

# CRITERIOS

REVISTA DE INVESTIGACIONES DE LA UNIVERSIDAD MARIANA

Número 24 - Segundo Semestre de 2009

ISSN 0121-8670

**PROGRAMA  
DE DERECHO**



Centro de Investigaciones y Publicaciones  
Universidad Mariana

Revista **CRITERIOS**

Número 24

Segundo semestre de 2009

*“Los contenidos de los artículos son responsabilidad exclusiva de sus autores, y no comprometen en nada a la Universidad Mariana ni al Centro de Investigaciones y Publicaciones”.*

**Edición a cargo del Programa de DERECHO de la Universidad Mariana**

**La Revista CRITERIOS**

*es una publicación semestral*

**Edición**

*300 ejemplares*

**Portada**

*Esp. Jorge Iván Guerrero López*

**Diagramación**

*Dg. Nelly Carmenza Burbano S.*

**Traducciones al inglés**

*Departamento de Lenguas*

**Correspondencia**

*Universidad Mariana*

*Centro de Investigaciones*

*Y Publicaciones CIP*

*Calle 18 No. 34 - 104*

*Tel: 7314923 Ext. 185*

*E-mail: lider50200@yahoo.es*

**Impresión**

*Publicaciones UNIMAR*

**Director**

Magíster Roberto García Castaño

**Auxiliar de Publicaciones**

Licenciada Ana Chávez López

**Comité Editorial Externo**

Dr. Giovanni Orozco Arveláez

Politécnico Jaime Isaza Cadavid, Medellín.

Dr. Jhoniers Guerrero Erazo

Universidad Tecnológica de Pereira

Dr. Roberto Ramírez Bravo

Universidad de Nariño, Pasto

Dr. Miguel Posso

Pontificia universidad Católica del Ecuador, Ibarra, (E)

Dr. Diego Villada Osorio

Universidad de Caldas Manizales

Dr. William Ospina Garcés

Universidad Tecnológica de Pereira

**Comité Editorial Interno**

Magíster Luís Alfredo Guerrero

Vice-rector Académico.

Magíster Oscar Valverde Riascos

Decano Facultad de Ciencias Humanas y Sociales

Magíster Rafael Caicedo Díaz

Facultad de Formación Avanzada

Especialista Antonio Menza Vallejo

Vice-rector Administrativo y Financiero

Hermana Marianita Marroquín Yerovi

Coordinadora de Investigación Profesional

**Comité de Redacción**

C.S Ricardo Erazo

Director del Programa de Comunicación Social y Periodismo

Magíster Héctor Rocero Flórez

Docente Comunicación social

Licenciada Ana Chávez López

Departamento de Lenguas Modernas





## En este *número*

5

Castigar: Liberar el Alma,  
Torturar el Cuerpo o Extirpar la Vida

21

Colonia

27

Crimen Ambiental  
Breves Comentarios

37

El Orden Social

43

Escenarios Para la Deconstrucción  
en Teoría Jurídica Latinoamericana

59

Frente a La Violencia Intrafamiliar  
La Acción de Tutela Procede y  
no Procede

75

La Farsa de las  
Publicaciones Universitarias<sup>1</sup>

87

“La Parábola del Mal Samaritano.”  
Apuntes sobre la Lesión en el  
Derecho de Contratos

107

Paralelo entre la Constitución de 1886  
y la Constitución de 1991

119

Cuando las Cosas Hablan:  
El “Res Ipsa Loquitur” y La Carga de la  
Prueba en la Responsabilidad Civil

153

Perspectivas del  
Sindicalismo Mexicano  
(¿Y Latinoamericano?)







Fecha de Recepción: junio 1 de 2009  
 Fecha de aprobación: agosto 1 de 2009

## ***Castigar: Liberar el Alma, Torturar el Cuerpo o Extirpar la Vida***

**Por: Rafael Vicente Santander Ocaña**

Abogado, Universidad de Nariño.  
 Especialista en Criminalística y Criminología,  
 Universidad de los Andes.  
 Magíster en Etnoliteratura,  
 Universidad de Nariño.  
 Docente: Universidad Mariana  
 y Universidad de Nariño.  
 vicente3santander3@yahoo.es

### **RESUMEN**

El presente artículo hace un análisis de la evolución del castigo a partir del S. XVIII, cuando el suplicio legalizado era la forma de cobrar las faltas al criminal y el derecho a castigar por quienes representaban a la ley no admitía discusión ni reserva. El suplicio del empleo del tiempo que se le impone como prisión a un delincuente por la comisión de un hecho punible, no se puede considerar como un progreso del humanismo, entendiéndolo como el respeto de la dignidad humana, sino como un efecto de los procedimientos de poder de la función social del castigo. El castigo debería imponerse no como la práctica del terror, ni como el escarmiento de la sociedad civil, sino para ayudar a la simbolización de la falta, haciendo ver a los hombres el poder de las leyes, que si bien no quitan la vida, si van a desmembrar al ser al quitarle la libertad, convirtiéndose en una tortura psicológica.

