realizadas en algunas investigaciones en zona rural de San Vicente del Caguán (Caquetá) desde el año 2008 hasta el presente; me han generado en torno al tema de la memoria colectiva, la memoria hegemónica y la construcción de comunidad en espacios de periferia política. Más que un debate teórico, en este texto muestro a manera de crónica mezclada con relatos de los habitantes de la región, cómo los espacios, el conflicto armado y algunas historias locales divergen de las noticias e historias narradas desde una centralidad de poder político y mediático. Así, describo el panorama de un viaje a la región a través de mi vivencia subjetiva de los lugares, y a través de diálogos con habitantes rurales del caserío “Las Brisas” doy cuenta de la construcción social de una historia local compartida por sus pobladores, relatos donde el conflicto armado y los diálogos de paz entre el gobierno del presidente Andrés Pastrana y la guerrilla de las FARC marcan un antes y un después histórico, donde el conflicto es un hilo conductor de la memoria local y donde la memoria local se convierte en un espacio de resistencia ante la Historia (con mayúscula) que se cuenta desde “el centro”.

**Palabras clave:** San Vicente del Caguán; memoria; resistencia; diálogos de paz; conflicto armado.

## Diálogos y memorias en contextos subalternos. Algunos acercamientos a memorias disidentes en un caserío rural de San Vicente del Caguán, Caquetá\*

El presente texto da cuenta de algunas inquietudes sobre memorias en zonas de conflicto armado y de reciente colonización. Una parte la presento a manera de bitácora de viaje a la región de San Vicente del Caguán (Caquetá) y algunos de sus caseríos rurales, donde a través de algunas investigaciones iniciadas desde el año 2008, la confianza que he logrado tejer con algunos habitantes y los recorridos por ciertos espacios en los que he podido transitar en variadas ocasiones, he logrado develarme como un sujeto que recuerda sucesos, presencias y ausencias, que nutridas con algunas conversaciones con personas locales, nutren algunas de las percepciones e interrogantes que enunció en el transcurso del relato, y que abren el panorama para futuras indagaciones sobre los espacios y su construcción social, las memorias subalternas, en disputa y la Historia (con mayúscula) que se construye desde un centro de poder académico y político, que generalmente se aleja de las miradas locales y de las memorias de los pobladores que, en sus vivencias y narraciones dan cuenta de otras historias, si se quiere distintas, en disputa, memorias disidentes a la memoria oficial.

En un primer momento denominado: “Algunos apuntes del diario de campo a manera de introducción al caserío de “Las Brisas”, enuncié parte de las experiencias acontecidas para llegar a la región y cómo las percepciones y los espacios me permiten observar parte del conflicto armado vivido en la región; en un apartado posterior denominado: “Narrativas y memorias disidentes”, narro algunos relatos de los pobladores del caserío “Las Brisas”, lugar que vivió de manera particular la historia reciente de los diálogos de paz entre la guerrilla de las FARC y el gobierno de Andrés Pastrana, y donde de manera recurrente los diálogos de paz transversalizan los relatos comunitarios, constituyéndose en un proceso que marca los relatos y las maneras de los habitantes de concebir sus espacios y temporalidades en torno a un suceso de carácter nacional que los visibilizó -para mal o para bien- según señalan algunos pobladores, en el panorama nacional. Los nombres de caseríos y de personas que menciono en este texto corresponden a elementos ficticios como una respuesta ante las preocupaciones de varios habitantes el ser evidenciados en sus relatos.

### **I. Algunos apuntes del diario de campo a manera de introducción al caserío de “Las Brisas”**

Un retén permanente del ejército y una carretera en balastro comunican a San Vicente del Caguán con caseríos que han dejado huella en acontecimientos políticos nacionales como los diálogos de paz realizados entre el gobierno de Andrés Pastrana y la guerrilla de las FARC (1998-2002).

La sensación de familiaridad me invade cuando recorro con cierta frecuencia este sector: el conductor entrega remesas, las caras de quienes viajan en el mixto se tornan familiares

---

\* Gran parte de estas observaciones se hicieron en el marco de la investigación titulada: *Dinámicas de apropiación territorial en los llanos del Yarí (Caquetá). La construcción social de la frontera interna*. Investigación apoyada por el CODI y el Instituto de Estudios Regionales (INER) de la Universidad de Antioquia en el año 2010. El equipo de investigación estuvo conformado por el sociólogo Nicolás Espinosa, la abogada Erika Ramírez, la antropóloga María Eugenia González y fue dirigida por la docente e investigadora Elsa Blair Trujillo.

-aunque nunca hayamos cruzado palabra-, el mixto y la pericia del conductor esquivan los huecos dejados por la maquinaria y camiones pesados que explotan petróleo en el caserío de Los Pozos, la misma señora atiende en la tienda donde el mixto frecuenta parar dar tiempo a quienes deseen almorzar, entre otros. Sin embargo, esta sensación de familiaridad me lleva a pensar que mi mirada ha normalizado cosas, y que esta misma normalización que me es dada por cierta frecuencia con la que viajé a esta región, me impide ver relieves que en otros momentos veía (mis primeras visitas). Sin embargo, pienso que la sensación de familiaridad me posibilita ver otros relieves dados por los choques con la frecuencia y la no frecuencia a través de lo que recuerdo, es decir, a través de la sensación de familiaridad y extrañamiento por ver o no ver lo que comúnmente había visto en otros viajes.

Desde San Vicente del Caguán y luego de aproximadamente seis horas en un transporte conocido como “mixto” por su labor de transportar desde personas, animales y hasta motos, se llega al caserío conocido popularmente como la “Las Brisas”, un caserío sin fuentes de agua cercana, creado -como muchos caseríos de San Vicente- a partir de momentos de auge extractivos, en particular, el auge de extracción de maderas.

Cual Macondo, don Pedro, un hombre que sobrepasa los setenta años de edad y que conoce este caserío desde antes que pudiera obtener esta denominación, se las arregló con pericia y con malicia indígena que sus rasgos evidencian, para lograr conseguir -según él- la mejor agua de la región. Su método: observar los relieves del terreno, intuir las posibles concentraciones de agua subterránea y tomar sus dos varas metálicas -que lo han acompañado en su trasegar por terrenos poco amables de la Amazonía- una por mano, hasta que sus extremos se encuentren y señalen el punto exacto a escavar. Este método le permitió hallar un nacimiento alejado del caserío y por tanto, lejos de la contaminación de los pozos sépticos que la población tiene como servicios sanitarios.

Sus más de quince años de haberse asentado en la región en busca de un lugar donde trabajar y tener algo propio, le ha llevado a la rutina de atender una pequeña tienda, bombear diariamente el agua y vivir con el diario, pues la época de los auges extractivos es cosa del pasado y la coca que ha sido uno de los últimos auges ya no es tal, debido al control comercial que en épocas de “despeje” tuvo la guerrilla del producto y los programas estatales de erradicación por parte del ejército.

La ausencia de agua potable y de alcantarillado contrasta con la trinchera que a la entrada del caserío hizo el ejército en el único pozo de agua comunitario y que esta vez se encuentra abandonado. “hasta hace poco estaban ahí, quién sabe cuando vuelvan...” son algunos de los comentarios que se escuchan en la tienda de doña Magaly, mientras como un pan relleno de guayaba y una gaseosa antes de encontrar posada en una de las dos residencias que tiene el caserío. Pienso cómo en un caserío con aproximadamente una centena de habitantes y sin mayor atractivo turístico, pueda tener residencias (¿son rentables en esta zona?) y también me pregunto cómo las personas en este lugar conviven con la presencia de los actores armados (ejército y guerrilla) de manera constante en un cruce de soberanías. Dos preguntas un poco distintas, pero que la realidad de la región suscita en tanto violencia y vida cotidiana conviven a tal punto de ser algo “normal” tanto para las personas que allí habitan, como para uno que empieza a naturalizar ciertas presencias y ausencias en cada visita.

Estas dos preguntas rondan mi cabeza e intento darles respuesta: pienso que para algunas personas de la región este caserío continúa siendo -como en antaño- un lugar para de paso. Al quedar en mitad de camino de las cabeceras de los municipios de la Macarena y San Vicente del Caguán (lugares con los que los pobladores mantienen contacto constante ya por la compra de productos que no se encuentran en la región, ya por ser centralidades políticas para realizar trámites administrativos), personas de otras veredas y caseríos lejanos gastan mitad de día para llegar a “Las Brisas” y se quedan donde familiares o en residencias para coger camino al día siguiente, pues transitar en la noche no es conveniente: existen restricciones por parte de la guerrilla y el ejército de transitar luego de las 6 de la tarde en carretera.

Por otro lado, al observar desde la tienda de doña Magaly el caserío, siento que no ha cambiado. Éste parece un lugar abandonado de los que difícilmente cree uno existan en un territorio que político-administrativamente se configura como estado, y que en términos de nación, piensa uno que pocas personas con condiciones necesarias para “vivir bien” decidan establecerse, permanecer y formar una vida allí, tener hijos, nietos, en sectores tan alejados de la centralidad política y en consecuencia, vivir en condiciones de precariedad no sólo en acueducto, sino en salud, educación... sin embargo, la historia de estos habitantes y de este sector rural, es la historia de colonizaciones y violencias repetidas en el tiempo que ha perpetuado para algunos sectores sociales las zonas de frontera como única posibilidad de tener, pese a las dificultades, situaciones menos precarias de las que tendrían en otros sectores del país.

El caserío se dispone en torno a una vía principal que lo atraviesa y se bifurca en el centro del poblado para dar paso a un pequeño parque con juegos infantiles y a dos vías: una con destino a La Macarena y otra con destino a La Cristalina. Este caserío posee un cementerio a orilla de camino, que no está delimitado y donde los dolientes de los cuatro cuerpos que lo habitan recuerdan el lugar donde yacen sus familiares más por la memoria que por la presencia de lápidas o cruces que lo demarquen; un colegio, más de tres canchas deportivas -aunque ameritadas para el tiempo de ocio no para el número de población ni afición a los deportes- ; y un puesto de salud construido en tablas de madera -como la mayoría de las casas-, donde atiende un enfermero amable que se las ingenia para atender diversa gravedad de casos en momentos donde la población no puede acceder a centros poblados cercanos.

El parque, como otros parques que he conocido en la región tiene algo particular: la decoración de árboles, sillas, juegos y demás componentes con el tricolor de la bandera nacional. Específicamente, esta imagen me hace recordar años antes mi visita al parque principal del municipio de la Macarena, aunque con algunas diferencias marcadas: el parque de la Macarena conserva una disposición del espacio bajo el orden de cuadrículas y se encuentra ubicado frente la iglesia, contrario al ordenamiento del espacio de “Las Brisas”, donde la vía principal fue el parámetro para la construcción de viviendas, la cuadrícula una de varias formas de disponer el espacio y las creencias religiosas de sus pobladores estuvieron ausentes en la estructuración del centro ni de algún extremo del poblado.

Sin embargo, más allá de divagar sobre la conformación del espacio y los gustos de los pobladores, el comentario de doña Magaly esclareció parte de mis dudas sobre los parques en este sector, sobre esas zonas públicas de constante transitar, de congregación, de gran

visibilidad: “este parque lo arregló hace poco Acción Social”, y en este sentido, los colores más allá de ser llamativos a la vista por ser primarios, presentan todo un simbolismo en especial en esta región que ha sido territorio histórico de las FARC y blanco de diversos planes militares como el Plan Colombia, el Plan Patriota y en la actualidad el Plan Consolidación,<sup>1</sup> un mensaje en términos de la oficialidad de “aquí no se construye una nueva Colombia, se construye la misma” aunque pienso que para los pobladores de estos sectores, y su precaria vinculación histórica a la centralidad estatal, la misma Colombia debe ser algo novedosa.

## II. Narrativas, memorias disidentes

Algunas de estas percepciones sobre los espacios, me permiten ver el territorio como un campo en disputa, de lucha, entre diversas nociones de territorio y territorialidades que por momentos se imponen en el espacio a través de sus marcas. Trincheras y retenes del ejército se conjugan con las viviendas construidas en madera por las comunidades, las carreteras destapadas, el discurso estatal de su presencia en la región, y la presencia de la guerrilla, manifiesta a través de vallas en carretera que hablan de las prohibiciones de tránsito luego de las seis de la tarde, hacen de este sector un lugar representativo de las soberanías en disputa.<sup>2</sup>

Similar a este espacio, se encuentra el espacio social construido, la memoria social que sustenta diversas vivencias y que varía radicalmente de las versiones que desde otros espacios de poder se han realizado sobre acontecimientos nacionales y sobre esta misma región, caracterizada desde la centralidad política como una zona en guerra donde sus habitantes habitualmente son asociados bajo este imaginario como insurgentes. En este sentido, desde la escala local, existen narraciones y memorias que se contraponen a las historias hegemónicas, entendidas como memorias sociales domesticadas, utilizadas ampliamente como herramienta estatal para la construcción de procesos de identidad nacional.<sup>3</sup>

Un ejemplo de esto, son las construcciones a nivel nacional en torno a uno de los sucesos nacionales de mayor importancia en relación a los acercamientos entre gobierno y guerrilla: los diálogos de paz entre la guerrilla de las FARC y el gobierno de Andrés Pastrana realizados en la región. Lo que para el gobierno y medios de comunicación ha sido catalogado como un fracaso, una burla por parte de las FARC, entre otros, tiene un significado distinto para las poblaciones locales que a través de sus narrativas enuncian este proceso como un elemento importante sin el cual no se puede entender su historia, ya porque representa un suceso que marcó un antes y un después en la vida de la

---

<sup>1</sup> El Plan Consolidación Sostenible en Colombia se oficializó como propuesta el 20 de Mayo del 2009 por parte del entonces presidente Álvaro Uribe Vélez y es definido institucionalmente como “ un proceso coordinado, progresivo e irreversible, por medio del cual se busca afianzar la articulación de los esfuerzos estatales para garantizar de manera sostenible un ambiente de seguridad y paz que permita el fortalecimiento de las instituciones democráticas, en beneficio del libre ejercicio de los derechos ciudadanos y de la generación de condiciones para su desarrollo humano.” Inicialmente su acción se concentra en 15 zonas del país seleccionadas por presentar: alta ausencia estatal, violaciones de Derechos Humanos, infracciones al DIH, presencia de cultivos ilícitos y amenaza terrorista. Entre estas zonas se encuentra La Macarena y el sector del Río Caguán. (Acción Social, 2010).

<sup>2</sup> Uribe (2000).

<sup>3</sup> Gnecco (2000).

comunidad, ya porque fue un suceso que permitió a la región visibilizarse a nivel nacional.

A continuación, enuncio a través de una historicidad presente en algunos relatos de pobladores de la región, a los que accedí a través de la etnografía como una manera de reflexionar y acercarme a otras realidades, entrevistas no estandarizadas y charlas desprevenidas, algunas temporalidades comunes a varios relatos; que se configuran como formas particulares que los habitantes han construido su historia por medio de las memorias, en términos de Maurice Halbwachs, memorias colectivas, donde ciertos sucesos se mantienen vivos en el recuerdo a través de la vigencia que tiene para un grupo social específico.<sup>4</sup> En este sentido, tomo estas temporalidades para dar cuenta de algunos referentes históricos locales y continúo con algunos relatos denominados: a) “Este pueblo en los inicios era un camino grande pa’ los planchones, una zona de paso...”, donde evidencio los momentos iniciales de construcción del caserío de “Las Brisas”, y la presencia de la mafia en el sector; posteriormente en el apartado denominado “b) Inicios de auge... llegan los del Monte”, narro el momento en que la guerrilla entra en el caserío, se consolida en la región y cómo se vivió la época de despeje en este lugar; Luego en el apartado denominado “c) Después de los diálogos”, doy cuenta de algunas consecuencias padecidas por la población luego de la ruptura de las negociaciones entre las FARC y el gobierno, y posteriormente en el apartado denominado “d) Los aguantonos (el nuevo impulso)” hablo de las percepciones que algunos habitantes tiene en torno a sus vecinos y a los procesos que actualmente se llevan a cabo en la zona. Finalmente dejo unos interrogantes abiertos, pertinentes para futuras investigaciones en la región.

**a) “Este pueblo en los inicios era un camino grande pa’ los planchones, una zona de paso...”**

En la Amazonía occidental, los acentos de la población son tan diversos que uno logra identificar: acento paisa, costeño, caleño, opita, acento del Meta (un acento más golpeado) entre otros, mezclados entre sí, tanto que no es posible hablar de un acento propio de la región, sino de un acento diverso, producto de la mezcla. Esto se debe a que esta región al haber sido en diversos momentos paradisiaca para población en busca de procesos de colonización y extracción, ha sido receptora de amplia gama de personas de diversos sectores del país, que por pobreza, violencia o una conjugación de ambas, migraron a esta región en busca de nuevas opciones de vida.

Esta mezcla caracteriza al caserío de “Las Brisas”. Aunque en la región occidental de la Amazonía gran parte de estos procesos migratorios se dieron a inicios del siglo XX con el auge del Caucho, en los cincuenta en el momento de la violencia, en los años setenta con la extracción de pieles, en los ochenta con el auge de la coca, el sector donde hoy es “Las Brisas” fue una frontera de colonización que vino a romperse a inicios de los años noventa, es un caserío hijo de la explotación maderera y comparte con otros caseríos rurales de San Vicente del Caguán la característica de haber sido iniciado en momentos de auges extractivos.

Algunos habitantes comentan que este pueblo surgió “de rapidez”, de un momento a otro y en sus inicios sin la intención de construir un caserío sino una fonda como una opción económica de doña Rosalba -habitante de un caserío cercano en aquel entonces y de la

---

<sup>4</sup> Halbwachs, 1969/1995: 216.

cual pocos recuerdan su apellido- para aprovechar la venta de tintos y refrescos a trabajadores y transportadores que pasaban en planchones por la trocha abierta específicamente para transportar la madera de carrecillo que a finales de los ochenta y principios de los noventa fue el auge de la región, hasta el momento en que grandes extensiones de bosque se extrajeron y la guerrilla de las FARC controló la explotación a mitad de los noventa. Posteriormente, familias fueron llegando, asentándose y transformando el lugar donde “antes no había nada”.

Al igual que doña Rosalba, don Emilio González llegó a la región en busca de opciones económicas. vivió gran parte de su vida en el municipio de Muzo (límite entre los municipios de Cundinamarca y Boyacá), llegó por primera vez a Caquetá por comentarios de un sobrino que le habló de que la tierra era buena y entonces se asentó en el municipio de Rionegro con el objetivo de conseguir tierra propia y no vivir de jornalear. Sin embargo, no encontró terreno baldío y en su afán de fundar decidió seguir el eco de los auges extractivos y aprovechar la entrada de planchones que en el verano se insertaban a la Macarena y selvas aledañas a explotar maderas. En el proceso de conocer este sector de San Vicente, se asentó con su familia en el caserío de La Sombra, cuando todavía no era conocido por este nombre sino llamado “Corabastos” pues era un punto importante donde población asentada en estos sectores salía a hacer la remesa. Un día tuvo la oportunidad de saber que la tierra de ese caserío hasta las Sabanas (lo que hoy es la Macarena) pertenecía a tres señores y en vista que el interés de éstos no estaba puesto en la tierra sino en la madera, habló con Rosendo Reyes, uno de ellos para que le diera cincuenta hectáreas para asentarse con su familia.

Cuando llegó con su familia no entraron por la vía que hoy atraviesa el caserío de “Las Brisas”, sino por una antigua vía cercana. En ese entonces no había Junta de Acción Comunal, ni guerrilla, pero en la sabana se encontraban los que en ese tiempo eran conocidos como “la mafia del llano”, hoy nombrados por algunos pobladores como “los paracos” que se encontraban en el antiguo Recreo. La leyenda que rondaba por el incipiente caserío era que quien entrara más allá del Recreo, por los lados del río Tunia – lugar donde los mafiosos tenían el control de la hacienda Tranquilandia<sup>5</sup> no volvía a salir. Consecuencia de esto, recuerda don Emilio: “una vez se fue una familia con dos perros y una gallina fina y no se volvió a saber de ellos”<sup>6</sup>.

En ese entonces, habían fronteras territoriales demarcadas en el sector no sólo por los espacios de asentamiento de la población sino por fronteras infundadas a partir del temor y el rumor de cruzar la zona conocida como La Sabana, donde “quien entraba no salía”. Poco se veía a la “mafia del llano” rondar por “Las Brisas”, esporádicamente se les veía de cuando en vez fines de semana en La Sombra tomando licor.

---

<sup>5</sup> La población del sector reconoce dos Recreos: un Recreo “nuevo” que es un caserío cercano a Playa Rica, y un Recreo “Viejo” que con el tiempo fue reconocido como Tranquilandia, el mayor laboratorio de producción de cocaína a nivel nacional a manos del cartel de Medellín. El Recreo antiguo corresponde a su vez con una de las cuatro pistas aéreas ubicadas en zona rural de San Vicente: Candilejas, Caquetania, El Recreo y Yaguará II. En momentos en que el sector rural presentaba aún más dificultades de comunicación que las que presentan actualmente, la población rural se valía de estas pistas y de aviones de Satena que periódicamente aterrizaban en ellas para obtener remesa y productos de no producción local, sacar productos para la venta y transportarse.

<sup>6</sup> Testimonio 7. San Vicente del Caguán. 2010.

Sin embargo, en momentos en que el caserío comenzaba a consolidarse a partir de la fundación de la Junta de Acción Comunal, la medición de terrenos y la repartición de los mismos a familias que se acercaban en busca de “la tierra prometida”, la ausencia de poderes fue suplida por algunos habitantes en estas personas (La Mafia del Llano), que a partir del monopolio de la fuerza dirimían de cuando en vez conflictos. Estas prácticas culminaron con la expulsión de la mafia del llano por parte de la guerrilla de las FARC a inicios de los años noventa y su posterior consolidación en la región.

## **b) Inicios de auge... llegan los del Monte**

Los diálogos de paz en la comunidad son recordados como un proceso no consultado por parte del estado y que les tocó asumir sin saber a ciencia cierta qué significaría este hecho a largo plazo. “Aquí en época de despeje vivió Mono Jojoy, también vivió Marulanda”<sup>7</sup>, son algunos de los referentes locales de esos diálogos de paz que en discursos estatales se cuentan como un fracaso político, pero que en términos de comunidad, les permitió a los habitantes del caserío y de la región acceder a un “auge” dado en el momento de zona de distensión por medio de infraestructura, una economía próspera, un acceso a muchos de los sueños que pobladores habían tenido a la hora de asentarse en la región: trabajo, tierra y comida.

La presencia de la guerrilla según las narrativas de algunos de sus pobladores, marca un periodo histórico local importante, que va desde la llegada de la guerrilla, los momentos de diálogos de paz y el momento de culminación de los mismos en el 2002.

Este periodo inicia con la entrada de la guerrilla al caserío. Según relatos, entra posterior a la lucha con los paramilitares en la sabana, a quienes desterraron del sector y lograron paulatinamente ir consolidándose en la región. Sin embargo, esta consolidación tomó tiempo y llegó en diferentes momentos a los caseríos que a inicios de los noventa se empezaban a fundar en este sector.

Recuerdan algunos de los habitantes de “Las Brisas” que la guerrilla estuvo primero en municipios como Cartagena del Chairá, la Macarena y posteriormente llegaron al caserío. Su presencia, en términos de necesidad de movilidad y apertura de caminos, favoreció a la población que hasta ese momento contaba con algunos caminos realizados a partir de los procesos extractivos de madera, más que las necesidades de la población que iba llegando a asentarse. Además de ser un referente –en ausencia de estado- de poder entre la población, que era cohesionada para realizar trabajos de construcción de vías, se posicionaron como una instancia de resolución de conflictos en un momento en que la Junta de Acción comunal sólo se unía para la construcción de la escuela y la petición de profesores para la misma.

Posteriormente, la Junta de Acción Comunal fue asumiendo diversos liderazgos en la región y consolidándose como una instancia local de resolución de conflictos, un espacio para buscar diversos beneficios comunitarios con los poderes estatales, como infraestructura, centros de salud, entre otros... una instancia de mediación entre la comunidad y los diversos poderes locales que han estado presentes en la región (llámense ejército, llámense guerrilla) logrando posicionar a la comunidad como un ente no pasivo

---

<sup>7</sup> Testimonio 10. San Vicente del Caguán. 2010.

en términos políticos. Uno de los sucesos que demuestran esto, es la necesidad que la misma comunidad ve de poder acceder a mecanismos como el voto para seleccionar a sus representantes políticos a nivel nacional y local. En otros momentos, la guerrilla en la región prohibió a los habitantes acceder al derecho al voto, sucesos como la masacre de la Unión Patriótica décadas atrás, dejó el sinsabor de la política en muchos líderes en la región. Sin embargo, hoy antiguos y nuevos líderes, pese a los riesgos que sumen por la estigmatización de la población en San Vicente, ven en la política una de las pocas opciones que tienen para ser visibilizados por el estado y mejorar las condiciones de vida locales. En este sentido, la presión de líderes ante la restricción del voto en la región, logró el respeto por parte de la guerrilla de la participación comunitaria en los dos últimos comicios electorales.

Por otro lado, a partir de la Junta de Acción comunal logran reclamar sus derechos como ciudadanos, controlar a veces las posturas intransigentes del ejército que en contra de todos los principios que protegen a los civiles en un contexto de conflicto armado – aunque no declarado por el estado colombiano- impiden que se establezcan dentro o cerca de viviendas o centros educativos, por el peligro inminente que corre la población en caso de un enfrentamiento armado.

En términos políticos, la Junta de Acción Comunal ha permitido empoderarse en ciertos ámbitos a la población, también los momentos de auge económico en la región han posibilitado unas garantías económicas que han hecho que la población pueda tener referentes de un mejor vivir y condiciones en infraestructura para mantenerse.

En este sentido, aunque pueda sonar contradictorio, los diálogos de paz entre gobierno y guerrilla y en especial la zona de despeje que ha sido un tanto satanizada y criticada por no haber logrado los objetivos que se planteaba en términos políticos para el estado, para algunos habitantes, pese a los momentos de conflicto que trajo al culminarse, los habitantes antiguos de “Las Brisas” recuerdan que su caserío en ese momento era igualado al paraíso, fue un momento que les permitió a muchos consolidar algunos de los sueños que habían tenido a la hora de llegar a este sector del territorio nacional.

¿Por qué en momento de zona de despeje fue un paraíso? Porque en ese momento se realizaron un gran número de carreteras, había trabajo para todo el mundo, no había escasez de comida, la guerrilla daba empleo a la gente para que arreglaran cercas, hicieran mantenimiento a vías, recoger huevos, entre otros. Y en términos de un habitante del sector: “uno estaba acostumbrado a que si en la casa tenía arroz, faltaba el azúcar, pero en ese momento todo era abundancia”<sup>8</sup>.

Por otro lado, el periodo de los diálogos fue así mismo, un periodo donde hubo auge económico a partir del comercio de la coca. En algunos sectores como Cartagena del Chairá, la coca fue un producto que estuvo como moneda de cambio, se podía comprar a partir de gramos de coca pues el comercio era algo abierto. Posteriormente, la guerrilla entró a mediar en este proceso y se estableció como intermediario para la compra y venta del producto. Sin embargo, para los habitantes de “Las Brisas”, los beneficios de este comercio fueron más por la abundancia que se podía conseguir en la región como producto de estas transacciones, que porque el caserío haya sido un lugar de producción,

---

<sup>8</sup> Testimonio 7. San Vicente del Caguán. Junio de 2010.

en este sentido, “Las brisas” que en sus inicios fue una zona de paso, se consolidó en la región como una zona comercial más no de producción.

Ser una zona comercial les permitió ser una centralidad, “ser un pueblo chiquito” porque no debían desplazarse tanto hacia otras cabeceras como San Vicente o la Macarena para asuntos pequeños como arreglos de herramientas de trabajo, de guadañas, de transporte, pues en el caserío la guerrilla tenía un taller donde la maquinaria pesada que se había conseguido para arreglar caminos se guardaba y quienes necesitaran servicios mecánicos tenían materiales y herramientas a su disposición.

Y así, como el momento en que el caserío fuera parte de la zona de distensión no fue consultado, tampoco fue consultado el momento de finalización de los diálogos, donde gran parte de la población se enteró de la decisión del gobierno porque muchas de las pertenencias que la guerrilla tenía como camas, ventiladores y demás fueron entregados a la población y en la radio se anunciaba la culminación de la zona de despeje, pero nadie en el caserío sabía a ciencia cierta qué significaba esto ni las consecuencias que traería a la región y específicamente al caserío.

#### **b) Después de los diálogos**

La culminación de la zona de distensión se dio a conocer por la radio y por los diversos movimientos de la guerrilla en la región. De un día para otro la guerrilla regaló desde ventiladores hasta mesas a algunos habitantes, recogieron pertenencias y salieron del caserío. Posteriormente los bombardeos fueron pan de cada día en la región, hasta que dos años después entró el ejército al caserío.

Su entrada denotaba una actitud violenta hacia la población, que luego de convivir con la guerrilla por más de dos años como único agente de poder, fueron vistos ante los ojos del estado -que en otro momento les impuso el despeje en sus territorios- como colaboradores de la guerrilla, como guerrilleros y conforme a estas identidades han actuado con la población, como comentó un habitante “por acá el comentarios es que después del despeje todos somos guerrilleros, mentiras, somos gente que solo sabemos trabajar”<sup>9</sup>.

Los bombardeos acabaron con el taller en el cual la comunidad se abastecía de herramientas y con las máquinas para el arreglo y construcción de caminos. “Ahora si usted saca una guadaña para hacerla arreglar en San Vicente, el mismo ejército se la desbarata porque piensan que dentro puede haber una bomba” comenta un habitante del caserío. El auge que se había dado con el periodo del despeje se acabó de manera tajante, al igual que la “comida, trabajos, proyectos a futuro, pues antes el que no trabajaba era flojo o estaba enfermo... ahora todo es muy diferente”<sup>10</sup>.

El ejército a su vez rompió con una dinámica social que la guerrilla había establecido en términos políticos con la comunidad en tanto único poder local en la región, periódicamente la guerrilla hacía reuniones con la población en las que se ponía como temas los asuntos de la comunidad, los arreglos que se debían hacer en el caserío, se dirimían los conflictos entre sus habitantes. Sin embargo, el ejército como única institución estatal que ingresó posteriormente a la región, no tuvo contacto diferente con

<sup>9</sup> Testimonio 3. San Vicente del Caguán. Diciembre de 2009.

<sup>10</sup> Testimonio 7. San Vicente del Caguán. Junio de 2010.

la población que el contacto militar, ninguna reunión hicieron con la comunidad, “llegaron la región como un ejército invasor que veía en los habitantes potenciales enemigos”<sup>11</sup>.

Las personas empezaron –y con obvias razones- a tener miedo, miedo que hizo que gran población huyera de la región, pues era tildada como potencial colaborador de la guerrilla por el simple hecho de poseer un negocio y haberle vendido una gaseosa a un guerrillero, haberle dado un vaso con agua, o haber aceptado materiales para realizar construcciones como la escuela. Por otro lado, esta situación tiene una doble cara, la población teme a su vez que algún acercamiento al ejército pueda generar acusaciones en torno a simpatías con el ejército por parte de la guerrilla.

### c) Los aguantones (el nuevo impulso)

En el caso de la región del Yará, si una persona desea vivir en uno de sus caseríos, el historial “crediticio” es avalado por la Junta de Acción Comunal, es decir, la Junta a través de una carta se encarga de certificar que una persona es trabajadora, y certificar eso, implica ser una persona de bien para la comunidad, que no tiene ninguna deuda con algún vecino o la Junta de la que proviene y en resumidas cuentas, una persona en la que se puede confiar. Estas características son un primer cedazo de selección, cedazo exigido por la comunidad a través de las JAC y que habla a su vez de un ideal de comunidad y de la creación de fronteras territoriales comunitarias sustentadas en normativas locales, en una visión del derecho alejada de la visión clásica que asume el derecho únicamente como aquel que proviene del sistema jurídico estatal.

Bajo estos parámetros de selección, diversas cartas han llegado con nueva población que ha querido asentarse en el caserío. “El caserío tiene nuevo impulso, repoblado con más nuevos que viejos, los nuevos entran con otras cosas, los viejos llegan resabiados, en estos momento estamos viviendo un cambio” comenta un poblador. En este sentido, el ingreso de nueva población ha generado la creación local de categorías: Los viejos, los nuevos, los aguantones.

Los viejos corresponden a la población que ha estado en la región, pero que no necesariamente ha permanecido en la misma, pues algunos relatos cuentan como población ha salido del caserío por algunas temporadas –en especial luego de que cesaron los diálogos- y retornaron luego de probar suerte en otros lados; “los nuevos” corresponden a la población que ha ingresado en los últimos años, población que no vivió la zona de despeje como habitante del caserío y que cumplen otras características a parte del certificado de la Junta de Acción Comunal: la comunidad prefiere que quienes se asienten sean personas de perfil campesino, que sean sociables y “que sepan manejar la tradición de la zona, es decir, que aquí existe conflicto” pues al fin de cuentas, es también una medida de protegerse ante el mismo, en términos de un habitante de la región “el plomo no va contra usted si usted no se sale de los parámetros de esta zona”. Y finalmente “Los aguantones” “los que sostienen el pueblo”, categoría que congrega a las personas que han permanecido en el caserío posterior a los diálogos de paz y le siguen apostando a la construcción de comunidad en medio de la ausencia de auges en la región y del conflicto armado.

---

<sup>11</sup> Testimonio 4. San Vicente del Caguán. Junio de 2010.

Ante la pregunta ¿por qué permanece en la zona? Don Luis, uno de “los aguantones” respondió: “¿cómo voy a dejar la tierra tirada? Esto es lo que he conseguido y lo que tengo”.

A manera de reflexiones sobre la reconstrucción de algunos relatos históricos en torno al caserío de “Las Brisas”, y las pocas posibilidades de enunciación que sus memorias por estar y pertenecer a contextos no integrados a una centralidad nacional presentan, me posibilita pensar a manera de hipótesis, en las narrativas de los pobladores y los sucesos locales compartidos entre ellos como “dignos para recordar” como una posibilidad no sólo de mantener viva la memoria sino de reivindicar sus memorias colectivas, sus memorias subalternas como herramientas políticas de resistencia y dignidad, ante la existencia de historias de centro que pretenden homogeneizar las vivencias en el territorio nacional y crear metarelatos de unidad nacional.

¿Qué se recuerda y que se mantiene en la memoria de una población como relatos configuradores y configurantes de historias locales? ¿Qué de los hechos violentos se cotidianizan y qué hechos marcan diferencia en la vida diaria en términos de violencia? Son algunos interrogantes pertinentes para reflexionar sobre el conflicto armado y las narrativas locales como mecanismos para mantener vivas esas otras historias que en estos sectores del país están construyendo memoria.

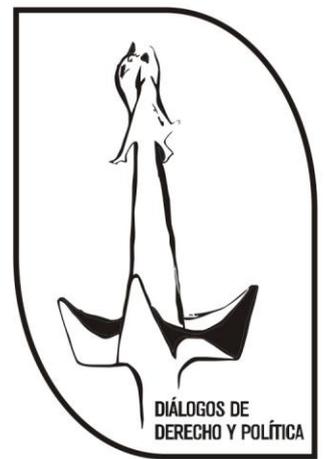
## Referencias Bibliográficas

Acción Social. 2010. Reporte Ejecutivo del Plan Nacional de Consolidación. En red: [http://www.accionsocial.gov.co/documentos/Reporte\\_Eject\\_PNC\\_2010\\_Vf.pdf](http://www.accionsocial.gov.co/documentos/Reporte_Eject_PNC_2010_Vf.pdf)

Gnecco, Cristóbal (2000). *Historias hegemónicas, historias disidentes: La domesticación política de la memoria social*. En: Memorias hegemónicas, memorias disidentes. El pasado como política de la historia. Zambrano, Marta; Gnecco, Cristóbal (Editores). Instituto Colombiano de Antropología e Historia. Bogotá.

Halbwachs, Maurice (1969/ 1995). *Memoria Colectiva y Memoria Histórica*. En: Revista Española de Investigación Sociológica REIS, N° 69. Enero- Marzo. España.

Uribe, María Teresa (2000). *Notas para la Conceptualización del Desplazamiento Forzado en Colombia*. En: Estudios Políticos. N° 17. Julio-Diciembre. Medellín.



# La reforma a la Ley 30 en el contexto de la globalización

**Arturo Alvarado Arrautt**

Politólogo, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas  
Universidad de Antioquia.

Correo electrónico: [arturroutt@hotmail.com](mailto:arturroutt@hotmail.com)

## Resumen

El presente artículo aborda algunos de los momentos políticos y económicos de América Latina que determinan el curso de las políticas públicas a nivel regional y local en materia de educación superior; en consecuencia se ofrece una mirada amplia de los asuntos que conducen a pensar la reforma a la Ley 30 de 1992 en el país. Se proporcionan al lector elementos históricos y jurídicos que contribuyen al análisis y entendimiento del proceso de incorporación de Colombia al sistema neoliberal, y con ello a la transformación de la educación pública superior en otro mercado disponible a la inversión privada nacional e internacional.

**Palabras clave:** educación superior; globalización; Ley 30 de 1992; reformas; neoliberalismo.

## La Reforma a la Ley 30 en el contexto de la globalización \*

*Los problemas constitucionales no son primariamente problemas de derecho sino de poder. La verdadera constitución de un país sólo reside en los factores reales y efectivos de poder que en ese país rigen y las Constituciones escritas no tienen calor ni son duraderas más que cuando dan expresión fiel a los factores de poder imperante en la realidad social. Ferdinand Lasalle.*

### Introducción

En la actualidad Colombia se dispone a consolidar el proceso de apertura económica al sistema de libre mercado global, proyectándose como cumplidor de las condiciones necesarias para que los capitales privados del mundo se interesen en sus mercados (privatización de sectores estratégicos: salud, servicios públicos, pensiones y educación), eliminando los obstáculos legales para invertir en la educación. Estos capitales podrían participar en un mercado rentable, al tiempo que el Estado libera responsabilidades sociales (el ideal del neoliberalismo es que el Estado se dedique a la justicia y la defensa de la soberanía). La educación es un área estratégica para la internacionalización y globalización económica. Se necesitan profesionales en todas las áreas del conocimiento para aumentar la producción y la competitividad de productos, bienes y servicios.

El Fondo Monetario Internacional (FMI) y el Banco Mundial (BM) exigen a las economías como condición para beneficiarse de su cooperación la restructuración de universidades y programas educativos en todo el continente en la búsqueda de satisfacer las demandas del mercado. La educación se ha convertido en un gran negocio que mueve billones de dólares en créditos educativos y construcción de infraestructura para brindar el servicio, siendo, además, la principal fuente de formación de capacidades que contribuyen al funcionamiento del desarrollo económico a nivel mundial. Los organismos multilaterales de crédito han tomado cartas en el asunto para exigir reformas y nuevos marcos jurídicos que permitan el acceso legal de capital privado local y extranjero en los asuntos de la educación pública superior en toda América Latina, y Colombia no es, ni mucho menos, la excepción.

### I. Relación de Colombia y el Banco Mundial

Desde la creación del Banco Mundial, Colombia ha sido uno de sus principales clientes o "beneficiarios". Entre 1948 y 1972 Colombia se situaba como el cuarto receptor de créditos, detrás de Brasil, México y Turquía. Esto ha permitido que el país financie con fondos del BM sus obras de infraestructura en el sector energético y de transporte (como prioridad), y en los sectores de industria y agricultura (en segundo lugar).<sup>1</sup> Desde entonces, los planes de desarrollo del país han contado con la asistencia técnica y financiera de este organismo internacional.<sup>2</sup>

---

\* Este artículo se presenta como requisito para optar al título de Politólogo, bajo la modalidad de Ensayo argumentativo.