### **PALABRAS CLAVE**

Castigo, Suplicio, Poder simbólico de la Ley, Tortura psicológica.

### **ABSTRACT**

The present article does an analysis of the evolution of the punishment from the XVIII century, when the legalized torture was the way of charging the lacks to the criminal and the right to punish for whom they were representing to the law, was admitting neither discussion nor reservation.

The torture of the employment of the time which is imposed as prison on a delinquent by the commission of a punishable act cannot be considered a progress of the humanism, but an effect of the procedures of power of the social function of the punishment.

The punishment should be imposed not neither as the practice of the terror, nor as the lesson of the civil society, but



help to the symbolization of the lack, making see the men the power of the laws, which though they do not remove the life, if they are going to dismember the being to take him out the freedom, turning into a psychological torture.

### KEY WORDS

---

punishment, torture, symbolic power of the law, psychological torture.

Todavía a comienzos del siglo XVIII, época en la que aun el suplicio legalizado era la forma preferencial de cobrarle las faltas al criminal, el derecho a castigar por parte de quienes representaban la ley, no admitía discusión ni reserva. Debido a que el cuerpo estaba en el centro del castigo y era concebido como una composición de órganos a deformar, se podía desmembrar, atormentar y reducir a una imagen grotesca sin remordimiento ni compasión. La reducción del cuerpo a lo grotesco —una boca abierta, unos ojos desorbitados, un corazón arrancado, articulaciones desmembradas, entrañas salidas— era lo que en la época le daba al cuerpo su imagen particular; por eso no había suplicio, pena, insulto o injuria, que no fuera válido alojar en esa imagen deformada.

La imagen del cuerpo en tanto representación que remitiera a una totalidad espacial no tenía lugar en el Antiguo régimen, porque el interés recaía sobre todo lo que pudiera salir de él y ser separado. En esa época, no era extraño entonces que los acontecimientos referidos al cuerpo giraran alrededor de lo que entra y sale, de lo que

sobresale, quedando ignorado como superficie. El cuerpo no era básicamente referido a un individuo a partir del cual fuera necesario precisar sus límites metafóricos, sino a actividades como el comer, el beber, a las necesidades naturales, excreciones, olores, al “descuartizamiento, el despedazamiento la absorción de un cuerpo por otro (...)”.<sup>1</sup>

Cuanto uniera el cuerpo en una relación de continuidad con las cosas del mundo y lo deformara al infinito, era bienvenido.

Apenas a finales del siglo XVIII, tal como lo anota Foucault en la primera parte de su texto *Vigilar y castigar*,<sup>2</sup> se empiezan a tener en cuenta en el castigo aspectos simbólicos que no refieren el cuerpo a la deformación grotesca, sino a su limitación y delimitación del mundo. Se introdujo, por ejemplo, el empleo del tiempo, relacionado con el aprendizaje del respeto a la regla, con la adquisición de buenos hábitos, el acostumbamiento a considerar la ley escrita como un precepto sagrado y, en general, con un control ininterrumpido que apunta más a la corrección y el sometimiento del cuerpo a un orden, que a su martirio, deformación y empleo en la injuria.

La consideración de la importancia del tiempo, el valor del hábito y la educación del cuerpo para que se acoja a la regla social, son elementos que van desplazando el gusto de afectar el cuerpo hasta destruirlo

---

<sup>1</sup>. Mijail Bajtin, *La cultura popular en la Edad Media y en el Renacimiento*, Madrid, Alianza, 1987, p. 286.

<sup>2</sup>. Michel Foucault *Vigilar y castigar*, México, Siglo XXI, 1976

en pedazos de una forma lenta, calculada y a la vista de todo el mundo, hacia su afiliación a un ordenamiento más productivo socialmente. Se trata de manipularlo, reformarlo, corregirlo, acreditarlo para el trabajo, de fijar una delimitación rigurosa de sus funciones, convertirlo en fuerza productiva y darle cualidades, siempre en nombre de una corrección posible y de una transformación del tiempo en tiempo productivo.

La consigna de corregir al delincuente, de educarlo para “una actividad útil”, en lugar de destruir su cuerpo, marcarlo, herirlo, amputarlo, da cuenta de que éste pasa de ser un conjunto de miembros que pueden figurar en una imagen grotesca de despedazamiento, a ser considerado la envoltura de un ser humano. Este cambio de concepción del cuerpo puede ser interpretado como el signo de un movimiento de redistribución de la economía del castigo; esboza, además, un cambio en la concepción del hombre occidental, pues si —de acuerdo con Lacan—<sup>3</sup> el castigo es inseparable de la concepción que se tenga del hombre en una sociedad específica, un cambio en la manera de imponerlo denota un movimiento en el estatuto social del cuerpo y, en consecuencia, en la idea que se tiene de dicho hombre.

Del cuerpo como entidad física intervenida y expuesta en la plaza pública, sobre todo cuando se trataba de martirizarlo para borrar un crimen, se pasa al individuo portador de un cuerpo que se debe formar en el transcurso del desarrollo y valorizar simbólica e imaginariamente. Aquí ya no se trata de castigarlo dándole prioridad

a su destrucción posible, o a la imposición de una taza artificial y visible que se convierta en el testimonio real del poder del Otro, sino de marcarlo simbólicamente para transformarlo y explotarlo.

La sustracción del cuerpo de un Otro que se complace arrancando sus órganos y de una mirada que completa este acto destructor porque se regocija viendo cómo se lo vuelve pedazos de forma festiva, define un momento de la historia en el cual la subjetividad es tenida en cuenta como argumento para suavizar las costumbres en el ámbito del castigo corporal. Por la vía de la corrección y ya no de la deformación, se impulsa a finales del siglo XVIII y comienzos del XIX, época en la que se presentan innumerables proyectos de reforma penal, la emergencia de nuevas teorías de la ley y del delito. Es el tiempo de la abolición de viejas ordenanzas y del surgimiento de una nueva justificación moral y política del derecho a castigar. Se produce en ese tiempo también una atenuación de las costumbres, que no debe confundirse con un cambio en la sensibilidad colectiva, y se efectúa “la redacción de los códigos modernos (...)”,<sup>4</sup> hechos demostrativos del comienzo de una nueva era en lo tocante a la justicia penal.

En el texto citado, Foucault muestra que del suplicio al empleo del tiempo, el cual tiene por función ligar el cuerpo y, por ende, a los individuos a los aparatos de producción, se da un movimiento dialéc-

<sup>3</sup> Jacques Lacan, “Introducción teórica a las funciones del psicoanálisis en criminología”, en: *Escritos I*, México, Siglo XXI, 1971.

<sup>4</sup> M. Foucault, *Op. cit.*, p. 15. *Cuerpo, práctica penal y subjetividad*

tico que va del cuerpo atacado en forma directa por la pena cruel, al cuerpo atacado de manera velada y menos teatral. Esto no debe considerarse como un progreso en el humanismo, entendido como respeto decidido a la dignidad humana, sino como un efecto, dentro de los procedimientos de poder, de la complejización de la función social del castigo.

A pesar de mantener incorporada la crueldad, debido a que culpa y dolor son inseparables, la pena pasa a tener un carácter más correctivo que destructivo. Ya no se trata de excluir, atormentar y deformar, sino de corregir y formar, procedimiento que, de todas maneras, no pierde su olor a la tortura, sobre todo en aquellos casos en donde la calidad del acto trasgresor, o la presunta peligrosidad del delincuente, den mérito para justificar un tratamiento ejemplar, es decir, disuasivo.

Montesquieu, en del espíritu de las leyes<sup>5</sup> y posteriormente Beccaria, en de los delitos y las penas,<sup>6</sup> se oponen a la fiesta descarnada propia de la pena cruel y en su lugar proponen formas de castigo más civilizadas. Ambos autores coinciden en que lo intenso de la pena da lugar a un ceremonial grotesco que es hecho visible al mismo tiempo como espectáculo que genera una mezcla de euforia, compasión y repugnancia. El carácter intenso de la pena se le imprimía al cuerpo con la idea de cortar de raíz la inclinación a transgredir la regla, pues se suponía que tal intensidad era lo mejor para lograr el mayor efecto sobre los hombres. El principal objetivo de dicha pena no era liberar a la sociedad de

la peligrosidad supuesta de un criminal, sino disuadir a quienes podrían seguir el mal ejemplo del criminal castigado.

Pero la pena cruel, de acuerdo con la teoría de los autores referidos, no acaba con el mal, pues aparte del escarmiento que produce el espectáculo momentáneo y del terror que se pretende inspirar, introduce un efecto inadvertido que podría traducirse así: gasta de un solo tajo el resorte simbólico de la ley. Así es como se va perfilando la idea de que el castigo, contrario a lo pensado por un poder dictatorial, debería diseñarse e imponerse no sólo para lograr el efecto práctico del escarmiento y el terror de la sociedad civil, sino también para ayudar a la simbolización de la falta como delito, cuestión que ajuicio de Beccaria<sup>7</sup> se lograría no haciendo sentir de manera precisa el poder terrorífico del legislador, sino haciendo ver a los hombres de manera continua el poder de las leyes. En síntesis como la de este autor, quien al privilegiar de manera razonada el hacer ver constante sobre el hacer sentir exacto pasó a convertirse en una referencia clásica en el ámbito del discurso penal, encuentran un asidero legal el trabajo forzado y la prisión. En aquel tiempo se creía que por su extensión como pena, servían a la vez para el castigo y la rehabilitación.

---

<sup>5</sup> Véase Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, tomos I y 2, Buenos Aires, Orbis, 1984.

<sup>6</sup> Véase César Beccaria, *De los delitos y las penas*, Barcelona, Altaya, 1994.