<sup>1</sup> Cepeda Ulloa, Fernando. García Peña, Rodrigo (1989). *La política exterior colombiana (1946-1974)*. En: Tirado Mejía, Álvaro (1989). *Nueva Historia de Colombia*. Tomo III. Planeta editores, Bogotá.

<sup>2</sup> El banco utilizó frecuentemente tres herramientas: las misiones técnicas, el grupo de consulta y el representante-residente del banco en Bogotá.

Esta es una práctica empleada por los demás países de la región desde mediados de siglo XX, lo que contribuyó a fortalecer las funciones del BM en la creación de un sistema financiero y político regional con miras a vincular los futuros mercados del tercer mundo al mercado mundial. Las directrices del BM y el FMI condujeron a que los países del sur del continente contrajeran grandes deudas con organismos internacionales de crédito del sector privado, lo que más adelante sería la causa de la crisis financiera de la deuda externa.

## II. La relación de los organismos multilaterales de crédito y las reformas estructurales en América Latina

Paralelo a las reuniones que dieron origen al sistema de la Organización de las Naciones Unidas el 22 de julio de 1944 se realizó en New Hampshire (Estados Unidos) la llamada conferencia monetaria y financiera de las Naciones Unidas de Bretton Woods. En este evento se planteó la necesidad de configurar un nuevo orden económico mundial, producto del ascenso de los Estados Unidos como potencia hegemónica tras la probable derrota militar de los países del Eje. El principal propósito de la conferencia de Bretton Woods consistió en lograr la estabilización de las unidades monetarias y el crédito en las naciones asistentes, de tal manera que la reconstrucción de posguerra se realizase de manera expedita y sobre bases sólidas.<sup>3</sup>

De esta conferencia surgieron el Fondo Monetario Internacional (FMI) y el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF). Este último conocido como el Grupo del BM, actualmente compuesto por:

- El Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BBIRF).
- La Asociación Internacional de Fomento (AIF).
- La Corporación Financiera Internacional (CFI)
- El Organismo Multilateral de Garantías de Inversión (OMGI)
- El Centro Internacional de Arreglos de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI).

El objetivo de estos organismos es procurar, moderar y encausar, en el marco de la correlación de fuerzas, la dialéctica desarrollo/subdesarrollo producto de la inestabilidad del mercado capitalista. Los organismos internacionales, configuran nuevos valores y prácticas contribuyendo a la creación de normas y pautas de comportamiento que definen regímenes internacionales a partir de la conciliación y negociación entre los Estados que ceden porciones importantes de su soberanía. Se trata de entidades que proporcionan una mínima y necesaria institucionalidad de alcance mundial con la finalidad de perfilar y delimitar el sentido de la acción ejercida por los actores y agentes políticos y socios económicos que intervienen en la toma de decisiones. Entre sus principales objetivos están el procurar la homogenización, armonización y estandarización de las políticas públicas a escala planetaria.<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup> Enriquez Pérez, Isaac (2010). *Evolución del pensamiento sobre el desarrollo en el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial: un análisis comparativo en América latina*. En: Trayectorias, Revista de Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma de Nuevo León, Monterrey (México). Vol. 12. No. 31 (Jul-Dic. 2010), pág.35

<sup>4</sup> *Ibíd.* pág. 34

En este orden de ideas, los estados nación pasan a ser vistos como mercados en proceso de acondicionamiento para la llegada de los capitales del mundo. Lo que determina en los 80's y 90's "las medidas de ajuste y cambio estructural" en los países de América Latina que vieron en las medidas jurídicas, económicas y políticas suministradas por los organismos multilaterales de crédito y el Consenso de Washington el camino más viable para llevar el desarrollo a sus naciones y con él la generación de riqueza para su sector privado (clases altas: terratenientes, empresarios, industriales).<sup>5</sup>

Entre las medidas sugeridas se encuentran:

- a. El mercado y la acción del empresario privado son los mecanismos más adecuados para la asignación y distribución de los recursos, por ello, y al ser fuente de desequilibrios macroeconómicos, resulta preciso constreñir la intervención del sector público en el proceso económico.
- b. La prioridad: el abatimiento de la inflación a través de la moderación de la oferta monetaria y la reducción del déficit fiscal.
- c. La apertura irrestricta de las economías nacionales a la competencia que suponen los mercados internacionales, de tal forma que el mercado interno sea subsumido en el objetivo de equilibrar la balanza de pagos mediante el estímulo de la industria manufacturera orientada a las exportaciones.
- d. Brindar mínimas condiciones institucionales para la atracción de la inversión extranjera: apertura comercial y financiera, adopción de reformas laborales que flexibilicen el mercado de trabajo y repriman los salarios, empleo de mecanismos que eviten tipo de cambios sobrevaluados, privatización de empresas públicas y definición de transparentes derechos de propiedad.
- e. El aumento de las tasas de interés para estimular el ahorro interno, atraer inversiones extranjeras, frenar las fugas masivas de capital y propiciar el retorno de los que emigraron a otras latitudes.<sup>6</sup>

---

<sup>5</sup> El nombre "Consenso de Washington" fue utilizado por el economista inglés John Williamson en la década de los ochenta, y se refiere a los temas de ajuste estructural que formaron parte de los programas del Banco Mundial y del Banco Interamericano de Desarrollo, entre otras instituciones, en la época del re-enfoque económico durante la crisis de la deuda desatada en agosto de 1982. Algunos se refieren a ella como la "Agenda de Washington", otros como la "Convergencia de Washington" y unos pocos la llaman la "Agenda Neoliberal". Aparte del Banco Mundial y el BID, conforman el Consenso de Washington altos ejecutivos del Gobierno de EEUU, las agencias económicas del mismo Gobierno, el Comité de la Reserva Federal, el Fondo Monetario Internacional, miembros del Congreso interesados en temas latinoamericanos y los "thinktanks" dedicados a la formulación de políticas económicas que apuntan a forzar cambios estructurales en Latinoamérica. Años más tarde Williamson convocó a una cincuentena de economistas de varios países, entre ellos varios latinoamericanos, a una conferencia que tuvo lugar el 6 y 7 de noviembre de 1989, en la capital federal, destinada a analizar los avances alcanzados y las experiencias obtenidas de la aplicación de las políticas de ajuste y de reforma estructural impulsadas por el consenso de Washington. Las conclusiones que surgieron de esta conferencia fueron publicadas por el *Institute of International Economics of Washington*, con la edición académica de Williamson. En: <http://propolco.tripod.com/4sem/washington.htm>

<sup>6</sup> *Ibid.* pág. 45.

### III. La Constitución de 1991 como resultado de las políticas de ajuste del FMI y el BM

En 1982 el FMI aparece de nuevo en el escenario político y económico americano para cumplir la función de intermediación entre los gobiernos sofocados por el endeudamiento y los acreedores de los bancos privados transnacionales. A raíz de la crisis de la deuda, la nueva función del FMI se concentró en diseñar los mecanismos para privilegiar la renegociación de su servicio en América Latina, a la vez que presionó mediante las condiciones impuestas a acreedores y deudores, así como a través de una nueva directriz que relacionó la concesión de nuevos créditos y la reestructuración de la deuda contraída por los países subdesarrollados a las exigencias de la banca privada transnacional. A partir de entonces, el poder y la influencia del Fondo Monetario creció considerablemente por encima de organismos como la CEPAL y la UNCTAD, entre otros.<sup>7</sup>

Bajo estas circunstancias, los países latinoamericanos acentuaron la adopción de las políticas de ajuste y cambio estructural inspiradas en el Consenso de Washington para ser aplicadas a los países subdesarrollados como solución a las problemáticas financieras que presentaban los mismos, y como la vía de inserción al mercado global con una producción integrada y la creación de procesos de integración regional que moldean los circuitos mercantiles mundiales, facilitando la expansión y la consolidación global del capitalismo.<sup>8</sup>

Los cambios en el modelo económico de Colombia se iniciaron a principios de la década de los ochenta durante el gobierno de Belisario Betancur (1982-1986), cuando se aplicó un programa de estabilización para superar los déficit internos y externos; se continuó esta medida en el gobierno de Virgilio Barco (1986-1990), en el que se definió una estrategia de modernización del aparato productivo consistente en la apertura comercial del país que no se concretó hasta el gobierno de César Gaviria (1990-1994).<sup>9</sup>

Según Matías Camargo, después de una larga cadena de violaciones a la Constitución de 1886 el proceso se inició como reforma constitucional y terminó suprimiendo la Constitución y suplantándola por otra, aprovechando la coyuntura política interna<sup>10</sup> que condujo a que se realizara la Asamblea Nacional Constituyente en nombre del “constituyente primario” (el pueblo); su dirección y control estuvo en manos de un reducido grupo encabezado inicialmente por el presidente Virgilio Barco y luego por el presidente César Gaviria Trujillo, quien durante la producción de la nueva Constitución

---

<sup>7</sup> La CEPAL es una de las cinco comisiones regionales de las Naciones Unidas y su sede está en Santiago de Chile. Se fundó para contribuir al desarrollo económico de América Latina, coordinar las acciones encaminadas a su promoción y reforzar las relaciones económicas de los países entre sí y con las demás naciones del mundo. Posteriormente, su labor se amplió a los países del Caribe y se incorporó el objetivo de promover el desarrollo social. La UNCTAD, creada en 1964, promueve la integración de los países en desarrollo en la economía mundial dentro de un marco propicio para el desarrollo.

<sup>8</sup> *Ibid.*, pág. 47

<sup>9</sup> Matías Camargo, Sergio Roberto (2001). *Neoliberalismo y constitución política de 1991*. Bogotá: Universidad Libre. Pág. 33

<sup>10</sup> La aparición de la “séptima papeleta” en el debate presidencial de 1990 facilitó la idea y la llevó a cabo a pesar de ser un hecho extraño al sistema electoral del país, esa papeleta jugó un papel determinante en la escogencia de Cesar Gaviria como Candidato oficial del liberalismo en la consulta liberal del 11 de marzo de 1990.

contó con la asistencia y asesoría del gobierno norteamericano y de los organismos multilaterales de crédito (BM y FMI).<sup>11</sup>

La llamada “apertura económica”<sup>12</sup> durante la administración de César Gaviria Trujillo proyectó e inscribió a Colombia y su mercado nacional hacia el exterior, mediante la flexibilización del mercado laboral, la reforma tributaria, la libertad financiera y cambiaria, la privatización de actividades del Estado, la reducción de aranceles y el incremento de las exportaciones,<sup>13</sup> creando un marco jurídico propicio para la internacionalización de la economía y la política en los artículos 58, 150 numeral 16, 226, 295 y 360 de la Constitución Política, entre otros.<sup>14</sup>

La nueva Constitución fue un gran logro social en temas de derechos, ya que se declaró un Estado Social de Derecho con varios mecanismos de participación popular e instituciones que los garantizaban: la acción de tutela, los derechos fundamentales de primera, segunda y tercera generación; el referendo, la revocatoria del mandato, la Corte Constitucional, la Fiscalía General de la Nación, entre muchas otras nuevas garantías.

Pero sin duda alguna, fue un gran logro para el sector privado y el sistema financiero global, puesto que los 59 artículos transitorios en realidad configuraron marcos constitucionales e institucionales para remodelar y manejar sin cortapisas el engranaje del Estado en su conjunto.

A fines de 1994 el presidente Gaviria aportó 72 decretos tendientes a suprimir, fusionar o reestructurar las entidades de la Rama Ejecutiva, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta del orden nacional, con el fin de adelantar la llamada “modernización del Estado” acorde con las exigencias y sugerencias del FMI y el BM. Esta modernización se orientaba a la modificación de la estructura estatal para disminuir la injerencia del Estado en la economía mediante la privatización de bienes públicos y de sectores estratégicos.

De esta manera, en la Ley 142 de 1994 se previó la privatización de las empresas estatales “cuando no cumplen los requisitos de eficacia”, habilitando a los particulares para prestar servicios públicos. Esta medida favorece monopolios privados orientando al Estado a la función de regulación y control. A ello sumado las leyes 50 y 60 de 1990, 30 de 1992 y 100 de 1993, que forman un conjunto de normas coherentes, diseñadas de manera gradual y sistemática para crear un marco legal y jurídico que vinculara al país como oferente de nuevos mercados en la expansión de la globalización y del neoliberalismo en el mundo.

#### **IV. La Constitución de 1991 y la educación en Colombia como un fenómeno global**

La Constitución de 1991 está inmersa en un período de cambios locales, regionales y globales. Es producto de los nuevos paradigmas que movilizaron el siglo XX; fiel reflejo del pensamiento liberal y de las reivindicaciones humanas que vienen con él,

<sup>11</sup> Matías Camargo, Sergio (2001). *Op. cit.*

<sup>12</sup> Ver Artículos 20, 48, 60, 333 y 365 transitorios de la Constitución Política.

<sup>13</sup> Orientó la producción hacia los mercados externos, especialmente a Estados Unidos, principal socio comercial.

<sup>14</sup> República de Colombia (1991).

representados, entre otros, en la Organización de las Naciones Unidas y de Bretton Woods (1944) y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1949). Un elemento fundamental de las reivindicaciones liberales es el posicionamiento de la educación como un derecho fundamental. En su artículo 26 la Declaración refiere lo siguiente:

1. Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria. La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada; el acceso a los estudios será igual para todos, en función de los méritos respectivos.
2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos; y promoverá el desarrollo de las actividades de las naciones unidas para el mantenimiento de la paz.
3. Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos.

Posteriormente otros instrumentos también consagraron ese derecho:

**“Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre. Artículo 12.** Toda persona tiene derecho a la educación, la que debe estar inspirada en los principios de la libertad, moralidad y solidaridad humanas.

Así mismo, tiene derecho a que, mediante esta educación, se le capacite para lograr una digna subsistencia, un mejoramiento del nivel de vida y para ser útil a la sociedad.

El derecho a la educación comprende el de igualdad de oportunidades en todos los casos, de acuerdo con las dotes naturales, los méritos y el deseo de aprovechar los recursos que puedan proporcionar la comunidad y el Estado.

Toda persona tiene derecho a recibir gratuitamente la educación primaria, por lo menos.”<sup>15</sup>

Por su parte, la Constitución de 1991 le apuesta a un país más incluyente, consciente y coherente con las lógicas de la realidad económica, política y social del siglo XX, dándole a la educación un carácter fundamental en la construcción de sociedad y en el desarrollo del país. Así, en su artículo 67 consagra lo siguiente:

“La educación es un derecho de la persona y un servicio público que tiene Una función social: con ella se busca el acceso al conocimiento, a la ciencia, a la Técnica, y a los demás bienes y valores de la cultura”.

Con las leyes 30 de 1992 y 115 de 1994 se transforma el sistema educativo del país, pasando de tres a cuatro niveles de formación:<sup>16</sup>

---

<sup>15</sup> Vargas Castaño, Alfredo (1995). *Un derecho humano llamado educación*. En: Revista Politeia. No. 16. Bogotá D.C.: universidad nacional de Colombia. Pág. 145

1. Educación Preescolar con duración de tres años.
2. Educación Básica con duración de nueve años.
3. Educación Media con duración de dos años.
4. Educación Superior.

Así las cosas, se genera una relación entre la economía (estructura ocupacional) y la educación (estructura educativa), que exige formar capital humano en el menor tiempo posible, al menor costo; esto, acorde con la demanda del sector productivo del país proyectado con la Constitución de 1991.<sup>17</sup> Un país que genera múltiples interpretaciones del presente y del futuro, puesto que es evidente la divergencia entre el país proyectado por los empresarios y las personas mayores y el proyectado por las juventudes humildes y la comunidad universitaria.

## V. La educación superior en Colombia

Actualmente existen 283 instituciones de educación superior en el país. De ellas 80 son públicas (32 universidades) y 203 son privadas (48 universidades). Y, en total, se ofrecen 10.415 programas de educación superior (incluidos los programas técnicos profesionales y tecnológicos del Sena). Y de las 21 instituciones de educación superior acreditadas, 8 son públicas y 13 son privadas.<sup>18</sup>

En materia de cobertura, en 2010 se graduaron en Colombia 625.466 bachilleres y para el año 2014 se estima que serán cerca de 800.000 estudiantes. En el primer semestre de 2011 ingresaron a la educación superior 294.000 jóvenes. Para el mismo año, la cifra en todo el país fue de 1'674.420 estudiantes en el sistema de educación superior, de los cuales 1'591.010 se encuentran matriculados en programas de pregrado. La tasa de cobertura en educación superior es de 37%, medida como el número de estudiantes de pregrado sobre la población entre los 16 y 21 años.

Para el 2014 la meta de cobertura en este nivel de formación es de 50%, lo que implica una matrícula total de 2'282.987 estudiantes.

La tasa de deserción por cohorte es de 45%, es decir que de cada 100 estudiantes que ingresan a la educación superior, 55 eventualmente se gradúan.

Del total de estudiantes (1'674.420), 927.295 están en IES públicas y 747.125 en IES privadas. En 2002 estas cifras eran de 416.722 y 583.426 estudiantes, respectivamente.

En materia de Calidad:

---

<sup>16</sup> Antes de la expedición de la Ley 30, la Ley 80 de 1980 consagraba un sistema educativo de tres niveles: Primaria, Secundaria y Superior.

<sup>17</sup> Rodríguez Rodríguez, R. (2001). *La Constitución Política de Colombia y la educación superior: contexto y normatividad*. En: *Revista cultural academia libre*. (1), págs. 55, 56.

<sup>18</sup> Oficina Asesora de comunicaciones Ministerio de Educación Nacional (2011). *ABC del proyecto de reforma a la educación en Colombia: la inversión, el mejor negocio que puede hacer un país*. Ministerio de Educación Nacional. Consultado en: [http://docs.google.com/viewer?a=v&pid=explorer&chrome=true&srcid=0B\\_7QYGmOh2PkNTIyYzQyODMtMjNhYi00YTE3LWlxODMtZGZkYjYyOTM3N2Fk&hl=es](http://docs.google.com/viewer?a=v&pid=explorer&chrome=true&srcid=0B_7QYGmOh2PkNTIyYzQyODMtMjNhYi00YTE3LWlxODMtZGZkYjYyOTM3N2Fk&hl=es)

Todos los programas de educación superior (técnicos profesionales, tecnológicos profesionales, universitarios, especializaciones, maestrías y doctorados) cuentan con registro calificado, es decir que cumplen con las condiciones de calidad establecidas por el Ministerio de Educación. La única excepción son algunos programas del SENA que actualmente están en proceso de obtener dicho registro.

De las 283 IES de todo el país, 21 (8 públicas) cuentan con la acreditación institucional otorgada por el Ministerio de Educación.

649 programas de educación superior cuentan con acreditación de alta calidad otorgada por el Ministerio de Educación.

Todos los estudiantes próximos a recibir sus títulos, son evaluados a través de las pruebas Saber PRO (antes ECAES) del ICFES.

En Colombia existen 4.072 grupos de investigación registrados por Colciencias y 405 revistas indexadas, es decir que son publicaciones que denotan alta calidad y están listadas en alguna base de datos de consulta mundial. En 2003, estas cifras eran de 809 y 90, respectivamente. Estos datos fueron suministrados por el Ministerio de Educación, con el objetivo de exponerles a los colombianos la situación actual de la educación superior del país. Esto en el contexto de una Reforma a la ley 30/92 radicado por el gobierno del presidente Álvaro Uribe Vélez en abril del 2010, y que fue retomado en el 2011 por la administración del presidente Juan Manuel Santos.

## VI. La reforma a la Ley 30 de 1992: ¿un acto soberano o una exigencia de organismos multilaterales en el contexto de la globalización?