<sup>7</sup> *Ibid*

Tanto la prisión temporal o perpetua, como los trabajos forzados, conforman un terreno compatible en donde la fuerza del legislador no se impone en un momento puntual y contundente, sino de manera continuada y sistemática, adquiriendo así un lugar, una presencia insoslayable en el imaginario del condenado. La presencia del gobernante para el malhechor pasa de ser momentánea y terrible, a ser larga, dilatada y sistemática; por eso la infelicidad que causa introduce una tortura psicológica implicada en el hecho de tener que pensar en el futuro sin ninguna posibilidad de realización personal.

Mientras la tortura corporal del suplicio excluye la representación del futuro debido a la imposición de lo real de la muerte, el poder simbólico que la ley ejerce de manera metódica y continuada es favorable a la tortura psicológica, porque el sujeto encarcelado o sometido a trabajos forzados de manera indefinida, tal como sucede en la cadena perpetua, cada vez que piense en su futuro se verá retomando a la realidad a la que lo tiene condenado el legislador. Este ser diseñado por Beccaría como el más conveniente para que los hombres vean continuamente el poder de las leyes, será considerado de modo imaginario como un amo tan cruel e injusto como el déspota, pues así no quite la vida desmembrando el cuerpo, se encarga de desmembrar el ser, pues deja al sujeto viviendo una vida sin la libertad necesaria para realizar los ideales que justifican una existencia.

De lo anterior se desprende que, en el movimiento desde el extremo del suplicio hacia el arte de castigar de manera dis-

creta y continua, está presente un hecho fundamental en la historia de la penología: que del castigo comienza a esperarse que no sólo tenga un valor real, sino también simbólico. Este aspecto es captado por Montesquieu al indicar, en su primer tomo de del espíritu de las leyes,<sup>8</sup> que así como el imaginario del hombre se acostumbra a la pena menor, también se acostumbra a la mayor, razón por la cual el despotismo deja de ser el freno más fuerte contra los delitos. Argumentos como éste animan el paso del suplicio como castigo en el que prevalece la fuerza y la brutalidad, al arte de hacer sufrir de manera discreta, sutil y silenciosa, arte que tiene por condición para su funcionamiento eficaz, que el margen de impunidad de los delitos sea mínimo. Hacer sufrir sin que se note demasiado, es algo compatible con la moderna tortura psicológica, que en el mundo de los derechos viene a sustituir a la inaceptable tortura corporal, debido a la ausencia de huella visible que permita argumentar objetivamente una denuncia.

El privilegio de la tortura psicológica sobre la corporal, si bien evidencia un cambio de objeto pulsional, deja intacta la tendencia del Otro punitivo a producir un dolor calculado. La crueldad y el dominio sobre el cuerpo no dejarán de seducir al Otro del poder, tal como se observa en la propuesta beccariana de una esclavitud perpetua que sustituya a la pena de muerte. En este caso vemos que un goce de hacer sufrir insiste, pero se ha desplazado del suplicio al deseo de atemorizar, deseo que si bien no es

<sup>8</sup> Véase Montesquieu, Op. cit.



reconocido como tal en el ámbito social, insiste camuflado en el supuesto humanismo invocado cada vez que las penas aparentemente se suavizan.

Téngase en cuenta también que el desplazamiento del maltrato del cuerpo al maltrato psicológico, desplazamiento que supone servirse más de la palabra y de la representación para hacer sufrir, que del instrumento real empleado por el verdugo en el Antiguo régimen, no entraña la exclusión definitiva de la muerte corporal como una posibilidad de castigo contemplada por el legislador moderno en los casos extremos de trasgresión. Sucede que ya no se aplica como castigo de manera permanente, porque la experiencia ha mostrado su pérdida de eficacia disuasiva. Ya no se trata del salvajismo del martirio que destroza el cuerpo sin remordimiento, pues en caso de haberse decidido que la privación de la libertad es poco castigo para el infractor, o que ya el sujeto criminal no se lo puede. reeducar, se tendrá en cuenta la eficacia del golpe, la discreción y la exactitud en el acto de silenciar la vida.

En el Antiguo régimen no se tenía por objetivo silenciar la vida, sino torturar el cuerpo, llevar al máximo la realidad corporal de la pena y dejar que la vida se escapara por añadidura, pero a condición del legislador haber saciado todas sus extravagancias. Con la desaparición del castigo como fiesta sombría que envilece al condenado, el ceremonial de la pena tiende a desarrollarse tras un velo que lo hace menos repugnante, convirtiéndose en algo

calculado. Se trata de un acto mediante el cual se busca llevar al máximo la representación de la pena, acto que tiene el valor de un procedimiento de simple administración burocrática.

Es convirtiendo la pena en un acto cuantificable y puramente burocrático, en un trámite en donde el juez sólo se preocupa por cuidarse de seguir el debido proceso para evitar cuestionamientos, que la justicia moderna se va descargando de la incómoda obligación de castigar, produciéndose poco a poco una denegación teórica de la esencia de la pena infligida. En este sentido Foucault, en *Vigilar y castigar*<sup>9</sup> indica que los jueces van a querer hacer creer a la sociedad que ya no castigan cuando decretan una pena, sino que cumplen con su deber porque corrigen, reforman y curan. Aquí podemos ubicar un punto de correspondencia entre este autor y Lacan, en su texto "Introducción teórica a las funciones del psicoanálisis en criminología".<sup>10</sup> Ambos hacen referencia a la notable vergüenza de castigar en la justicia moderna, vergüenza que no es ajena a la vacilación generada por el ingreso del cuerpo individualizado en el escenario del sistema penal.

Ahora bien, como ya se comenté hace un momento, la desaparición del suplicio no obedecerá a una dulcificación del legislador moderno, pues su tendencia a dirigirse al cuerpo para abusar de él conserva su vigencia cuando se trata de las penas y de su

---

<sup>9</sup> Véase M. Foucault, *Op. cit.*

<sup>10</sup> Véase J. Lacan, *Op. cit.*

explotación como fuerza de trabajo productivo. Si en el tiempo del suplicio el cuerpo era tocado, partido y desmembrado con cuanto instrumento pusieran a disposición del verdugo los inventores de las formas de martirio vigentes, en el tiempo en que se vacila respecto al derecho a castigar y se introduce la vergüenza por ser cruel, el cuerpo, si bien teóricamente deberá ser comprometido lo menos posible al aplicarse la pena, quedará en cambio convertido en un instrumento moldeado al antojo de la ciencia; algo menos bárbaro, pero no por ello más humano. Se pasa así del cuerpo despedazado al cuerpo manipulado a nombre de la salud, la corrección y la belleza.

Del martirio que condena el cuerpo a una destrucción trascendente de la muerte, se pasa a su reglamentación:

se le encierra, se le secuestra para que trabaje, ojala perpetuamente, porque la ociosidad es funesta; se le priva de la libertad de movimiento, le son delimitados los espacios que puede habitar y los que le están prohibidos; se le califica, explora, evalúa y vigila permanentemente, quedando así prendido “en un sistema de coacción y de privación, de obligaciones y de prohibiciones”<sup>11</sup>. que hacen acrecentar un maltrato imaginario que atemoriza. Así, reconocerle una individualidad al cuerpo, relacionarlo con un imaginario eficaz, implica alienarlo a un conjunto de significantes que vienen del Otro. Este Otro simbólico es quien determina su existencia, la manera de fortalecerse y también de destruirse, sus movimientos regulares y los hábitos que demarcan sus límites.

Con relación al movimiento que el ingreso histórico de la subjetividad produce en el sistema penal, uno se pregunta qué puede ser peor: ¿el innombrable dolor físico del suplicio lento con un final anticipado que el verdugo ejecuta de forma implacable, o la infelicidad calculada de modo sistemático, y la destrucción ya no de los órganos, sino del ser? Mientras la destrucción del cuerpo en el Antiguo régimen no suponía también la destrucción del ser de un individuo, sino más bien la purificación del alma inmortal por la vía del dolor, en el nuevo régimen dicho ser se ve involucrado en un movimiento que puede llegar a ser perpetuo.

Si no consideramos que el legislador propuesto por Beccaria sea más dulce que el del Antiguo régimen por el hecho de no hacer depender el castigo del arbitrio de un tirano, sino de la subordinación a una ley general, entonces, ¿qué ha cambiado en la lógica del castigo? Siguiendo a Foucault en el texto citado, puede hablarse de un cambio en la concepción del cuerpo y, por tanto, en la forma de aproximarse el legislador a éste. Por haberse convertido en la envoltura de un ser humano, el cuerpo deja de concebirse como algo a aniquilar. Entonces, el legislador contemporáneo tiene cuidado de no ser tan directo como el verdugo en su destrucción; por eso prefiere ordenarlo y demarcar sus límites, en lugar de deformar su imagen.

En la vía del castigo, el cuerpo hoy es afectado de lejos y de manera más o menos clan-

<sup>11</sup> M. Foucault, Op. cit, p. 18.



destina, porque su imagen sacralizada debe permanecer intacta. Los castigos no deben tocar el cuerpo. Pero hay una industria para que, quien lo desee, pueda hacerlo marcar, romper, y existe la cirugía estética para demandarle su desgarramiento, a condición que de ello resulte una imagen mejorada que fortalezca la identidad. Si por desgracia el cuerpo se infecta o no resiste y muere, será buscando la imagen anhelada, una en la que el defecto quede oculto gracias al embellecimiento. Con cada muerte se ventilará la necesidad de que existan comités de ética conformados por personas presntantes para regular la práctica relacionada con el cuerpo y se recomendará no ponerse en manos de quienes no demuestran contar con la tecnología que todo lo autoriza.

Si en el Antiguo régimen lo embellecido con el suplicio era el alma que se desprendía de su cárcel corporal cuando espiraba, en la contemporaneidad lo que se busca embellecer es la imagen del cuerpo. Hoy se pretende fabricar la que el cliente quiere tener, de acuerdo con las pautas dadas por los modelos que la publicidad coloca en el pedestal de la belleza. Lo que le falta al cuerpo para ser bello se ofrece a crédito; lo importante es que sus formas estén detalladas de acuerdo con el grado de narcisismo que representen. Por esta vía, el cuerpo recupera su protagonismo como un valor supremo de nuestra época, pero también, de maneta más o menos inadvertida, vuelve a quedar íntimamente relacionado con el sacrificio, pero sin un escenario ritual.