*La globalización debe entenderse como el flujo de persona, tecnología, conocimientos, valores e ideas, que trascienden las fronteras y afectan a cada país de manera diferente según su historia, cultura y prioridades; por otro lado, la internacionalización se refiere a una respuesta proactiva de las universidades mediante la cual un país responde al impacto de la globalización.<sup>19</sup>*

El impulso dado en América Latina a la privatización de los activos públicos es consecuencia de los esfuerzos emprendidos por los gobiernos en las últimas décadas en el afán de reestructurar las deudas de sus economías y convertirlas en economías de libre mercado, orientadas al exterior.<sup>20</sup>

En el contexto internacional el proyecto de reforma a la ley 30 de 1992 es solo una de las muchas reformas exigidas a los países del continente por parte de los organismos multilaterales de crédito encargados de materializar las doctrinas neoliberales concebidas a principios del siglo XX por la escuela de Friburgo y, posteriormente, por la Escuela de

<sup>19</sup> Gacel, Jocelyne y Ávila, Ricardo (1995). *Universidades latinoamericanas frente al reto de la internacionalización*. Utilizan esta idea extraída de WIT, Hans. Ed. *Strategies for International of Higher Education: a comparative study of Australia, Canada, Europe and United States of America*. Amsterdam: EAIE.

<sup>20</sup> Matías Camargo, Sergio Roberto (2001). *Neoliberalismo y constitución política de 1991*. Bogota D.C: Universidad libre. pág. 80.

Chicago.<sup>21</sup> Claudia Alanís Hernández en su trabajo *La influencia del extranjero en la educación* habla de la influencia del FMI, del BM<sup>22</sup> y de la OCDE en los procesos de Chile, Brasil, Argentina, México, Centro América, y Colombia. Organismos financieros y políticos influyentes que en la actualidad determinan las políticas educativas para continuar con la globalización, desvirtuando la idea de que las reformas educativas son decisiones autónomas y soberanas de los Estados Nacionales. Problemática que también se plantea en el informe *Las reformas educativas en los países del cono sur* publicado por el Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales CLACSO, en el que se concluye la influencia determinante del FMI y el BM en la elaboración de los proyectos de reforma a la educación en los países anteriormente mencionados que se acogieron a un modelo educativo que tiende a lo instrumental, cargado de técnicas y prácticas de aprendizaje de conocimientos elementales articulados a un referente central: el mercado.<sup>23</sup>

Xavier Bonal en su texto *Globalización y política educativa: un análisis crítico de la agenda del Banco Mundial para América Latina* hace un seguimiento de lo que ha sido el proceso de consolidación del BM como actor determinante en la elaboración de políticas públicas en el campo de la educación para todo el sur del continente Americano, indicando que desde principios de los años ochenta la influencia del BM en las políticas y sistemas educativos de los países menos desarrollados se ha expandido extraordinariamente desde un punto de vista tanto cuantitativo como cualitativo. Bonal afirma que:

A mediados de los años noventa, por ejemplo, el financiamiento del Banco Mundial suponía el 25 % del total de la ayuda internacional al desarrollo de la educación. Ello se explica por el aumento en el número y cuantía de los préstamos educativos y la reducción de las ayudas bilaterales al desarrollo. Al mismo tiempo, la proporción de préstamos educativos en el presupuesto global del BM aumentó del 4% en 1980 al 10% en 1996, con lo que alcanza los dos billones de dólares. En la actualidad el BM financia 164 proyectos en 82 países, lo que lo hace la institución con mayor capacidad de financiamiento de la educación.<sup>24</sup>

La transformación estructural se desarrolla de forma sistémica condicionando el apoyo económico de los macro proyectos educativos a la implementación de las medidas sugeridas por este organismo multilateral, se va alterando la manera en la que se atiende el diseño, la planificación y la aplicación de políticas públicas. Fundamentalmente las políticas del cambio estructural (SAP), a través de los préstamos condicionados, trasladaron por completo el control de las decisiones en materia de política educativa de los países receptores hacia el BM.

En efecto, el uso de los préstamos condicionados como mecanismos de financiamiento de la educación conlleva dos cambios claves en el proceso de globalización educativa: por una parte, la introducción de formas de gobernabilidad que superan el espacio del Estado-nación para situarse en el ámbito de los organismos multilaterales. La condicionalidad prácticamente elimina la negociación

---

<sup>21</sup>Estrada Álvarez, Jairo (2004). *Construcción del modelo neoliberal en Colombia, 1970-2004*. Bogotá: Aurora. Pág. 14

<sup>22</sup> El FMI y el BM fueron creados en 1944 con funciones distintas y complementarias.

<sup>23</sup>CTERA, CNTE, COLEGIO DE PROFESORES, AFUTU-FENAPES, LPP. *Las reformas educativas en los países del cono sur*. CLACSO. págs. 32-33.

<sup>24</sup> Bonal, Xavier (2002). *Globalización y política educativa: un análisis crítico de la agenda del banco mundial para América latina*. En: Revista mexicana de Sociología. Volumen 3. No. 2. Julio-Septiembre. págs. 18-19.

política y otorga a una institución supranacional capacidad de gobierno sobre gobiernos.<sup>25</sup>

Durante las últimas dos décadas se han realizado dos conferencias mundiales de educación superior organizadas por la UNESCO (1998 y 2009) con el fin de impulsar el fortalecimiento de los sistemas de educación superior alrededor del mundo<sup>26</sup>. El 6 de octubre del 2011 el BM y el FMI reunieron 34 países de América Latina en República Dominicana en un foro llamado *Foro de la competitividad de las Américas* cuyo eslogan es “comprometidos con la educación para competir”. Les exigieron a estos países altamente endeudados más inversión en educación, ciencia, y tecnología para la competitividad económica<sup>27</sup>; la idea central “vincular los países a las nuevas estrategias del desarrollo”. Es en el periodo 1990-1994 bajo la administración de Cesar Gaviria Trujillo que puede hablarse de apertura en la economía nacional, de la consolidación de acuerdos comerciales y de integración con los países de la región.

Se creó el marco jurídico constitucional y legal de 1991: la ley 30 de 1992, la ley 100 de 1993, y los artículos 27, 67 y 68 de la Constitución Nacional, que consagran la libertad de enseñanza, aprendizaje, investigación y cátedra, así como la autonomía universitaria y el fortalecimiento de la investigación científica tanto en las universidades oficiales como en las universidades privadas. La ley 30 de 1992 en su artículo 98 prohíbe el *ánimo de lucro* en las universidades creadas por personas jurídicas, artículo que no concuerda con el marco jurídico de la apertura comercial al sector privado nacional y extranjero. Esto representa un objetivo claro a la hora de continuar con la lógica aperturista, se requiere la modificación de este artículo y sumarle nuevas condiciones que garanticen el atractivo de los inversionistas hacia este sector. Estas conjeturas se presentan en medio de una disputa entre el gobierno Santos y la comunidad universitaria del país debido al afán del gobierno por hacer aprobar la reforma sin la participación de la comunidad directamente afectada. De ahí se desenvuelve toda la discusión Nacional entorno a la educación superior y su intento de reforma por parte del gobierno de Juan Manuel Santos durante el 2011 que provocó el paro de las principales universidades e instituciones técnicas del sector público y marchas estudiantiles a las que se sumaron diversos sectores de la sociedad. Esta presión social que tuvo como resultado la modificación de la reforma y posteriormente el retiro de la propuesta que iniciaba su trámite en el Congreso de la República.

## VII. El TLC y la reforma a la ley 30/92 en la internacionalización de la economía colombiana

En la historia económica de Colombia Estados Unidos ha sido su principal socio comercial representando el 42% de su intercambio comercial (importaciones + exportaciones).<sup>28</sup> Hoy el panorama comercial del país es amplio. Hace parte de la comunidad Andina de Naciones (con Ecuador, Perú y Bolivia), tiene acuerdos con Chile,

<sup>25</sup> Ibid.

<sup>26</sup> Oficina Asesora de comunicaciones Ministerio de Educación Nacional (2011). *ABC del proyecto de reforma a la educación en Colombia: la inversión, el mejor negocio que puede hacer un país*. Ministerio de Educación Nacional. Consultado en:

[http://docs.google.com/viewer?a=v&pid=explorer&chrome=true&srcid=0B\\_7QYGmOh2PkNTIyYzQyODMtMjNhYi00YTE3LWlxODMtZGZkYjYyOTM3N2Fk&hl=es](http://docs.google.com/viewer?a=v&pid=explorer&chrome=true&srcid=0B_7QYGmOh2PkNTIyYzQyODMtMjNhYi00YTE3LWlxODMtZGZkYjYyOTM3N2Fk&hl=es)

<sup>27</sup> Foro dirigido por la directora general del banco mundial Sri MulyaniIndrawati.

<sup>28</sup> Un ejemplo que ilustra este vínculo comercial es el comportamiento de la exportaciones colombianas a Estados Unidos entre 1990 y 2005 pasando de US \$ 7.000 millones a US \$ 20.000.

con el CARICOM, firmó un acuerdo de complementación económica con MERCOSUR y tiene preferencias especiales de Estados Unidos para la entrada de sus productos por medio del ATPA-ATPDEA.<sup>29</sup> En el 2011 las exportaciones colombianas se estimaron en 56 mil millones de dólares, de los cuales el 10% son servicios.<sup>30</sup>

La firma del TLC con Estados Unidos exige a Colombia una agenda interna (construcción de infraestructura y reestructuración de algunas instituciones, fortalecimiento de la seguridad inversionista y del respeto de los derechos humanos) que tiene implicaciones de carácter económico, político, social y cultural.

Colombia inició el proceso desde 1991 modificando normas, leyes, decretos y resoluciones que permitieran la entrada de grandes capitales extranjeros privados así como grandes corporaciones multinacionales al país, lo cual implica: mano de obra calificada, bilingüismo, desarrollo de infraestructura, nuevos puertos, aeropuertos, ferrocarriles, dobles calzadas, cambios en el Ministerio de Comercio e Industria, cambios en el sector financiero, en las áreas de la salud, la educación y la cultura. Lo que va de la mano con reformas al interior del Ministerio Educación Nacional, del ICFES, del ICETEX, del SENA, y COLCIENCIAS, así como adecuaciones en los currículos, programas, y proyectos institucionales de las 32 universidades públicas del país para que respondan a las exigencias de la globalización como un cuerpo único frente al nuevo tratado de libre comercio firmado con Estados Unidos en el mes de octubre de 2011.

La Ley 1324 del 2009 convirtió al ICFES en una entidad pública descentralizada del orden nacional para evaluar la educación en todos sus niveles, hacer los exámenes de Estado, investigar y generar información para mejorar la calidad educativa. Ideas que hacían parte de la proyección del país, en su objetivo de ser un mercado atractivo para la inversión extranjera, como motor de impulso para su crecimiento económico.

En el TLC con EE.UU, la educación se abordó en las negociaciones de *servicios transfronterizos*, donde la educación superior hace parte de los *servicios de enseñanza* contenido en el paquete de servicios prestados a las empresas, al igual que servicios como: la construcción, la ingeniería y conexos, de distribución, servicios sociales, servicios de salud, servicios de turismo, y viajes, según la clasificación W120 de la Organización Mundial del Comercio (OMC). Lo que permite inferir la relación entre el Tratado de Libre Comercio y el intento de reforma a la ley 30/92 sobre el artículo 23.<sup>31</sup> Que pretendía habilitar el *ánimo de lucro* para las universidades privadas, tenía una coherente relación.

El artículo 67 de la Constitución Política de Colombia señala que “*la educación es un derecho de la persona y un servicio público que tiene una función social; con ella se busca el acceso al conocimiento, a la ciencia, a la técnica, y a los demás bienes y valores de la cultura*”. En el TLC la educación superior se abordó en calidad de servicio transfronterizo. Durante el 2011 el gobierno presentó tres intentos de reforma (proyectos), de los cuales, dos buscaban crear las condiciones para que la educación en el país se viera como un mercado rentable,

<sup>29</sup> Villegas, Luis Carlos (2005). *El TLC con estados unidos: una oportunidad para Colombia*. Bogotá: Revista Desafíos. No. 13, Jul.-Dic. Págs. 23-39

<sup>30</sup> Fuente DANE 2010.

<sup>31</sup> Por razón de su origen, las instituciones de educación superior se clasifican en: Estatales u Oficiales, Privadas y de Economía Solidaria.

modificando los artículos 98 por el 12 o el 20, de las dos primeras reformas que buscaban el *ánimo de lucro* en las instituciones de educación superior privadas, o el artículo 89 por el 111 y 156 de las primeras reformas que buscaban modificar el Fondo de la Educación Superior (FODESEP) que funciona como una entidad de economía mixta bajo los principios de economía solidaria, con el fin de crear el Fondo a la Inversión Privada en la Educación Superior (FOMINVEST) constituido como sociedad anónima y cuyo principal objetivo sería actuar como instancia estructuradora de proyectos para vincular capital privado a la prestación del servicio público de educación superior.

Al igual que el artículo 155 y 151 de las últimas dos reformas que buscaban el incremento de los valores de las matrículas por encima del índice de precios al consumidor, con el condicionante de que se le informara al Ministerio de Educación Superior las razones de este.<sup>32</sup> Estos son simples ejemplos de otras modificaciones que garantizaban la rentabilidad de los inversionistas al sector. Sin embargo, no hay que dejar de lado que bajo las condiciones económicas, políticas y sociales del siglo XXI los gobiernos deben actuar como grandes negociadores entre el sector privado y el público, lo que explica la iniciativa del gobierno de Juan Manuel Santos de beneficiar tanto al sector privado global (inversión nacional o extranjera), como en efecto a la población que se encuentra en edad de ingresar a estudios medios o superiores.

En este sentido el gobierno dio a conocer a la opinión un comunicado el 10 de Marzo de 2011 en el que presentaba los propósitos de la reforma de la siguiente manera.

Buscando un incremento significativo de las fuentes de recursos para el sector, el gobierno busca:

1. Generar condiciones para una mejor oferta en educación superior. El proyecto plantea fortalecer el sistema mediante el cual podemos garantizar condiciones de calidad en todos los programas que se ofrecen en el país, esto mediante el fortalecimiento de la autonomía y la autorregulación de las IES, así como el Sistema de Aseguramiento de la Calidad de la Educación Superior para garantizar el cumplimiento de condiciones de calidad de todos los programas e instituciones y promover la acreditación voluntaria.

Además:

i) Define incentivos para reconocer la excelencia y convertir a la innovación e investigación en clave para la generación de conocimiento y el desarrollo tecnológico. La innovación es vital para el progreso; por eso el 10 por ciento de las regalías –según la reforma que está en trámite en el Congreso– será invertido en programas regionales de ciencia y tecnología, y por eso, se hace indispensable contar con instituciones de educación superior capaces de liderar este proceso.

ii) Prevé el fortalecimiento del Sistema de Inspección y Vigilancia que contempla la implementación de herramientas preventivas, cautelares, correctivas y sancionatorias.

---

<sup>32</sup> Ramírez Franco, Marta Luz. *Tercer comparativo entre ley 30 y proyectos de reforma a la ley 30: primera versión de abril de 2011, segunda versión de julio de 2011 y tercera versión de septiembre de 2011*. Facultad de educación, Universidad de Antioquia. Consultado en: <http://es.scribd.com/doc/68938507/Comparativo-Entre-Ley-30-y-Proyecto-1-2-y-3-Radicado-en-El-Congreso-m-Ramirez-Udeatq-1>

2. Generar condiciones para que más colombianos ingresen y se gradúen de la educación superior. La propuesta propone ampliar la oferta de programas a través de un incremento de los recursos, promover el acceso equitativo, la permanencia y mejorar las fuentes de financiación a los estudiantes; flexibilizar la oferta educativa, y fortalecer la participación regional.

3. Adecuar el sistema de educación superior con la realidad nacional y armonizarlo con las tendencias regionales e internacionales. La iniciativa promueve la consolidación de las relaciones entre la educación superior con la sociedad, el Estado y el sector productivo de tal manera que contribuyan, de mayor forma, a la generación y transferencia de conocimiento, así como la internacionalización de las instituciones y del sector en general.

4. Fortalecer los principios de buen gobierno y transparencia en el sector, se propone un capítulo específico que combina la autonomía institucional y la responsabilidad pública en cuanto a la rendición de cuentas a la sociedad y al Estado, y el establecimiento de códigos del buen gobierno.

Bogotá, 10 de marzo de 2011.<sup>33</sup>

### Consideraciones Finales

Las clases gobernantes de Colombia siempre le han apostado a las tendencias institucionales y políticas de moda. Cuando decidieron darle fin al modelo colonialista instauraron el modelo del Estado Moderno lo que los puso a la vanguardia del siglo XIX, hoy la tendencia es otra. Los Estados nación tuvieron su momento con las políticas keynesianas de la CEPAL (Estado de bienestar), que vieron su fin con la caída de la Unión soviética y el ascenso de Estados Unidos como primera potencia mundial.

Hoy el panorama político y económico mundial tiene nuevas lógicas que parten del mercado, y Colombia no hizo excepción, se sumó a la tendencia del momento con la Constitución de 1991 que puso en práctica un Estado Neoliberal abriendo sus mercados a los postores del mundo ¿Bueno o malo? eso no lo podremos decir hasta no ver en unas décadas las consecuencias de las decisiones tomadas por nuestra clase dirigente. Pero lo que está visto es que dentro de estas fronteras se viven luchas por la reivindicación de unos Derechos que esa misma constitución proclamó, haciendo del ejercicio de gobernar una difícil labor que se debate entre la voz del pueblo y las demandas de grandes capitales ansiosos de poseer el mundo entero, sin restricciones de ningún tipo.

Este, el siglo de la libertad, solo exige un pasaporte para tener acceso a todos los bienes y privilegios del hombre y la naturaleza, un pasaporte que hoy es verde, pero que mañana puede ser azul, y pasado mañana de cualquier color. El dinero es el embajador de los grandes ejércitos del mundo que hoy se conocen como G8, pero que mañana pueden ser 9 o 10. Es una realidad dinámica que no deja otra vía que la del cambio. Hay quienes consideran que todo tiempo pasado fue mejor, yo por mi parte no puedo dejar de

---

<sup>33</sup> Oficina Asesora de comunicaciones Ministerio de Educación Nacional (2011). “ABC del proyecto de reforma a la educación en Colombia: la inversión, el mejor negocio que puede hacer un país”. Ministerio de Educación Nacional.

asombrarme con todo lo que ofrece cada mañana el siglo XXI, bien llamado siglo del conocimiento, de la ciencia y la innovación, así como el siglo del libre mercado y la globalización. Es un tiempo que exige lo mejor de cada uno para seguir existiendo, y que puede ser muy bueno cuando se tienen las condiciones que exige para seguir en el juego, pero que de igual manera puede ser muy malo cuando te vas quedando atrás.

La Ley 30 de 1992 es algo que en este momento le pertenece al pueblo, pero que estaba concebida para ser compartida entre el pueblo y el sector productivo. Considero que indudablemente se deben seguir las lógicas de este nuevo siglo, el gobierno tiene que sentarse a negociar con el pueblo que es el que tiene la batuta<sup>34</sup> dentro de estas fronteras.

Así, y a la manera de Eduardo Galeano:

Vivimos tiempos del miedo, el mundo vive en estado de terror, y el terror se disfruta. Dicen que es obra de Sadam Hussein, de Osama Bin Laden, de Gadafi, de los talibanes; pero el verdadero autor del pánico planetario se llama “mercado”; terrorista sin rostro que está en todas partes como dios y cree ser eterno como dios. Su frondoso prontuario criminal lo hace temible, se ha pasado la vida robando comida, asesinando empleos, secuestrando países, con sus doctrinas y fabricando guerras.

Cuanto más pagamos, más debemos, y cuanto más debemos MENOS DECIDIMOS. Estamos secuestrados por la banca extranjera, ya no podemos ni respirar sin permiso. En Latinoamérica, vivimos para pagar el servicio de la deuda, el gobierno gobernado SIMULA QUE GOBIERNA, producimos mendigos, prostitutas, policías, sicarios, traficantes y emigrantes, y una deuda pública creciente que cobra el fraude a todos, y es hecho por pocos.

Nuestros Estados se han reducido solo para la vigilancia y el castigo, porque la dictadura financiera global obliga al desmantelamiento de los Estados, a la desregulación a la apertura comercial, al sometimiento político y a la apertura educativa para poder vender sus bienes, sus guerras; por eso siembran miedo, terror, silencio, pensamiento único, y para ello tienen la televisión (...)