Así como el embellecimiento del alma ha implicado en todos los tiempos una enorme crueldad del Otro despótico con el cuerpo, el embellecimiento en el plano de su imagen —cuando se vuelve un imperativo— expresa una tendencia a hacerse destrozarse sometiéndose, ya no a la legislación del poder penal, sino al exceso del Otro científico. Éste promete devolverle al cuerpo lo que la naturaleza le negó para ser perfecto. El objetivo del Otro científico, al intervenir el cuerpo con su tecnología, se supone ideológicamente más elevado que el de aquel que lo interviene para aniquilarlo. Los cirujanos estéticos dirán: es válido violentar a la naturaleza si es para mejorar la calidad de vida, hacer más amable la relación con la imagen corporal, aplazar la muerte, corregir, transformar, enderezar, liberar, curar, armonizar, hacerlo más aceptable y menos pesado de llevar.

Pero en nombre de los significantes ideales de la belleza y la salud, se desata en el mundo contemporáneo un furor de armonizar, que si bien tiene como premisa evitar el dolor, justifica cualquier intervención corporal, por mortífera y dolorosa que finalmente se revele. El sometimiento del cuerpo a los significantes estéticos de la belleza pasa por la representación imaginaria que un sujeto tenga de él y da cuenta de algo demostrado por el psicoanálisis: que el cuerpo, en la medida en que no sólo tiene órganos con funciones fisiológicas específicas, sino también una identidad imaginaria y unas propiedades simbólicas, puede llegar a ser atado más fuerte por las cadenas simbólicas de los signifi-

tes amos en circulación, que por las cadenas reales de un legislador arbitrario que quisiera dominarlo por la fuerza.

El cambio de perspectiva en la concepción del cuerpo gracias a la consideración de la subjetividad, tiene también efectos en la aplicación de las penas, pues introduce una sutileza en el uso del poder que antes no existía, sutileza que implica una complejidad contrastante con la simpleza de la tecnología de los martirios. Del verdadero ejecutor de los suplicios se pasó a un conjunto de “técnicos del cuerpo y del alma”, quienes deberán intervenir en el proceso que ha excluido el dolor de la carne como objetivo primordial de la pena.

En *Vigilar y castigar*,<sup>12</sup> Foucault denuncia la existencia de un verdadero ejército de técnicos del cuerpo y del alma; entre ellos cuenta a los vigilantes, los médicos, los capellanes, los psiquiatras, los psicólogos y los educadores. Todas estas figuras tienen la función de contribuir a mantener la creencia en un poder penal en absoluto interesado en hacer sentir sufrimiento, en castigar con severidad, pero sí orientado a corregir lo desviado. No es por otra razón que, a partir del siglo XIX, el homo criminal se convierte en un campo definido de conocimiento.

En la lógica descrita hasta aquí, siguiendo punto por punto a Foucault en el texto citado, podemos decir que allí donde la pena de muerte se mantiene para algunos delitos considerados graves, se busca sustraer, en lo posible, el cuerpo del martirio, tal como sucede en cualquier intervención médica que implique ruptura de piel. Si se trata de

una cirugía estética para embellecerlo, o de una cirugía programada para extirparle un cuerpo extraño y preservarlo de un dolor mortal, el cuerpo deberá quedar con la menor huella posible. Se tendrá cuidado de no dejar cicatrices demasiado visibles y que el espíritu sufra las menores molestias. Lo mismo vale si se le quiere suprimir la vida: hay que dejarlo intacto, que muera casi sin darse cuenta, un tiro de gracia le hará morir con dignidad y sin humillaciones innecesarias.

La muerte del cuerpo en el campo de las penas, gracias a su ingreso en nuevas relaciones de poder y de saber, lejos de ser suprimida al tomarse en consideración cierto respeto por la subjetividad, es hecha existir como algo que no debe durar más que un instante, instante inhumano pero eficaz, pues evita todo tipo de encarnizamiento calculado por adelantado o prolongado sobre el cadáver. No hay dulzura en el amo que venga a reemplazar su rudeza, pero sí hay exactitud, pues impera la idea del golpe justo, no ya en un lugar que afecte el cuerpo, sino más bien la vida.

La ciencia ya no le permite al legislador aplazar la muerte del condenado por interrupciones calculadas y los derechos humanos objetan que le sea multiplicada al infinito buscando un plus innecesario y absurdo, o que se reduzca el ánimo de hacer justicia al ardor de una venganza que no se ocultaba. En lugar de darle muerte al cuerpo innumerables veces, tal como sucedía en el horizonte del suplicio, se pasa a privar de la vida

<sup>12</sup> Ibid



al condenado, cuestión que se obtiene de un solo golpe. Este dominio de la exactitud priva al ejecutor del castigo de la satisfacción de un sadismo desmesurado que, en el tiempo del suplicio, se amparaba en la legalidad, pero al mismo tiempo lo habilita para, en un momento no muy lejano, objetivar al delincuente al igual que los delitos.