¿Serán obras de al-Qaeda, de los talibanes, de Sadam Hussein? No, esas obras son de la economía, de la política, que matan niños de hambre que dejan mil millones de seres en la pobreza en el mundo, que cometen atentados que no salen en los diarios ni en la televisión.

Es una nueva organización terrorista del mundo que el poder militar custodia. La guerra en Irak y Afganistán castigó a los castigados y mató a los muertos, ahora busca enemigos nuevos.<sup>35</sup>

---

<sup>34</sup> Término empleado por los estudiantes en las marchas: “haber, haber, quien lleva la batuta, los estudiantes o el Gobierno (...)”

<sup>35</sup> Galeano, Eduardo. *Extracto de Manicomio*. Consultado el 26 de septiembre de 2011. En: <http://www.rebellion.org/hemeroteca/cultura/galeano151202.htm>.

## Referencias Bibliográficas

Bonal, X. (2002). *Globalización y política educativa: un análisis crítico de la agenda del Banco Mundial para América Latina*. En: Revista Mexicana de Sociología 3 (2), págs. 3-35.

Cepeda Ulloa, F. G. (1989). *La política exterior Colombia (1946-1974)*. Planeta Colombia S.A. Bogotá.

Ctera, Cnte, Colegio de Profesores, AFUTU-FENAPES, LP. (2005). *Las reformas educativas en los países del cono sur*. Buenos Aires: CLACSO.

Enriquez Pérez, I. (2010). *Evolución del pensamiento sobre el desarrollo en el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial: un análisis comparativo en América Latina*. En: Trayectorias. Revista de ciencias Sociales 12. págs. 30-60.

Estrada Álvarez, J. (2004). *Construcción del modelo neoliberal en Colombia: 1970-2004*. Bogotá. D.C.: Aurora.

Gacel, J. Á. (2008). *Universidades Latinoamericanas frente al reto de la internacionalización*. En: Revista Casa del Tiempo: Cuarta época, 01 (09), págs. 2-8

Matías Camargo, S. R. (2001). *Neoliberalismo y Constitución Política de 1991*. Universidad Libre, Bogotá D.C.

Oficina Asesora de Comunicaciones, Ministerio de Educación Nacional (2011). *ABC del proyecto de reforma a la educación en Colombia: la inversión, el mejor negocio que puede hacer un país*. Bogotá. D.C. Ministerio de Educación Nacional.

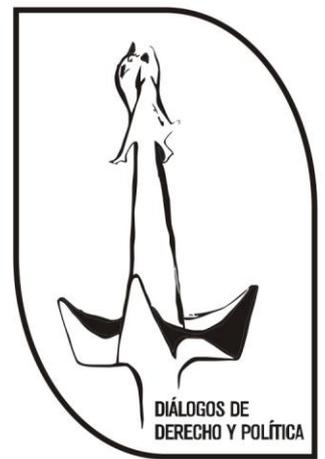
Ramírez Franco, M. L. (diciembre de 2011). *Tercer comparativo entre Ley 30 y proyectos de reforma a la Ley 30*: primera versión abril de 2011, segunda versión julio de 2011 y tercera versión septiembre de 2011. (Universidad de Antioquia, Ed.) Consultado el 25 de enero de 2012 en: <http://es.scribd.com/doc/68938507/Comparativo-Entre-Ley-30-y-Proyecto-1-2-y-3-Radicado-en-El-Congreso-m-Ramirez-Udeatq-1>

República de Colombia (1991). *Constitución Política de Colombia 1991*. Colombia.

Rodríguez Rodríguez, R. (2001). *La Constitución Política de Colombia y la educación superior: contexto y normatividad*. En: Revista Cultural Academia Libre.

Vargas Castaño, A. (1995.). *Un Derecho Humano llamado educación*. En: Revista Politeia 16. págs. 143-160.

Villegas, Luis Carlos (2005). *El TLC con Estados Unidos: una oportunidad para Colombia*. En: Revista Desafíos (13), págs. 23-39.



## El derecho a prostituirse. La prostitución a la luz del derecho laboral

**Juan Camilo Rúa Serna**

Estudiante pregrado en Derecho, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas,  
Universidad de Antioquia.

Correo electrónico: [camilo2557@hotmail.com](mailto:camilo2557@hotmail.com)

## Resumen

La prostitución, actividad milenaria, puede ser vista a través de los ojos del derecho laboral, como trabajo y oficio, como actividad económica legal y lícita. Tradicionalmente se ha estudiado bajo tres enfoques: abolicionistas, prohibicionistas y reglamentaristas. En el presente trabajo se analiza un cuarto enfoque, que le da a la prostitución, cuando se reúnen las características de un contrato de trabajo, la calidad de trabajo reconocido por el derecho laboral.

**Palabras claves:** prostitución; derecho laboral; moral y derecho; contrato de trabajo.

## El derecho a prostituirse. La prostitución a la luz del derecho laboral

### Introducción

Caer en el lugar común de que la prostitución “es la profesión más vieja del mundo” parece ser la suerte de todo el que intenta aproximarse a tan polémico tema, como si fuese un obstáculo infranqueable. Intentamos, al iniciar nuestro proceso de escritura, evitarlo: tarea inútil, pretensión imposible. Y no pudimos porque no dejé de sorprendernos que, siendo conocida como tal, bajo el apelativo de *profesión*, su regulación como trabajo, como actividad laboral, como oficio, sea casi nula. Salvo unos pocos países europeos, la tendencia de los ordenamientos jurídicos ha sido, o bien prohibirla, o bien intentar abolir su práctica, o bien reglamentarla, pero siempre bajo el entendido de que siendo un mal, hay que aminorar las consecuencias de su maldad inherente, cuando no desaparecerla. Se sabe que el asombro es terreno fértil para la creación poética, para la abstracción filosófica: nuestras pretensiones no son tan altas. Quiera que, por lo menos, tal asombro nos guíe por el camino de la sana y objetiva reflexión.

Tema apasionante y objeto de múltiples investigaciones, la prostitución ha sido estudiada desde la academia por estudiosos de todas las áreas de las ciencias sociales. Desde las reflexiones filosófico-políticas, en las que el marxismo la ha considerado como inexorable consecuencia de un sistema capitalista que irremediamente tiende a la cosificación humana y a su connatural explotación, hasta las explicaciones de carácter psicológico, donde la psicología evolucionista ha elaborado múltiples teorías sobre cierta condición natural de aquella, pasando por explicaciones de naturaleza económica en la que ésta es una forma más de ofrecer/demandar bajo las lógicas de satisfacción de necesidades para llegar a otras de naturaleza puramente moral, en las que bajo determinada cosmovisión se señala que tal actividad no puede más que atentar contra la moral pública y las buenas costumbres. No obstante, el tratamiento por parte del derecho no ha sido fértil. El ordenamiento jurídico, históricamente, ha optado por adoptar posiciones moralistas a la hora de su regulación.

En secuencia, el presente texto se enmarca en la necesidad de poner sobre la mesa una serie de problemáticas que sobre el fenómeno de la prostitución tienen que tomarse en consideración por parte del legislador y los operadores jurídicos; más específicamente desde el punto de vista del derecho laboral, para lograr, de este modo, una mayor protección de los derechos de todos aquellos que se dedican a prestar servicios sexuales como opción laboral. Se harán para ello, en primer lugar, unas reflexiones sobre la prostitución y su relación con la sempiterna dicotomía entre derecho y moral; acto seguido, un análisis desde el derecho laboral de la relación existente entre el posible trabajador sexual con el posible empleador; hecho esto, nos ocuparemos de los derechos laborales que se derivan de tal relación y así, finalmente, se terminará con algunas conclusiones. Ahora bien, como condición previa, se hace la siguiente aclaración: la prostitución de la que hablamos es aquella en la que no media ni la violencia ni la fuerza de un sujeto sobre otro; esto es, la prostitución voluntaria, y que es ejercida por persona mayor de edad.

## I. Prostitución: entre el derecho y la moral

Tradicionalmente, el derecho ha adoptado tres posturas frente al tema de la prostitución, a saber: prohibición, abolición y regulación. Se ha agregado, en los últimos tiempos, una cuarta tendencia: la *laboralización*, que consiste en la definición de la prostitución "como un trabajo [y busca] reconocer derechos y garantías a las mujeres que la ejercen (...)." <sup>1</sup> En lo que al prohibicionismo se refiere, éste se ha caracterizado por prohibir —generalmente mediante la penalización— la prostitución; de esta manera, se han dado regulaciones en las que tanto la prostituta como el cliente pueden llegar a ser castigados por el ordenamiento jurídico o regulaciones en las que solamente el cliente lo es. Por su parte, el modelo abolicionista, desde lo jurídico, busca la completa eliminación del fenómeno. O, por lo menos, de su reconocimiento. Por ello, Giménez Barbat, <sup>2</sup> opina que es éste el modelo más sensato, puesto que no penaliza la conducta de la prostituta y, además, ha logrado ciertos progresos en los males que vienen aparejados con la prostitución, poniendo como ejemplo a Suecia y algunos de sus logros. Por su parte, el modelo prohibicionista parte de la idea de que la prostitución es un mal social, al que por sus características de raigambre social y cultural —inclusive desde una perspectiva darwiniana, natural<sup>3</sup> — no se puede combatir, sino, apenas, regular.

Los modelos tradicionales (prohibición, regulación, abolición) han sufrido críticas de toda índole. No por otra cosa, Castellanos señala cómo en el prohibicionismo la estigmatización, satanización y exclusión iban de la mano del adjetivo "pecadora"; en el "reglamentarismo", bajo el rótulo de "enferma" (la finalidad de las disposiciones que se dictaban en este sentido estaban encaminadas menos a asegurar la protección de derechos que a establecer meras condiciones higiénicas); y en el abolicionismo, se daban la forma de apelativo "inadaptada social", puesto que, impidiendo el reconocimiento de sus derechos, no hace más que señalar una supuesta incapacidad femenina para la emancipación.

En lo que a Colombia se refiere, la Corte Constitucional (Sentencia T-629 de 2010, M.P. Juan Carlos Henao) identificó, tras un profundo estudio, qué modelos ha adoptado y adopta nuestro ordenamiento jurídico, concluyendo que se presentan simultáneamente tanto el modelo prohibicionista, como el abolicionista y el reglamentarista. El primero se observa en la tipificación que el Código Penal hace de la inducción a la prostitución y de toda forma de prostitución forzada; el segundo, el abolicionista, a partir de las disposiciones internacionales ratificadas por Colombia en el marco de acuerdos que propenden por la progresiva eliminación de la prostitución, pues, dada su relación con otros delitos y su supuesta condición de denigrante, es rechazada por la comunidad internacional y han de facilitarse todos los medios para su progresiva eliminación; y, finalmente, el tercer modelo, esto es, el reglamentarista, se reconoce en las medidas de policía que buscan regular dicho fenómeno mediante la regulación de zonas de trabajo y el establecimiento de medidas higiénicas y sanitarias. Por otra parte, creemos que la sentencia T-629 de 2010 abre una puerta importante para el reconocimiento de derechos

<sup>1</sup> Figueroa, Johnny y Pachajoa, Alejandro. *¿Es la prostitución un trabajo?* En: *Tesis Psicológica*. No. 3 (Nov. 2008). pág. 57.

<sup>2</sup> Giménez Barbat, María Teresa. *Prostitución Femenina*. En: *Claves de Razón Práctica*. No. 187 (Nov. 2008). pág. 16.

<sup>3</sup> *Ibidem*. págs. 12-16.

laborales a los trabajadores sexuales, lo que nos pone ante el cuarto y más reciente modelo de trato jurídico: la laboralización.

Como queda de manifiesto, tratamientos jurídicos tan dispares conviven y se mantienen en lo que a la configuración del trabajo sexual en nuestro medio se refiere. Decir, pues, que Colombia es abolicionista, o prohibicionista, o reglamentarista o laboralista, en esta materia, es apresurado e inexacto. Esta simultaneidad de tratos se explica por el hecho de que siendo la prostitución un fenómeno sumamente complejo, no puede su regulación ser simple y única. Y ello por cuanto sus causas tampoco lo son. La moralidad de los individuos no es pétreo, es cambiante y dinámica. Se ajusta a toda suerte de nuevas lógicas y evoluciona ante ciertos condicionamientos. Luego, que la prostitución sea ejercida solo bajo condiciones de pobreza y por sujetos marginados es ya una mentira que, por mucho que pretenda repetirse, no podrá convertirse en verdad. Nos encontramos, en ese sentido, con investigaciones sociales<sup>4</sup> que revelan cómo bajo nuevos patrones de moralidad sexual, muchas mujeres optan por esta opción laboral aun proviniendo de familias socioeconómicamente estables y teniendo inclusive formación profesional.<sup>5</sup>

Es éste precisamente el caso de las prepago. Y es esto lo que parecen olvidar quienes se oponen al reconocimiento del trabajo sexual como un trabajo más: que no toda prostitución es forzada, que hace también parte del fuero soberano de la voluntad de cada quien escoger la opción laboral y el estilo de vida que a bien tenga, así esté éste en contra de la moral predominante. En la investigación anteriormente citada, se muestra cómo algunas de estas jovencitas disfrutan de lo que hacen, pues dicen, en cierta considerable cantidad de veces son contratadas por hombres que además de ser atractivos y adinerados, son cultos y educados. En palabras llanas, no solo venden placer sino que también, eventualmente, lo reciben, y obtienen remuneración económica por ello, que por lo demás, es sumamente alta, oscilando entre los tres y los quince millones de pesos.<sup>6</sup> No se entiende cómo, aún en ese extremo, se pretenda vulnerar los derechos de este sector alegando razones de conveniencia política y bajo justificaciones morales. Ahora, los derechos fundamentales están pensados para salvaguardar al individuo de las mayorías y sus razones de conveniencia; creemos que puede reconciliarse el bienestar de quienes ejercen la prostitución bajo presiones socioeconómicas y el bienestar de quienes lo hacen por libre decisión sin que se tengan que afectar sustancialmente los derechos de uno u otro grupo. Pensamos que, ateniéndonos a principios de proporcionalidad, pueden establecerse límites al ejercicio de la prostitución para lograr una reconciliación con los intereses de la sociedad. (Límites que por lo demás no son ajenos a las demás profesiones, donde se exigen toda suerte de registros, exámenes, etcétera).

Creemos que el problema de fondo que se esconde tras la reticencia al reconocimiento de la prostitución como un trabajo es de carácter meramente cultural y moral. Afirmación de Perogrullo, si se quiere, y en efecto, lo es. Lo que hay de fondo es que, como lo plantean Figueroa y Pachajoa,<sup>7</sup> la prostitución voluntaria plantea toda una reconfiguración de los

<sup>4</sup> Véase, por ejemplo: Peláez Montoya, Diana Andrea; Ramírez, Diana Paola (2007). *Lógicas de la prostitución femenina prepago en la ciudad de Medellín*. Tesis (Trabajador Social). Universidad de Antioquia. Facultad de Ciencias Sociales y Humanas. Departamento de Trabajo Social.

<sup>5</sup> Montoya y Ramírez (2007).

<sup>6</sup> Peláez Montoya, Diana Andrea; Ramírez, Diana Paola (2007). *Ibidem*. pág. 46.

<sup>7</sup> Figueroa, Johnny y Pachajoa, Alejandro. *¿Es la prostitución un trabajo?* En: Tesis Psicológica. No. 3 (Nov. 2008). págs. 54-69.

modelos relacionales de género, lo que quiere decir que hay una reestructuración de la lógica hombre–mujer, reconfiguración que, parece ser, no es bien vista por las mayorías. Tan es así que los críticos de la *laboralización* de la prostitución suelen obviar que ésta no es exclusivamente femenina y que es practicada también por hombres. Loaiza (2006) da buena cuenta de ello en su tesis de grado, estableciendo cómo muchos hombres trabajadores sexuales conciben su actividad como un trabajo, sin que ello se interfiera en su identidad sexual, manteniendo una distinción entre el uso público y comercial de los servicios carnales de sus cuerpos y un uso privado e íntimo de los mismos, reservado para sus parejas. Se confirma allí que no es completamente cierto que la prostitución sea la última y única opción laboral de quienes terminan en ella, puesto que, muchos de los individuos entrevistados por éste, se habían desempeñado con anterioridad en otros empleos, pero preferían la prostitución por sus mayores utilidades. Lo mismo se ha observado en muchas trabajadoras sexuales, que prefieren ejercer como prostitutas y no trabajar en otras actividades, como el servicio doméstico. Por ello, muchos sectores del feminismo (movimiento que tradicionalmente se había decantado por la concepción hegemónica de prostitución-explotación) han iniciado un replanteo de posición, abocando por una reconceptualización de la prostitución a la luz del concepto de trabajo sexual.

¿Por qué, por ejemplo, cuando se habla de las “prepagos” se hace referencia, en términos peyorativos, a una supuesta cultura del facilismo? Se les critica porque buscan grandes sumas de dinero sin tener que realizar grandes esfuerzos. No obstante, esto no es más que una aplicación de la racionalidad del modelo capitalista que busca maximizar los beneficios reduciendo costos, ¿por qué se critica a la prostituta cuando es exactamente lo mismo que hace un productor, al buscar costos más bajos para generar mayores utilidades? Generalmente, se responde diciendo que la prostituta está siendo explotada, incluso se llega a decir que son las “esclavas de la modernidad”, puesto que, se supone, “venden su cuerpo”. A esto se le denomina “esencialización”.<sup>8</sup> No hay tal, se ofrece un servicio, más no se vende el cuerpo. Una prostituta no vende su cuerpo más de lo que lo hace una fisioterapeuta o una mujer que se encarga de realizar el aseo personal de un anciano o una mesera. De irnos al extremo de aceptar la “venta del cuerpo”, en el sistema capitalista, todos somos explotados, habrá que, entonces, negar las relaciones laborales que hay en servicios domésticos, minería, limpieza de calles, etcétera.

Una última reflexión sobre este punto: el derecho no puede ser el vehículo para imponer un sistema moral ni una visión de vida en particular. Que el derecho está permeado por consideraciones morales, puesto que no es un sistema puro como lo habría considerado Kelsen, es una verdad evidente; no obstante, esa relación que hay entre moral y derecho no puede convertirse en la excusa para que una mayoría pueda imponer su visión de vida. No puede, tampoco, el Estado, arrojarle la facultad de decidir por sus ciudadanos lo que es mejor para ellos, ello es una muestra de paternalismo tan evidente que repugna su sola consideración. Concluimos este apartado diciendo que el derecho no puede negar una realidad latente y vulnerar los derechos de quienes ejercen la prostitución simplemente para salvaguardar la integridad de una moral, sea cual sea ésta.

---

<sup>8</sup> Figueroa, Johnny y Pachajoa, Alejandro. *¿Es la prostitución un trabajo?* En: Tesis psicológica. No. 3 (Nov. 2008). Págs. 54-69

## II. Relación laboral Empleador-Trabajador sexual: Análisis desde el derecho laboral

En este apartado se analizará el tipo de relación que puede establecerse entre un trabajador sexual que se subordina a un empleador para la continuada prestación de sus servicios sexuales recibiendo por ello una remuneración. No se analizará la relación que media entre el trabajador del sexo y el cliente, puesto que allí no se presentan los elementos constitutivos del contrato de trabajo y es, apenas, la venta de un servicio, que, en nuestro criterio, y por no constituir objeto ilícito, como tradicionalmente se había entendido, y cómo se verá con mayor profundidad a la luz del estudio de la Sentencia T-629 de 2010, debería tratarse bajo los parámetros establecidos por la legislación civil.