La muerte instantánea inaugura una forma inédita de inhumanidad, que consiste en una desobjetivación del acto homicida. La muerte sin emoción, en quien la provoca, sin contacto entre ejecutante y ejecutado, reducida al instante de un relámpago, es una muerte aplicada por un relojero escrupuloso. El que mata de acuerdo con el tiempo de la ciencia y de la producción, tiempo en donde la subjetividad del ejecutante debe intervenir lo menos posible sin importar en nombre de qué lo haga, se acoge a lo denominado por Foucault, en Vigilar y castigar,<sup>13</sup> como el deseo formal de la ley, que es un deseo sin sujeto porque se pone al servicio de hacer del ser humano algo inédito.

¿Qué desea formalmente una ley al ordenar la muerte sin transgredir los presupuestos modernos de la ciencia con respecto al acto? Borrar al sujeto decretando la simple privación de la vida. El legislador moderno desea que la muerte sea un acto mecánico, una misión cumplida con el máximo de eficacia y en el menor tiempo posible; es una muerte inscrita en el máximo de rendimiento, que suceda casi sin tocar el cuerpo y en ella pierda su protagonismo ingrato. Se pide no intervenga la pasión de la venganza, sino el deber de cumplir a cabalidad el acto encomendado. Apenas se

localice el objetivo, el golpe certero que lo derribe deberá asestarse.

Lo que el ingreso de la ciencia opone a la espectacularidad emotiva del suplicio, en donde el supuesto criminal era un compuesto de cuerpo y alma, y el pueblo esencialmente mirada festiva que contemplaba el despedazamiento del primero, es la sobriedad infalible de la pena de muerte, esa cirugía que da la impresión de no producir sensación corporal alguna. En tal sentido, la guillotina, objeto que en un momento determinado caía invariable de la misma manera, suprimiendo la vida tal como la prisión quita la libertad, o una multa descuenta bienes, es un procedimiento ajustado a la nueva orientación tecnológica de la muerte, orientación a la que los nazis se acomodaron en el siglo XX de modo preciso con sus procedimientos de exterminio de los judíos.

La lógica de la reducción del suplicio en Occidente, de la condena civil de las muertes innecesarias, se va extendiendo como un principio ético de la muerte legal.

La muerte como suplicio del cuerpo era una muerte en la que primaban las consideraciones técnicas sobre las consideraciones éticas. El despotismo del legislador se disimulaba con la exposición técnica de los hechos que conducían hacia la atrocidad de la expiación, la cual constituía un punto calculado de comunicación entre la falta y el castigo. Ahora ese despotismo se disimula, por ejemplo, en la

---

<sup>13</sup> Ibid

guerra, diciendo que si hubo una muerte no planeada se debió a un error humano de cálculo, a un accidente lamentable, a las circunstancias del conflicto, al descaro del enemigo que empleó la población civil como escudo. Si, por el contrario, la muerte producida se planeó porque el golpe cayó justo sobre el enemigo, habrá felicitaciones por la eficacia de la operación, aunque el hecho sea el mismo.

Con la sustitución de las técnicas de la muerte del cuerpo por una ética referida al hecho de quitar la vida sin ensañarse en la carne, se establece una comunicación menos íntima entre falta y castigo. Entre éste y la verdad, la relación pasa a ser de consecuencia legítima y no de continuidad violenta; entre tanto, la venganza no es bienvenida, debe ser disimulada, pues ya no se tolera que induzca al legislador a castigar al culpable con un crimen mayor. El único fruto del castigo dejará de ser su carácter ejemplar basado en el terror captado por la mirada del espectador, pues se trata de darle al legislador el estatuto de un ser que se mantiene “inocente de la pena que inflige”.<sup>14</sup>

Digamos que quitar la vida se mantiene como un objetivo de la pena cuando el delito atenta contra el poder establecido, o es considerado abominable, pero cambia la lógica que subyace al acto penal. La exhibición, la fiesta y el castigo dejan de estar tan íntimamente entrelazados, hecho que sin duda incide sobre la atrocidad exigida como elemento de expiación, atrocidad que poco a poco se va volviendo

repugnante a la mirada del espectador del teatro del suplicio.

Que hacia comienzos del siglo XIX la mirada ya no se regocije más con las ceremonias del suplicio sino vigilando a los individuos, implica que en el acto legal de causar la muerte se tenga en cuenta, en el sentenciado, el honor de ser humano y se valore la sobriedad y lo instantáneo sobre “el espectáculo del poder cayendo sobre el culpable”.<sup>15</sup> Un velo conviene a la lógica legislativa de hoy; de esto hace parte la emergencia de la prisión concebida “como una de las penas posibles, ya sea como condición que hace posible el trabajo forzado, o bien como pena de talión para quienes han atentado contra la libertad de los demás”.<sup>16</sup>

En tanto la prisión tiende a constituirse como forma general del castigo, se configura, al igual que otros modelos punitivos, con base en dispositivos en los cuales cierta medida de sufrimiento constituye su esencia. En el tiempo de la prisión, el culpable es sometido a una condición de encierro que mantenga a la sociedad a salvo de su peligrosidad. La privación de la libertad ha de constituir una respuesta rápida e inevitable, de manera “que las ventajas esperadas por el infractor”<sup>17</sup> queden casi automáticamente anuladas.