Esta sentencia ha representado un avance importantísimo para el reconocimiento de los derechos laborales de los trabajadores del sexo. En ella la Corte Constitucional falla a favor de una mujer que, habiendo sido despedida de su trabajo sin justa causa—ejercía como prostituta—, en condiciones de embarazo, exigía que se le reconociera su derecho a la estabilidad laboral reforzada. Se había negado en primera y en segunda instancia el reconocimiento de tal derecho, argumentándose, tanto por parte del *a-quo* como del *ad-quem*, que si bien el Estado tenía deberes de especial protección por las condiciones de vulnerabilidad de la accionante, no podían predicarse obligaciones laborales a cargo del empleador, por no haber allí vínculo laboral, dada la presencia de un supuesto objeto ilícito.

Vemos, pues, en ella, un fuerte precedente para la consideración de una doctrina constitucional que reconozca la existencia de un contrato de trabajo entre un empleador y un trabajador sexual.

Para argumentar la licitud de los contratos donde el objeto sea la prestación de un servicio de carácter sexual, dice la Corte Constitucional que la licitud de un objeto debe examinarse primero bajo parámetros constitucionales, a la luz de dos principios fundamentales: el principio general de libertad y el principio de dignidad humana. El primero pues, exige que las restricciones a la libertad tienen que estar consagradas en la ley, y que todo lo que no esté expresamente prohibido, está permitido; y, cuando hubiere duda de si una conducta está permitida o prohibida, se preferirá la permisión. El segundo, la dignidad humana, siendo un principio fundamental para el ordenamiento constitucional, garantiza “(i) la autonomía o posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como se quiere), (ii) ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien), (iii) la intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones)”.<sup>9</sup>

Así las cosas, se concluye que la prostitución como actividad laboral es lícita a la luz de los principios constitucionales puesto que no hay prohibición expresa que impida su realización y ella, por sí misma, no vulnera los dictámenes de la dignidad humana.

Pasa a continuación considerar la licitud desde el derecho legislado, y, basándose en la normatividad civil, establece como reglas para que la obligación de una persona sea válida que ésta (i) sea legalmente capaz, (ii) manifieste su voluntad libre de vicios, (iii) recaiga la obligación en un objeto lícito y (iv) haya causa lícita. En los dos primeros

---

<sup>9</sup> Consideración 76 de la sentencia.

requisitos se exige que el trabajador o trabajadora del sexo concurren libremente al acuerdo de voluntades, sin que medie ningún tipo de violencia o engaño, ninguna fuerza o dolo. Obviamente, cualquier acuerdo con menor de edad devendrá no solamente nulo sino que podría inclusive tener consecuencias penales. En lo que a objeto y causa lícitos se refiere, la Corte las direcciona directamente a su congruencia con el orden público y las buenas costumbres. No obstante, la interpretación que de estos dos aspectos hace la Corte son asaz objetivos. Por orden público la Corte entiende que son “cláusulas generales”, principios básicos del ordenamiento social sin los cuales no podría haber tal; más, por ello mismo, tiene un carácter objetivo, característica que impone la necesidad de consagración explícita en la ley de lo que ha de entenderse por orden público; por su parte, las buenas costumbres no se comprenden como criterios morales gaseosos ni paralelos al derecho, sino, antes bien, se adaptan a lo dispuesto por éste. En este sentido, se convierten las buenas costumbres en un mínimo de corrección exigido para que puedan desarrollarse proyectos de vida disímiles y plurales, mas no como un modelo ideal de comportamiento.

Siguiendo esta lógica, concluye la Corte diciendo que la prostitución se acomoda a ambas exigencias y, que por ello, no es dable argüir la ilicitud de su objeto. Así mismo, sostiene que ésta no puede excluirse del tráfico jurídico, y que bajo un margen de acción regulado, controlado y limitado por el derecho, puede desplegarse, siempre y cuando se respeten la libertad y dignidad humana y los límites establecidos por las leyes (penales y policivas), y todo esto porque, en aplicación del principio de igualdad formal, y no concurriendo argumentos que justifiquen un trato disímil, “[la prostitución] constituye una actividad económica que hace parte del mercado de servicios existentes, sometido a sus propias reglas de oferta y demanda y en el que un cierto número de actores procuran alcanzar un beneficio económico, para subsistir. (...)”<sup>10</sup>

Aún más, la prostitución es también regulada por el derecho comercial, el derecho tributario y el derecho indemnizatorio. Que el derecho común dé cuenta de ella es una prueba más de su licitud, argumenta la sala.

### **Contrato de trabajo**

Tres son los elementos esenciales del contrato, según lo dispuesto por el Código Sustantivo del Trabajo: en primer lugar, la prestación personal de un servicio; en segundo, la subordinación del trabajador al empleador; y, por último, un salario o remuneración. A luz de estos criterios, y bajo los principios dignidad, igualdad y libertad, el contrato laboral entre una persona que ejerce la prostitución y el establecimiento de comercio que se beneficia de ello es “una conclusión inexorable”, según la Corte Constitucional. Algunos<sup>11</sup> han argumentado en contra de que la prostitución por cuenta ajena pueda enmarcarse dentro de los precitados elementos, pues alegan que no puede hablarse allí de subordinación, diciendo que eso significaría que un tercero tendría potestad para dirigir la actividad sexual del trabajador. No obstante, esta postura requiere de una corrección: el hecho de que la subordinación sea limitada, no quiere decir que no se presente. Como se sabe, no hay subordinación absoluta, en ningún trabajo; está

<sup>10</sup> Consideración 101 de la sentencia.

<sup>11</sup> Véase, por ejemplo: Rey Martínez, Fernando (2006). *La prostitución ante el derecho: problemas y perspectivas*. En: Nuevas Políticas Públicas: Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas. No. 2. págs. 97-119.

siempre limitada por los principios de dignidad y libertad humana, que no pueden ser violadas por disposiciones arbitrarias de empleador alguno. Y es que en últimas, toda subordinación es relativa, sujeta a controles. La prostitución no puede ser la excepción, por la especial vulneración en que puede estar quien haya optado por esta opción laboral. Así las cosas, el poder del empleador tiene que estar sujeto a controles especiales y continuos por parte de las autoridades del trabajo. De la sentencia en comento puede decirse que se han establecido las siguientes condiciones para que se pueda predicar un contrato de trabajo de esta especie: i) el trabajador o la trabajadora sexual tienen que haber actuado con plena capacidad y voluntad, ii) no puede haber mediado inducción a la prostitución, iii) las prestaciones sexuales y demás servicios tienen que prestarse en el marco de la dignidad y la libertad, iv) la subordinación tiene que ser limitada y, finalmente v) tiene que haber pago de una remuneración establecida previamente por las partes.

### III. Derechos laborales de los trabajadores sexuales

En lo que a derechos laborales se refiere creemos que tienen que asegurárseles al trabajador o trabajadora del sexo todas las garantías que se les aseguran a cualquier otro trabajador, puesto que, como ya se vio, así lo exige el principio de igualdad. Ergo, han de tener acceso a todas las prestaciones sociales que garantiza la constitución, posibilidad de pensionarse, derecho a vacaciones remuneradas, a las licencias obligatorias que establece la ley, a la estabilidad laboral que la constitución establece, tanto reforzada como relativa, a sindicalizarse, a declarar huelgas, a estar en un sistema de seguridad social integral que atienda a las especiales necesidades que pueden derivarse de su ejercicio profesional, a la negociación colectiva, e, incluso, a la capacitación y adiestramiento.

Algunos de estos derechos, creemos, han de regularse de manera especial, en atención a ciertas particularidades del oficio. Justamente por ello, proponemos que en lo que a las vacaciones se refiere, se rijan estas por la regla de un (1) descanso de quince (15) días hábiles por cada seis (6) meses laborados, en virtud del especial desgaste físico que puede llegar a representar esta actividad. Igualmente, creemos que en lo que a tiempos de pensiones se refiere, los trabajadores sexuales deberían poder pensionarse a una edad más temprana y con menos semanas de licitación toda vez que, como ya se indicó, su ejercicio profesional puede llegar a ser más extenuante y más agotador, física y mentalmente hablando, que otros tipos de trabajo. Es de trascendental importancia la afiliación a una ARP, puesto que si bien la prevención en salud ha avanzado de forma espectacular en los últimos años, los riesgos de enfermedades de transmisión sexual siguen siendo una realidad, por lo cual debería reforzarse dicho sistema para las personas que se desempeñen en tales labores.

En lo que a la estabilidad reforzada, y aún con mayor razón en el caso de la mujer embarazada, creemos que la protección ha de ser mayor y que, una vez constatado el embarazo, tiene que haber un acompañamiento constante del médico tratante para que en ningún momento se ponga en riesgo la vida del *nasciturus*. Así, y hablando desde la esfera de lo profano en lo que a asuntos médicos se refiere, creemos que la licencia de maternidad debería tener el efecto adicional de que, a partir de cierta etapa del periodo de gestación, la trabajadora sea trasladada de actividades para que la integridad del feto no corra riesgo alguno.

Por otra parte, no compartimos la postura de la Corte frente al derecho al reintegro, en los eventos de despido injustificado, que lo niega. Argumenta la Corte que estimar lo contrario sería ir en contravía por lo dispuesto por el derecho internacional y el derecho policivo, puesto que, según ella, “los poderes públicos deben adelantar todas las medidas que sean necesarias para prevenir la prostitución, rehabilitar a las personas dedicadas a ella y ampliarle eficazmente sus opciones de mejoramiento económico”.<sup>12</sup> Tras esta disposición puede esconderse un fin de carácter humanitario, pero ello no es pretexto para que se coarte y restrinja la libertad de quienes, habiendo sido despedidos de un empleo y queriendo regresar a él, no puedan hacerlo porque el Estado no lo considere recomendable. Creemos que es importante y necesario que se faciliten espacios para la ampliación de las alternativas económicas, pero no todo trabajador sexual es un enfermo que tenga que “rehabilitarse”, por lo que, debería, a esos que por el fuero soberano de su lúcida, soberana y libre voluntad, deseen reintegrarse después de un despido injusto, otorgárseles todas las herramientas para el cumplimiento de tal fin.

### **Conclusiones**

La prostitución es susceptible de protección desde el derecho laboral cuando concurren los elementos naturales del contrato laboral; no puede negarse, por lo tanto, la calidad de trabajador que tiene quien presta servicios sexuales en esta modalidad por el solo hecho de que haya cierta concepción moral en torno al sexo. El derecho no está legitimado para imponer modelos de vida; así las cosas, su deber es velar por la protección de las personas que opten por esta opción laboral.

---

<sup>12</sup> Corte Constitucional (2010). pág. 83.

## Referencias Bibliográficas

Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Política de Colombia de 1991.

Castellanos, Belén (2008). *Prostitución, sexualidad y producción una perspectiva marxista*. En: Nómadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas. No. 17 (2008). Págs. 189-196. Disponible en: <http://www.ucm.es/info/nomadas/17/belencastellanos.pdf>

Congreso de la República, Código Sustantivo del Trabajo.

-----, Código Penal colombiano.

Corte Constitucional, *Sentencia T-629 de 2010*. M.P. Juan Carlos Henao Pérez. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/t-629-10.htm>

De Lora, Pablo (2008). *¿Hacernos los suecos? La prostitución y los límites del Estado*. En: *Claves de Razón Práctica*. No. 187. Págs. 26-33

Figueroa, Johnny y Pachajoa, Alejandro. *¿Es la prostitución un trabajo?* En: Tesis Psicológica. No. 3 (Nov. 2008): págs. 54-69. Disponible en: <http://redalyc.uaemex.mx/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=139012667007>

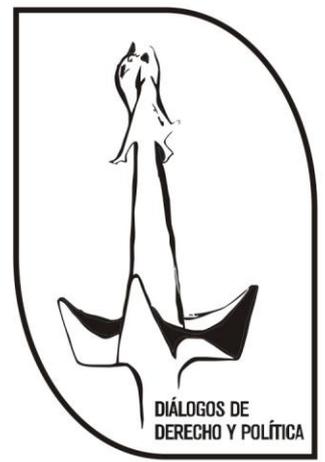
Giménez Barbat, María Teresa. *Prostitución Femenina*. En: *Claves de Razón Práctica*. No. 187 (Nov. 2008): págs. 12-16

Loaiza Cano, Edwin Javier (2006). *La prostitución ejercida por jóvenes de sexo masculino en el Parque de Bolívar de Medellín*. Medellín. Tesis (Comunicador Social Periodista). Universidad de Antioquia. Facultad de Comunicaciones.

Martínez, Aida & Rodríguez, Pablo (2002). (Comps.). *Placer, dinero y pecado*. Historia de la prostitución en Colombia. Bogotá: Aguilar.

Peláez Montoya, Diana Andrea y Ramírez, Diana Paola (2007). *Lógicas de la prostitución femenina prepago en la ciudad de Medellín*. Tesis (Trabajador Social). Universidad de Antioquia. Facultad de Ciencias Sociales y Humanas. Departamento de Trabajo Social.

Rey Martínez, Fernando (2006). *La prostitución ante el derecho: problemas y perspectivas*. En: *Nuevas Políticas Públicas: Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*. No. 2. Págs. 97-119



## El derecho a la información en la esfera de protección del consumidor

**Silvia Helena Muñoz Cortina**

Abogada y docente, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas,  
Universidad de Antioquia.

Correo electrónico: [silviamuz@gmail.com](mailto:silviamuz@gmail.com)

## Resumen

Con este artículo pretendo mostrar las diferentes facetas que toma el derecho a la información en la relación de consumo, así como algunos de los diferentes fundamentos que ha expresando la doctrina latinoamericana para sustentar la tutela de la información que se le brinda al consumidor. La información es la herramienta que las partes en el contrato usan y por lo tanto deben saber cómo hacerlo, es por esto, que describo las situaciones que se presentan y han presentado entre productores y consumidores, con el fin de que se identifique alternativas transparentes en el mercado.

**Palabras clave:** buena fe; obligación de informar; asimetría informativa; propaganda comercial; engaño publicitario, oferta.

## El Derecho a la información en la esfera de protección del Consumidor

### Introducción

En nuestra moderna sociedad en donde los principales actores (productores y consumidores) entran al juego del mercado, los primeros (productores) bajo la consigna de hacerse ver en el mercado por medio de sus grandes producciones usando diversas herramientas, y qué mejor herramienta que la comunicación, definida según la Real Academia de la Lengua Española como “transmisión de señales mediante un código común al emisor y al receptor.”<sup>1</sup> De tal manera que el receptor en este caso, vendría siendo el consumidor, quien recibe las señales y dependiendo de ellas decide y toma partido.

Es por esto, que la comunicación tiende a ser una de las funciones esenciales del mundo moderno, porque en la antigüedad los hombres dependían estrechamente de su ambiente: el campesino del suelo que cultivaba, el artesano del oficio que ejercía, el productor o el comerciante del mercado estrictamente local que servía. Cada uno de ellos conocía lo que lo rodeaba, sin necesitar más información que la experiencia cotidiana.

Pero hoy en día, las condiciones de la producción son tales, que dependen de los mercados, no ya locales, sino mundiales; el ciudadano de este mundo inmensamente ampliado no puede ya formarse por el simple contacto con su medio inmediato, su formación implica una información sistemáticamente concebida y eficazmente puesta a su disposición.

Actualmente encontramos información por montones, producida de múltiples maneras, por medio de diferentes canales, lo que hace que la productividad humana sea la más alta que ha habido en toda la historia; y es desde esta productividad humana, cuyo principal actor es el individuo al que llamaremos consumidor, donde se desarrolla la necesidad latente de entregar información adecuada, veraz, suficiente y objetiva.

Hoy por hoy al consumidor le asiste el derecho a estar informado y ojala bien informado, y es desde la misma Constitución Política que encontramos esta protección, en los artículos 20 y 78 dándole rango constitucional al derecho a recibir información veraz y de controlar la información recibida en la comercialización de los bienes y servicios.

En nuestra sociedad existe la conciencia de que las maniobras comerciales, empresariales y publicitarias no requieren límites; que, entre más astuto y agresivo sea el vendedor en sus tácticas, tanto mejor será su éxito financiero y por ende su contribución a la sociedad.

---

<sup>1</sup> Real Academia de la Lengua Española, 2001.

Sin embargo, estas maniobras se constituyen en un verdadero fraude al derecho, pues son lesivas para los intereses de los consumidores y en nada contribuyen con la sociedad, pues agrandan las diferencias entre los productores y consumidores convirtiéndose en una verdadera asimetría de la información y por ende en una falla en el sistema jurídico y económico.

Desde el punto de vista jurídico este trabajo contribuye en el entendimiento de los fundamentos constitucionales que asisten al consumidor, así como las cinco aristas que contiene el derecho a la información que servirán de herramienta para que las partes sepan cómo comportarse en la etapa negocial.

En este trabajo se presentará un estudio del derecho a la información en la esfera de las relaciones de consumo, por esto, se encuentra dividido en tres partes; en primer lugar, se presentará la relación que hay entre el consumidor y la información; en segundo lugar se mostrarán algunos de los fundamentos que la doctrina le ha dado a la necesidad de brindar tutela al consumidor frente a la información; por último, se mostrarán cinco aristas en las cuales se entreteje este derecho.

## I. El Consumidor y la Información

La avalancha tecnológica y el proceso de globalización que actualmente la sociedad experimenta paulatinamente, suponen cambios en los productos y servicios, haciéndose éstos cada vez más especializados, lo que puede acrecentar los conflictos entre productores y consumidores, debido, entre otras causas, a la abundancia de nuevos productos cada vez más especializado y los cada vez mas cambiantes y refinados mecanismos de comercialización y venta, en los cuales se estudia de manera profunda el comportamiento del consumidor como en el caso del *neuromarketing* y las demás técnicas derivadas de la investigación de mercados.

Lo anterior va construyendo toda una acumulación de conocimientos en manos del productor que a la postre se convierten en fuente de poder,<sup>2</sup> pues cada vez las personas del común desconocen aspectos técnicos de los productos o servicios que consumen a diario, además de estar cada vez mas acorralados por la cultura del consumismo masivo que les “impone” necesidades con más frecuencia.

Sobre esta avalancha informativa sostiene<sup>3</sup> “es habitual el espectáculo publicitario no informativo que llega al consumidor mediante los distintos canales de comunicación, cuyo propósito es inducir a contratar y no informar” en otras palabras el consumidor no recibe la información que necesitaría y la que recibe es de muy poca calidad.

---

<sup>2</sup> Lorenzetti (2003). pág. 170. “Aludimos a la información vinculada a la profesionalidad, es decir, la que se obtiene por investigaciones que realiza el propio profesional proveedor, o bien que hacen otros pero él la adquiere. Ella integra la relación jurídica: la cobra si es un contrato o bien se tiene en cuenta cuando no lo hay. Por ello hay causa para exigir. No ocurre lo mismo en cambio con la información casual, sobre la que no alcanza el manto deuditorio que definimos”.

No se alude a los datos secretos cuya divulgación puede perjudicar a quien los posee. Este tema se enlaza con la problemática del consumidor y no con la de la competencia, por ende, en las relaciones entre iguales no hay efectivo deber de realizar algo que beneficie al competidor”.

<sup>3</sup> Lorenzetti (2003). pág. 169.

De esta manera, se crea una brecha informativa entre quien provee profesionalmente productos y servicios y quien los consume. Esto, acarrea un desequilibrio lo que hace que la información sea escasa, pues la complejidad del producto y la técnica del mercadeo hacen que el productor proporcione poca o en algunos casos ninguna información sobre el producto, pues considera que esta es un activo más de su compañía ya que tuvo que pagar por ella, como en el caso de la investigación y el desarrollo de un nuevo producto o, incluso en todo lo referente a marcas y patentes.

Esto, ha generado que el Estado se abrogue la obligación de proteger al consumidor y le imponga al productor el deber de proporcionar cierto tipo de información para la protección de los derechos de los consumidores con el fin de preservar su libertad de decisión.

Desde la Constitución<sup>4</sup> misma se ha dispuesto que la ley regule el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización. Nótese que en la redacción constitucional el derecho a la información goza de similar tutela en cuanto a la intervención estatal y legislativa como el control de calidad de los productos.

Cabe señalar que el derecho al consumidor a ser informado como bien lo señala,<sup>5</sup> “tiene definitivamente ganado el carácter de garantía fundamental constitucional sustentada en el reconocimiento de la dignidad de la persona... de dónde el derecho a ser informado y recibir un trato equitativo y digno se ha constituido en derecho inherente la persona”.

Así, se habla de la existencia de un derecho en cabeza del consumidor a recibir información<sup>6</sup> por parte del productor para que su libertad negocial no se vea menguada, por tanto, se debe decir en primer término que dicha información debe ser veraz, es decir, no puede ser contraria a la verdad, y suficiente en el entendido de que le debe permitir al consumidor adquirir un criterio suficiente sobre el negocio en el que participa.

Además, la información debe ser pertinente para que el público objetivo del producto pueda entenderla, ya que al momento de proporcionarse debe tomar en consideración el público al cual se dirige, pues no es lo mismo, ni puede tratarse de

---

<sup>4</sup> Dice el artículo 78 de la Constitución Política: “Artículo 78. La ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización. Serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios. El Estado garantizará la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen. Para gozar de este derecho las organizaciones deben ser representativas y observar procedimientos democráticos internos”.

<sup>5</sup> Stiglitz (1998). pág. 171.

<sup>6</sup> Así define la ley 1480 de 2011, Nuevo Estatuto del Consumidor, en su artículo tercero el derecho a recibir información: “1.3. Derecho a recibir información: Obtener información completa, veraz, transparente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea respecto de los productos que se ofrezcan o se pongan en circulación, así como sobre los riesgos que puedan derivarse de su consumo o utilización, los mecanismos de protección de sus derechos y las formas de ejercerlos”.

la misma manera un producto dirigido a los niños, que uno dirigido a los adultos, ni es lo mismo un producto que está orientado a personal profesional altamente capacitado, que uno que esté orientado a los profanos; del mismo modo que debe ser diferente la información que sobre un medicamento el productor le proporcione al médico, que aquella que se le proporciona al farmacéuta o la que se le entrega al paciente, es por esto que la cantidad de información varía de un público a otro.

Igualmente, se debe hacer saber sobre lo que es importante; por ejemplo aquel dato que puede alterar la base del negocio, de modo que si se conociera no se contrataría o se lo haría en otras condiciones. En los supuestos extracontractuales se trata de dato que crea la “creencia”.<sup>7</sup>

Lo que se pretende en el fondo es que el consumidor esté adecuadamente informado al celebrar un contrato, al adquirir un producto o servicio, superando la brecha informativa y actuando con la libertad suficiente para que su voluntad no sea viciada.

Una función del Estado, es permitir que el consumidor sea informado, procurando que quienes poseen la información, la entreguen a los destinatarios de los productos en términos que estos puedan entenderla, pues es el productor quién la adquirió para elaborar el producto o suministrar el servicio, y por ende le resulta más fácil proveerla; ya que para el consumidor será casi imposible o al menos muy oneroso hacerse a información de la misma calidad.

Lo anterior no siempre es fácil, ya que como plantea Lorenzetti,<sup>8</sup> puede suceder que quieran ocultar condiciones negociales leoninas, o productos defectuosamente elaborados, o servicios deficientes, induciendo a un error en la calidad de la cosa. Además, de no existir un verdadero incentivo para divulgar gratuitamente un activo que al productor le ha significado una inversión de dinero.

## **II. Fundamentos para considerar la información como un elemento indispensable en la tutela del consumidor**

Al intentar abordar el tema de la información como un eje transversal en la esfera protectora de la relación de consumo, se debe hacer alusión casi que de manera obligatoria al fundamento de la protección en la relación de consumo, así, muchos autores han sustentado diferentes tesis que pretenden sustentar no solamente la protección especial del consumidor, incluso apartándose de las legislaciones codificadas, sino además la necesidad de intervención estatal; algunas de estas tesis son:

### **Las situaciones de peligro y desigualdad**

Para el costarricense Rivero Sánchez,<sup>9</sup> “se protege al consumidor de todos los peligros y situaciones de desigualdad que se suscitan en el ámbito de las modernas

<sup>7</sup> Lorenzetti (2003). pág. 170.

<sup>8</sup> Lorenzetti (2003). pág. 171.

<sup>9</sup> Rivero Sánchez (1997). pág. 62.

relaciones de consumo”, para el autor, el fundamento de la protección del consumidor frente a la información que se produce en la relación de consumo se deriva de los peligros y las desigualdades que se pueden presentar.

Sin embargo, para éste no existen un número determinado de situaciones de peligro o desigualdad ya que el cambiante mundo de las relaciones de mercado hace que éstas se modifiquen constantemente, por lo que termina por agrupar todas estas situaciones en cuatro grandes grupos (tratativas preliminares, contratos injustos, productos o servicios peligrosos y asuntos asociados al derecho procesal o al acceso a la justicia por parte de los consumidores).

Para Stiglitz,<sup>10</sup> el fundamento del deber precontractual de información “está dado por la desigualdad que presupone que una de las partes se halle informada y la otra desinformada.”

### **La asimetría informativa**

Otros autores en cambio sugieren que el fundamento de la protección del consumidor se deriva de la asimetría que existe entre los agentes de la relación de consumo,<sup>11</sup> es decir, se deriva del desequilibrio en cuanto a la información que poseen las partes de la relación, ya que siempre el productor poseerá mayor información sobre el producto que fabrica y/o el servicio que presta, de la que un consumidor del mismo podría adquirir, esto, pues en cabeza del productor se encuentran todos los procesos de investigación y desarrollo de los productos, así como la determinación de los posibles riesgos que este ha de incorporar, el poseer esta información (que obviamente es ignorada por el consumidor) pone al productor en una posición privilegiada en la relación de consumo.

Para Ghersi,<sup>12</sup> el problema de la asimetría lleva a la imposición del deber de información para poder vencer las debilidades económicas, técnicas y culturales, en especial para lograr un asentimiento en los contratos de adhesión en términos igualitarios y libres.

En igual sentido se pronuncia Vega Mere,<sup>13</sup> “a pesar que los operadores suministran información al mercado, ella no siempre suele ser completa. El consumidor se encuentra en una situación desventajosa ya que, generalmente, solo recoge la información que la empresa arroja. Por ello, Onado señala que existe asimetría informativa cuando los agentes económicos (consumidores y proveedores) disponen de fragmentos informativos, es decir, datos no completos y hasta distintos. Esta circunstancia, agrega líneas abajo, puede conducir a la parálisis de los cambios o a la actuación de cambios en circunstancias no óptimas para uno o más contratantes”.

---

<sup>10</sup> Stiglitz, (1998). pág. 168.

<sup>11</sup> Bullard González (2001).

<sup>12</sup> Ghersi (2005). pág. 41.

<sup>13</sup> Vega Mere (2001). pág. 582.

## La vulnerabilidad cognitiva

Otros autores en cambio, hablan de la vulnerabilidad cognitiva,<sup>14</sup> pues en la sociedad globalizada la información es un bien escaso y valioso que los poseedores tratan de ocultar, esto también fundamenta una cierta intervención estatal en la relación de consumo.

La anterior situación hace que el consumidor entre en un estado de vulnerabilidad, pues nunca va a poder tener la suficiente información para poder comportarse de forma racional por lo que se desencadena:

- Vulnerabilidad técnica: pues desconoce la técnica referida al producto o servicio que pretende contratar y esto lo pone en inferioridad.
- Vulnerabilidad jurídica: en palabras de Lorenzetti,<sup>15</sup> “hay una falta de conocimiento jurídico específico o existe una falta de experiencia en la contratación. El consumidor en este caso firma contratos con cláusulas sorpresiva, abusivas, contrae obligaciones engañado por lo la propaganda, sugiere, asume obligaciones determinables conforme a complejos cálculos económicos que desconoce (...)”
- Vulnerabilidad en el comercio electrónico: específicamente asociada a los productos que están constituidos por información (como el caso del software) ya que estos tienden a ser: intangibles por lo que se dificulta la realización de pruebas de fiabilidad; herméticos, ya que no se pueden conocer por medio del conocimiento que se tenga de otros productos; cambiantes y flexibles, ya que muchas veces de nada sirve la experiencia que se tiene de un producto anterior.

Y por último Lorenzetti,<sup>16</sup> sostiene que en el comercio electrónico los productos constituidos por información están insertos en un sistema de relaciones complejo, puesto que presentan múltiples interacciones con otros sujetos u otras partes.

Lo anterior, pone al consumidor en una situación de vulnerabilidad cognoscitiva frente a los productos o servicios que contrata vía electrónica ya que la tecnología es cada vez más compleja y la información que requiere el consumidor frente a esta es cada vez más especializada, pero a su vez el productor tiende a ocultar mucha de esta información ya que considera que esta es un activo más de su compañía. Así, y como lo concluye Lorenzetti,<sup>17</sup> la tecnología incrementa la vulnerabilidad de los consumidores.

El corto recorrido que se muestra sobre los fundamentos que distintos autores latinoamericanos le han dado a la necesidad de brindar protección al consumidor muestra que no existe un fundamento unívoco sobre por qué el consumidor requiere que se le tutele de forma preferente el derecho a la información, sin

---

<sup>14</sup> Lorenzetti (2003). pág. 40.

<sup>15</sup> *Ibidem*.

<sup>16</sup> *Ibidem*. pág. 41.

<sup>17</sup> *Ibidem*. pág. 42.

embargo hacer su recorrido resulta importante pues el estudio de los diferentes argumentos expresados pone de presente la importancia de este tema en el contexto latinoamericano.

### III. Facetas del derecho a la información

El derecho a la información en la esfera de protección del consumidor se compone de cinco aristas:

- En primer lugar, tenemos el derecho que tiene el productor de dar a conocer los productos o servicios que está poniendo en el mercado, es decir de publicitar su negocio en forma válida, derecho que para algunos se deriva de la consagración constitucional de la libertad de opinión, con la salvedad, de que la publicidad nunca será objetiva, ya que su propósito es lograr la diferenciación de un producto y por ende, debe resaltarlo frente a los demás y mostrarlo atractivo al público.<sup>18</sup>

Esta faceta tiene entre sus límites a su ejercicio y el engaño,<sup>19</sup> en otras palabras el productor puede publicitar sus productos con libertad, salvo que falte a la verdad<sup>20</sup> como lo ha expresado Jackel Kovacs,<sup>21</sup> “aquello que se dijo sobre un producto (bien o servicio), no debe ser susceptible de inducir a engaño al consumidor. De esta forma se busca que en el mercado reine la realidad y la transparencia en la competencia, protegiendo al consumidor del engaño que podría sufrir con ocasión de la información falsa o engaños que le es transmitida”.

El nuevo Estatuto del Consumidor colombiano proscribió abiertamente la publicidad engañosa al señalar: “Artículo 30. Prohibiciones y Responsabilidad. Está prohibida la publicidad engañosa (...) El anunciante será responsable de los perjuicios que cause la publicidad engañosa. El medio de comunicación será responsable solidariamente solo si se comprueba dolo o culpa grave. En los casos en que el anunciante no cumpla con las condiciones objetivas anunciadas en la publicidad, sin perjuicio de las sanciones administrativas a que haya lugar, deberá responder frente al consumidor por los daños y perjuicios causados.”<sup>22</sup>

- En segundo lugar, tenemos la obligación que tiene el productor de conformar las características que al consumidor le son relevantes, como lo define el artículo 7, numeral 7, de la ley 1480 de 2011.

“Información: Todo contenido y forma de dar a conocer la naturaleza, el origen, el modo de fabricación, los componentes, los usos, el volumen, peso o medida, los precios, la forma de empleo, las propiedades, la calidad, la

<sup>18</sup> Señala la ley 1480 de 2011 en su artículo 5 numeral 12. Publicidad: Toda forma y contenido de comunicación que tenga como finalidad influir en las decisiones de consumo.

<sup>19</sup> Señala la ley 1480 de 2011 en su artículo 5 numeral 13, Publicidad engañosa: Aquella cuyo mensaje no corresponda a la realidad o sea insuficiente, de manera que induzca o pueda inducir a error, engaño o confusión.

<sup>20</sup> No queriendo decir con esto que la publicidad engañosa sea el único límite a la publicidad, ya que existen otros límites que no se pueden desconocer como lo son los derechos fundamentales, los reglamentos técnicos o sanitarios, el derecho marcario, entre otras.

<sup>21</sup> Jackel Kovacs (2003). pág. 84.

<sup>22</sup> Congreso de la República de Colombia, 2011.

idoneidad o la cantidad, y toda otra característica o referencia relevante respecto de los productos que se ofrezcan o pongan en circulación, así como los riesgos que puedan derivarse de su consumo o utilización.”

En este punto, ya no indagamos por el derecho que le asiste al productor de dar a conocer sus bienes y servicios, sino de un mínimo de información que le es necesario proporcionar al consumidor acerca de su producto. Igualmente, en el artículo 23 del mismo estatuto define la información, en el sentido de que ésta debe ser: “clara,<sup>23</sup> veraz,<sup>24</sup> suficiente,<sup>25</sup> oportuna,<sup>26</sup> verificable,<sup>27</sup> comprensible,<sup>28</sup> precisa<sup>29</sup> e idónea<sup>30</sup> sobre los productos que ofrezcan.”

En otras palabras, lo que se espera de la información que se los profesionales le brindan al público es que esta sea:

Clara o comprensible, ya que si bien la definición legal alude a ambos términos ambos apuntan a que el contenido debe ser fácil de entender por cualquier persona.

Veraz, que no induzca al engaño del consumidor, alude a que esta debe ser sincera. La información no es veraz “cuando su contenido es engañoso, particularmente cuando silencia datos esenciales o suscita en el destinatario expectativas que no son factibles de ser satisfechas, cuando se induce a error por omisión de circunstancias relativas a la empresa, producto o servicio anunciado.”<sup>31</sup>

Suficiente, es decir que no se incurra en omisiones de información frente a los aspectos del negocio que le son relevantes al consumidor.

Oportuna, que se proporciona en el momento adecuado para que el consumidor tome una decisión respecto del producto y evite los errores, vicios o daños que el negocio pudiera tener.

Verificable, es decir que se puede comprobar desde el punto de vista fáctico el contenido de la información (más adelante se hará la diferenciación entre los elementos que son verificables y los que no lo son y su importancia dentro de la contratación).

---

<sup>23</sup> Real Academia de la Lengua Española, 2001. Se define como, “(Del lat. *clarus*).1. adj. Que se distingue bien.

<sup>24</sup> Real Academia de la Lengua Española, 2001. Definida como (Del lat. *verax, -ācis*). 1. adj. Que dice, usa o profesa siempre la verdad.

<sup>25</sup> Real Academia de la Lengua Española, 2001. Definida así (Del lat. *sufficiēns, -entis*). 1. adj. Bastante para lo que se necesita. 2. Adj. Apto o idóneo.

<sup>26</sup> *Ibidem*. Definido como (Del lat. *opportūnus*). 1. adj. Qué se hace o sucede en tiempo a propósito y cuando conviene.

<sup>27</sup> *Ibidem*. Definido como (Del lat. *verificāre*). 1. tr. comprobar o examinar la verdad de algo.

<sup>28</sup> *Ibidem*. lo define como (De *comprehender*)...2. tr. Contener, incluir en sí algo. 3. Entender, alcanzar, penetrar.

<sup>29</sup> *Ibidem*. Lo define (Del lat. *praec̄sus*). 1. adj. Necesario, indispensable, que es menester para un fin. 2. adj. Puntual, fijo, exacto, cierto, determinado.

<sup>30</sup> *Ibidem*. Definido como (Del lat. *Idonēus*). 1. adj. Adecuado y apropiado para algo.

<sup>31</sup> Stiglitz (1998). pág. 220.

Precisa, se debe evitar proporcionar información inútil ya que al consumidor se le debe entregar información indispensable y relevante sobre el negocio.

En la doctrina argentina se dice que la información debe ser detallada en el sentido de que el consumidor tenga la posibilidad de informarse acerca de la pluralidad de características de los productos o servicios que le son ofrecidos ya que solo así se le puede proteger el derecho a elegir.

Idónea, que tiene la aptitud y calidad suficiente, para que el consumidor sea adecuadamente informado.

En el mismo sentido, el artículo 24 del nuevo Estatuto del Consumidor, define la información mínima que debe contener un producto o servicio que va a salir al mercado, así el productor deberá suministrar al consumidor:

- 1.1 “Las instrucciones para el correcto uso o consumo, conservación e instalación del producto o utilización del servicio.
- 1.2 Cantidad, peso o volumen, en el evento de ser aplicable, las unidades utilizadas deberán corresponder a las establecidas en el Sistema Internacional de Unidades o a las unidades acostumbradas de medida de conformidad con lo dispuesto en esta Ley.
- 1.3 La fecha de vencimiento cuando ello fuere pertinente. Tratándose de productos perecederos, se indicará claramente y sin alteración de ninguna índole, la fecha de su expiración en sus etiquetas, envases o empaques, en forma acorde con su tamaño y presentación. El Gobierno reglamentará la materia.
- 1.4 Las especificaciones del bien o servicio. Cuando la autoridad competente exija especificaciones técnicas particulares, estas deberán contenerse en la información mínima.
2. Información que debe suministrar el proveedor:
  - 2.1. La relativa a las garantías que asisten al consumidor o usuario;
  - 2.2. El precio, atendiendo las disposiciones contenidas en esta ley”.

Para el tratadista argentino<sup>32</sup> “el deber precontractual de información parece integrar uno más amplio, el de cooperación, aún cuando uno y otro serán derivados necesariamente de la buena fe debida (...) Y ello es el de tal trascendencia que la información suministrada en el periodo de tratativas, una vez perfeccionado el contrato, se integra al contenido del mismo”.

El fin último que busca la normatividad en este sentido, es el de crear en cabeza del productor o proveedor como poseedor de la información el deber jurídico obligacional de comunicar en la relación jurídica o con la cosa involucrada en la prestación, cuyo contenido es el de poner en comprensión de la otra parte una cantidad de datos suficiente para evitar los daños o los peligros que pueda generarse en la otra parte si estos no son suministrados.

En tal sentido, si una parte conoce datos relevantes del negocio que comporta su obligación frente a la otra, se puede decir que está obligado a poner a su

---

<sup>32</sup> Stiglitz (1998). pág. 167.

contraparte en conocimiento de esta situación y no podrá alegar legítimamente su ignorancia, pues quien oferta un negocio, debe estar en la capacidad de explicarlo libre de reticencias.

A lo anterior se opone, como resulta obvio, que la parte obligada a proporcionar la información tampoco tenga conocimiento de esta, ya que como bien lo expresa Stiglitz,<sup>33</sup> “la ignorancia recíproca no genera obligación de informar” así por ejemplo, la evolución científica o el desarrollo mismo de las técnicas y los productos se convertirá en un eximente de responsabilidad, ya que si la información es desconocida para el producto y si este es ignorante de la misma no puede ser al mismo tiempo su deudor.

En este punto es válido que nos preguntemos si paralelo con el deber de informar ¿existe un derecho en cabeza del productor de abstenerse de proporcionar cierta información o de proporcionar otra de forma engañosa válidamente?

El fundamento de dicho interrogante alude a que por mucho tiempo nuestro derecho se ha visto con beneplácito la astucia comercial, siendo muy frecuente que el comerciante oculte cierta información o exagere sobre el contenido de otra con el fin de captar la atención de los posibles contratantes; de hecho, dentro de la mentalidad comercial se encuentra la conciencia de que si esta información se revela ó se hace de forma veraz el consumidor no celebraría el contrato.

Desde tiempo atrás esta práctica comercial se vio legitimada bajo el nombre de astucia comercial ó *dolus bonnus*,<sup>34</sup> cabe ahora preguntarse si esta práctica puede continuar permeando la legislación contractual en tiempos de la contratación masiva con consumidores.

Para Lorenzetti,<sup>35</sup> “El dolo bueno contempla los engaños que moralmente no son censurables: afirmaciones inexactas, astucia comercial, exagerar el valor o las cualidades de una mercancía. La diferencia no radica en la intensidad de la astucia, “ya que cualquier” artificio astucia o maquinación es dolo. El distingo se basa en que la acción dolosa se la emplea con el fin de engañar a otro, y en el dolo bueno se la emplea para competir. El derecho civil se afirma que el dolo bueno no integra el concepto porque no se persigue un fin contrario a lo establecido en el orden jurídico”.

Lo que nos planteamos ahora es si el denominado dolo bueno conserva su aplicabilidad en las relaciones de consumo, o si por el contrario tendremos que todo ocultamiento o exageración de información tendrá que ser proscrito.

---

<sup>33</sup> Stiglitz (1998). pág. 173.

<sup>34</sup> Este término alude a una modalidad de dolo que es tolerado por el ordenamiento jurídico y que responde a ciertas astucias de los comerciantes que les son permitidas para mercadear sus productos, esta concepción es muy antigua en el derecho pues desde el *Digesto* se distingue la diferencia entre dolo bueno y dolo malo.

<sup>35</sup> Lorenzetti (2003). pág. 174.

Aquí tendríamos que hacer una distinción, pues de un lado tendremos que hablar de la información que es engañosa y del otro la información que se ha ocultado.

Frente a la información que es engañosa se debe distinguir cuando la información es objetiva, esto es, que se puede verificar o comprobar, cómo cuando se dan calidades, cantidades o aptitudes de los productos que una persona normal pudiera confirmar, así, si el productor señala que por ejemplo el rendimiento de un aceite es de un kilometraje x el consumidor podrá verificar esto mirando el desgaste de ese producto en ese trayecto.

Por otro lado, existe la información que es engañosa pero que su contenido no se puede verificar, ya que obedece a afirmaciones meramente subjetivas como es el caso de las exageraciones propias de la profesión publicitaria o recomendaciones que un artista o cantante famoso hace de un producto determinado pero que no aluden a una base fáctica que pueda ser corroborada.

En este punto tenemos que señalar que el dolo bueno solo tendrá cabida en únicamente en las afirmaciones subjetivas, pues para las objetiva se tiene que ser plenamente veraz.

Por otro lado tenemos la información que ha sido ocultada y aquí se presenta una gran problemática pues de un lado está el derecho que tiene el consumidor a recibir información y del otro el derecho que tiene el productor de preservar la propiedad industrial de su producto, pues como ya se ha dicho en páginas precedentes para el productor esta información es un bien que le ha significado una inversión económica.

Este panorama descarta de tajo el uso del dolo bueno, ya que la legislación obliga al productor a ser claro y sincero y a proporcionar una información veraz y suficiente, por lo que cualquier información que pueda ser relevante para el consumidor deberá de ser proporcionada, aun en detrimento de la protección del secreto industrial, así por ejemplo en materia de medicamentos se debe revelar su composición, posología adecuada y componentes activos, pues aunque esto represente un activo propio de la industria farmacéutica es relevante para que el consumidor tome decisiones racionales respecto de este producto, obviamente existirán procesos técnicos e industriales que no serán relevantes para el consumidor sino para los competidores y frente a los cuales se conservaría la protección de la propiedad industrial.<sup>36</sup>

- En tercer lugar, desde la perspectiva del consumidor, otra arista es el derecho que tiene el consumidor a ser informado, que no es más que la otra cara de la obligación a cargo del proveedor, es decir el proveedor es “deudor” de una información que es indispensable para que el consumidor recupere libertad en el mercado, al mismo tiempo el consumidor es “acreedor” de dicha información, pues éste reclama al productor ciertos márgenes de información para evitar los peligros potenciales o los daños

---

<sup>36</sup> Queda pendiente para próximas reflexiones si esta omisión de información constituiría un vicio en el consentimiento del consumidor analizando las diferentes teorías doctrinales respecto a si es un dolo activo u omisivo.

que le pueda ocasionar los productos o la abusividad del negocio, entonces, el consumidor puede exigir información en los términos del numeral 1.3 del artículo tercero de la ley 1480 de 2011.

Sin embargo, podemos indagar por cómo influye el derecho a la información en la contratación con consumidores, para esto se debe partir desde dos premisas: los contratos de libre discusión, en los que las partes encuentran un escenario para establecer las condiciones; sin olvidar que actualmente, los que tienen mayor prevalencia son los contratos de adhesión, que por supuesto exigen a las partes mayor compromiso y lealtad.

En los primeros, entran a operar las condiciones que se esbozaron en el capítulo precedente, sobre las facetas, con las cuales las partes deben llegar al escenario de los contratos, analizando como entrar a aplicarlas una vez conocidas las reglas del juego, esperándose lealtad y confianza entre las partes.

En la etapa precontractual las negociaciones deben desenvolverse seriamente, con diligencia y sin mala fe configurativa de dolo “de allí que... "El lapso de negociaciones previas, aunque las manifestaciones de voluntad no tuvieran poder vinculante supone la concurrencia de actos (materiales) jurídicos lícitos, gobernados por el principio de la buena fe”.<sup>37</sup>

En la etapa formativa del contrato se impone la carga de la buena fe, obligando a las partes a comportarse con corrección y lealtad, lo cual impone un deber de información que permita a la contraparte (consumidor) conocer el estado real del negocio, evitándole posibles errores o engaños.

En la configuración del negocio jurídico el deber de informar constituye entonces, una obligación legal, como ya se dijo, asociado a la buena fe, de tal forma que las partes cooperen y que quien maneje la mayor información no abuse de ello, afectando a quien no la posee totalmente.<sup>38</sup>

Una vez concretado el negocio, se integrarán a él, los contenidos de los preacuerdos, esperando que se acepten y se respeten.

Contrario sensu, en los contratos de adhesión la información, como ya se vio se circunscribe en los procesos de producción y comercialización en masa, así como el desarrollo tecnológico en una necesidad para que el consumidor recupere su capacidad negocial, ya que todo el poder de negociación se encuentra en una sola de las partes.

Visto así, la información en la contratación por adhesión se debe asumir como se planteó en las aristas de este derecho (tercera y cuarta), esto es, como un deber y como una obligación, para lograr en el consumidor una adecuada formación del

---

<sup>37</sup> Stiglitz (1998). pág. 142.

<sup>38</sup> Sobre lo anterior, Stiglitz (1998). Pág. 166, dice: “la obligación legal de información también consiste en abstenerse de afirmar absolutamente nada sin estar seguro de lo que se informa a los fines de evitar inducir en error al contratante. El expresado constituye un clásico fundamental como regla moral: el de no mentir”.

consentimiento. De tal manera que la única acción que le queda en la negociación es aceptar las condiciones y clausulado predispuesto que la contraparte le presenta que en la mayoría de veces es sorpresivo.

Es por esto que a las partes en un contrato se les crea un deber de informar e informarse desde la etapa precontractual hasta la etapa de ejecución del mismo; dicha información debe estar contenida de cuestiones trascendentes que incidan en el consentimiento, tales como, el objeto, la causa y los efectos,<sup>39</sup> datos que son útiles a la hora de tomar una decisión libre e independiente.

Todo esto, genera en el consumidor una confianza frente al productor, puesto que es en primer momento el obligado (productor) a prestar la información acerca por ejemplo, de la naturaleza del contrato, y en caso de presentarse un contrato cuya materia se pueda calificar como de intensa complejidad, lo que pone al acreedor en excesiva inferioridad; es el productor quien debe generar la confianza, siendo claro en la redacción del clausulado y estableciendo la veracidad en las condiciones negociales que plantea.

Por tanto, el obstáculo al que se enfrenta el consumidor acerca de la complejidad y tecnicidad en la información puede traspasarse con la eficiente y trasparente actuación del productor.

La influencia que se espera que tenga la actual ley 1480 de 2011 en la teoría de la contratación, es precisamente que para la relación de consumo se deberá tener unas particulares consideraciones que harán tomar distancia de la teoría tradicional, especialmente en lo atinente a la oferta y el derecho a la información.

La responsabilidad civil derivada de la información incompleta o engañosa: el artículo 23 de la ley 1480 de 2011 señala “serán responsables de todo daño que sea consecuencia de la inadecuada o insuficiente información” e igualmente y como ya se estudió, esta ley castiga la publicidad engañosa, esto pone de presente que la arraigada teoría de la oferta que por muchos años se ha mantenido en la regulación mercantil debe revisarse al menos en lo tocante a la relación de consumo.

En nuestro vigente Código de Comercio se contempla un régimen de oferta que privilegia las ofertas a personas determinadas, ya que a estas les concede fuerza obligatoria aunque el oferente muera o llegare a ser incapaz, y por oposición entiende que la oferta hecha a persona indeterminada por regla general no es vinculante.

Dispone el artículo 847 del Código de Comercio que no son vinculantes y su revocación no produce ningún efecto, las peticiones, las ofertas de mercaderías con indicación de precio dirigidas a personas no determinadas, por medio de circulares, prospectos, catálogos, avisos o anuncios radiales, televisados o periodísticos.

---

<sup>39</sup> Para ejemplificar mejor, véase la posición de Fabre- Mganán, M. De l' Obligation d' Information dans les Contrats, la cual es citada por Stiglitz (1998). pág. 173.

Justamente, esta forma de realizar la oferta es la más usual en la relación de consumo, sin embargo, la normatividad mercantil no regulaba consecuencias ante el incumplimiento de la obligación de informar en la etapa de la oferta.

Es por esto que la normatividad de consumo tiene que suponer un alejamiento de la teoría tradicional y regular, expresamente que el incumplimiento de la obligación de informar así como de hacerlo de forma engañosa o incompleta genera responsabilidad civil.

Aunado a lo anterior, la doctrina extranjera ha generado la teoría respecto de la cual toda afirmación que el productor anuncie vía publicitaria deberá ser vinculada al contrato y en este punto será una obligación a su cargo cumplir estrictamente con aquello que prometió en el anuncio.

Esto, invertiría completamente la concepción proveniente de la policitud pues la vinculatoriedad haría suponer que la publicidad es una oferta que obliga al productor y desde que la publica compromete su responsabilidad.

La Corte Constitucional, en sentencia del año 2000, con ponencia del Magistrado José Gregorio Hernández Galindo, señaló lo siguiente:

“Pero, además, si la compañía, en su propaganda, o al anunciar o promocionar sus servicios, o al enviar a sus posibles clientes cotizaciones que detallan las ventajas de contratar con ella -como acontece en este caso-, ofrece cierta cobertura, y por esa causa una persona decide tomar la póliza, aquella está obligada en los términos de la oferta (...)

En síntesis, las ofertas, propaganda y promoción de las compañías de seguros, en materia de salud, y de las empresas de medicina prepagada, en las cuales se prometen ciertos beneficios generales o una determinada cobertura con el mismo carácter general, se incorporan al contrato que se celebre y obligan a la compañía que los ofreció. Sólo este principio salvaguarda la buena fe en la relación contractual e impide que las personas resulten engañadas o inducidas a error al suscribir contratos de esta naturaleza”.

Así, vemos como los derechos de los consumidores, en especial los referidos a la necesidad de ser veraz y suficiente termina por modificar la tradicional concepción de la oferta.

- La cuarta arista constituye una carga para el consumidor, se impone la obligación de informarse, es decir, de ser diligente y apropiarse de la información que ya se le ha proporcionado, que exista dentro del consumidor; el afán por conocer el negocio y el producto, sus riesgos, peligros y particularidades, al punto que si no lo hace no puede exigir la responsabilidad al productor por los daños que sufra.

La Ley 1480 de 2011 consagra como deberes a cargo del consumidor: informarse respecto de la calidad de los productos, así como de las instrucciones que suministre el productor o proveedor en relación con su adecuado uso o consumo,

conservación e instalación. Así como el de obrar de buena fe, frente a los productores y proveedores y frente a las autoridades públicas.

Por este motivo, aunque se puede considerar al consumidor como un sujeto digno de una tutela por parte del ordenamiento jurídico, esto no es excusa para que esté obligado a comportarse de manera cuidadosa y diligente, en este sentido, solo cuando la ignorancia no sea resultante de una conducta descuidada por parte del consumidor es factible de ser invocada, pues a éste le asiste un deber y es el de informarse para evitar sufrir daños.

Obviamente el deber de informarse supone ciertos límites pues el calificativo de consumidor dentro de un proceso de contratación necesariamente conduce al reconocimiento de la calidad de ignorante o inexperto frente a la calidad de profesional que tiene el productor.

Por tanto, debe de entenderse que aunque el consumidor está en la obligación de informarse, esto no estriba en tener que convertirse en un experto, sino en comportarse como una persona normal lo haría, por lo que el punto a resolver es cuando el error o la ignorancia de un individuo medio a pesar de ser informados merecen ser excusados.

Lo anteriormente planteado ha llevado a la doctrina internacional a plantearse criterios que privilegien la confianza que el consumidor deposita en la información que el productor le entrega (la publicidad inclusive).

Por ejemplo en la doctrina argentina se tienen criterios como el de la Confianza Legítima “que supone la sinceridad de la información suministrada por el deudor, dispensa al acreedor del deber de informarse”.<sup>40</sup> Derivado del principio de buena fe negocial se puede pensar que las partes mutuamente se deben cooperación y lealtad en todo negocio jurídico en especial en lo que a proporcionar información se refiere, es decir que existe una presunción de buena fe en toda la información que el productor le proporciona a su clientela y que como es obvio entonces corresponde a quien quiera afirmar que es engañosa la prueba de dicha afirmación. Sin embargo, cuando se alega que el consumidor no fue informado o que la información no era suficiente la carga de la prueba le corresponderá al productor, quien en su defecto debe probar que la información fue efectivamente proporcionada y que el consumidor podía informarse adecuadamente de ser diligente.<sup>41</sup>

Igualmente, la naturaleza o la calidad de los productos que se adquieren hará variar la obligación que tiene el consumidor de informarse, ya que frente a productos, por ejemplo de poco valor, baja peligrosidad, o poca importancia no se requiere una diligencia tan elevada como para los negocios importantes. Los productos peligrosos

---

<sup>40</sup> Stiglitz (1998). pág. 179.

<sup>41</sup> Al respecto, Stiglitz precisa que “la calidad de profesional que ostente el deudor de la información, constituye una presunción de conocimiento de la misma. Pero como la información, sólo es debida a favor de quien la ignore, recae sobre el obligado a informar, la carga de alegar y demostrar que el acreedor se hallaba informado o que debía estarlo de haber actuado con cuidado”. En: Stiglitz (1998). pág. 182.

o costosos por ejemplo, necesitan mayores niveles de diligencia, asunto diferente cuando pensamos en la compra de una golosina a cuando compramos un insecticida.

- Por último, existe la facultad a cargo de los consumidores, las asociaciones, agremiaciones y ligas, así como de las autoridades públicas para informar, educar y divulgar los derechos de los consumidores y la forma y mecanismos para hacerlos efectivos.<sup>42</sup>

En tal sentido, se ha dicho que el derecho a la información cuando se encuentra asociado a la educación para el consumo, implica que al consumidor se le brinden dos tipos de conocimientos diferentes.

De un lado, este debe ser educado para comportarse racionalmente desde un carácter individual, es decir satisfaciendo sus necesidades materiales sin ir en detrimento de sus propios intereses, “lo que conlleva a la adquisición del conocimiento y las habilidades para ser un consumidor informado de manera que su desenvolvimiento se ajuste a sus intereses individuales y satisfaga sus necesidades de carácter inmediato”.<sup>43</sup>

De otro lado, el consumidor debe ser educado para tener conciencia social, es decir ser consciente de los problemas de carácter colectivo cuyas consecuencias afectan positiva o negativamente a la sociedad en su conjunto; se pretende “la modificación de los patrones de consumo y como consecuencia, en el sistema de producción, en atención a la satisfacción de sus necesidades tanto materiales como ambientales”.<sup>44</sup>

Esta última arista, alude no solamente a la capacidad que tienen los consumidores de asociarse, sino de optar por el auto cuidado, la justicia en los contratos con todos los consumidores, así como de procurar el cuidado de la colectividad y de desarrollar una efectiva conciencia social, capaz de mejorar la vida de la comunidad y cambiar los patrones de consumo procurando que cada vez estos sean sostenibles y amigables con el medio ambiente.

---

<sup>42</sup> Dice el artículo 3 numerales 1. 10 y .1.11 de la ley 1480 de 2011. Derecho a informar: Los consumidores, sus organizaciones y las autoridades públicas tendrán acceso a los medios masivos de comunicación, para informar, divulgar y educar sobre el ejercicio de los derechos de los consumidores. Derecho a la educación: Los ciudadanos tienen derecho a recibir educación sobre los derechos de los consumidores, formas de hacer efectivos sus derechos y demás materias relacionadas.

<sup>43</sup> Pérez Bustamante (2004). pág. 63.

<sup>44</sup> *Ibidem*.

## Conclusiones

1. Existe una brecha informativa, entre quién crea los productos y quien los consume, la cual sustenta la necesidad de intervención estatal en las esfera de las modernas relaciones de consumo.
2. En América latina, la doctrina ha encontrado diversos fundamentos a la tutela del derecho a la información en las relaciones de consumo, dentro de los cuales se encuentran: la desigualdad, el peligro, la asimetría informativa y la vulnerabilidad cognoscitiva, argumentos que demuestran la necesidad de brindar una efectiva protección al consumidor de su derecho a estar informado.
3. El derecho a la información tiene al menos cinco aristas diferentes, en primer lugar está el derecho que tiene el productor a informar y publicitar a cerca de los productos que pone en circulación, la segunda arista tiene que ver con la obligación que tiene el productor de brindarle información clara, veraz, suficiente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea al consumidor, la tercera arista consiste en el derecho que tiene el consumidor de ser informado y la relevancia que adquiere el derecho a la información en la contratación con consumidores, en cuarto lugar, está el deber que tiene todo consumidor de informarse y por último está la obligación de educación a cargo de las ligas y agremiaciones de consumidores.
4. Uno de los límites al derecho que tiene todo productor a informar y publicitar sobre sus productos o servicios consiste en hacerlo de forma engañosa o incompleta.
5. La teoría del dolo bueno o *dolus bonnus* solo se aplica en las afirmaciones que son subjetivas no verificables, frente a la información que es objetiva y ante las omisiones de información no puede tener cabida este postulado.
6. El consumidor está obligado de otro lado, a ser diligente y cuidadoso respecto de la información que se le entrega e informarse adecuadamente de los productos o servicios que consume.
7. También está obligado el consumidor a la educación atinente para comportarse racionalmente y para contribuir al mejoramiento de la cultura del consumo y hacerlo sostenible.

## Referencias Bibliográficas

Bullard González, A. (2001). *La Asimetría en la Contratación a Propósito del Dolo Omisivo*. En A. A. Alterini, J. L. De los Mosos, & C. A. Soto, *Contratación Contemporánea*. Bogotá: Temis.

Congreso de la República de Colombia. *Secretaría del Senado*. Consultado el 20 de noviembre de 2011 en: [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2011/ley\\_1480\\_2011.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2011/ley_1480_2011.html)

Corte Constitucional 10 de febrero de 2000. MP José Gregorio Hernández Galindo, T 118

*Real academia española*. Consultado el 22 de 11 de 2011 en: [http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO\\_BUS=3&LEMA=CLARA](http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=CLARA)

Gherzi, C. A. (2005). *Contrato de Consumo*. Buenos Aires: Astrea.

Jackel Kovacs, J. (2003). *Publicidad Engañosa y Publicidad Comparativa*. *Foro del Jurista*.

Lorenzetti, R. L. (2003). *Consumidores*. Santa Fe: Rubinzal- Culzoni editores.

Pérez Bustamante, L. (2004). *Derechos del consumidor*. Buenos Aires: Astrea.

Rivero Sánchez, J. M. (1997). *¿Quo Vadis Derecho del Consumidor?* Medellín: Diké.

Stiglitz, R. (1998). *Contratos civiles y mercantiles. Parte general Tomo I*. Buenos Aires: Abeledo- Perrot.

Vega Mere, Y. (2001). *El Derecho del Consumidor y la Contratación Contemporánea*. En A. A. Alterini, J. L. De los Mozos, & C. A. Soto, *Contratación Contemporánea*, págs. 517-648. Bogotá: Temis.