<sup>14</sup> *Ibid.*, p.61.

<sup>15</sup> *Ibid.*, p.62.

<sup>16</sup> Michel Foucault, *La vida de los hombres infames*, Madrid, La Piqueta, 1990, p. 57.

<sup>17</sup> *Ibid.*, p. 56.



El éxito de la prisión en el siglo XIX se debe a que se convirtió en una de las formas de castigo más eficaces y dolorosas desde el punto de vista psicológico, pues no sólo se constituye en la privación de un derecho tan fundamental como la libertad de movimiento, sino que también priva al sujeto de su identidad social, de los vínculos que lo acreditaban como ciudadano. La prisión ofrecía la ventaja de reducir el beneficio del delito a la mínima expresión y de mantener la comunidad a salvo del infractor; por eso se convirtió en una forma general del castigo.

La prisión opera como un lugar donde el sometimiento al que sigue condenado el cuerpo se oculta; su afección pasa de la plaza pública a ser ocultada entre paredes, donde la opinión pública no se entere, a no ser que por alguna contingencia ello se denuncie y se ponga ante una mirada externa, por ejemplo, la del defensor de los derechos humanos, figura que emerge en la contemporaneidad como un elemento de control del amo legislador. Entre las cosas demandadas por un defensor de los derechos al legislador de nuestro tiempo, se cuenta una referida a la prisión: que cumpla el papel de ponerse al servicio de la recuperación moral y social del infractor, tal como se estableció desde el siglo XIX.

Foucault puntúa, en *Vigilar y castigar*,<sup>18</sup> la dificultad histórica para mantener el castigo por fuera de una acción sobre el cuerpo. Es cierto que, formalmente, desde que el castigo deja de estar centrado en el suplicio, el cuerpo mortificado deja de ser el pregonero de la condena festiva del culpable. Pero

aunque en lugar de la mortificación que purifica el alma, se introduzca como objeto la pérdida de un bien o de un derecho, se conserva en el sistema penal una histórica obsesión por afectar el cuerpo del condenado. Foucault no deja escapar este detalle al señalar que el dolor no ha dejado nunca de estar presente en el horizonte del castigo; pero en lugar de fundamento de la pena, se ha vuelto suplemento. En el mundo de los derechos, se espera de la ley que tenga en cuenta la obligación moral y legal de tratar humanamente a quien la ha quebrantado.

Así como la justicia del suplicio se autorizaba a tratar inhumanamente a quien se pusiera por fuera de la ley imperante porque lo esencial era aplicar un castigo ejemplar, la justicia de lo que Foucault llama una penalidad calculada deberá poner por encima del ejemplo el respetuoso nombre de humanidad, significativo a partir del cual se definirá en el derecho moderno el mínimo de la pena. El significativo humanidad, que trae consigo diversas reglas que exigen suavidad y dulcificación se convierte así en un regulador del exceso al cual se tiende cuando se detenta un poder tan complicado como el de aplicar la ley; por eso, en las democracias participativas se le invoca como principio de indulgencia, o de moderación exigida a quienes poseen el derecho a castigar.

El sujeto acogido por la práctica penal moderna es un individuo jurídico con biografía, razón moral, voluntad derechos y deberes; uno que, no por ser malhechor,

---

<sup>18</sup> . Foucault, *Vigilar y castigar*, Op. cit.

no por actuar sobre otros, merece se le castigue sin tener en cuenta la noción de humanidad. Esta noción se convierte en un principio que debe tenerse en cuenta dentro de la economía del castigo, pues así se compruebe históricamente la introducción de un no al cuerpo como objeto de la penalidad, queda un resto destructivo que se manifiesta cada vez que el individuo es objetivado al quedar inmerso en una relación de poder. Si los derechos humanos le exigen al legislador moderno no excederse con la aplicación de la ley, si le recuerdan permanentemente que el culpable es un ser humano afectado por la sociedad, es porque la experiencia histórica demuestra que allí donde se establecen relaciones de dominación, algo muy íntimo alentará al dominante a hacer sufrir a quien dependa de sus decisiones.

Ha de tenerse en cuenta que la tentación de aprovecharse del otro indefenso no es algo que particularice la experiencia del delincuente con su víctima, ni del legislador con el delincuente cuando ha sido declarado culpable; es algo propio de la experiencia humana y atraviesa el plano de las relaciones del sujeto. Es por tener en cuenta esta premisa que la referencia al poder del legislador no evoca a la persona concreta que legisla, sino al significante legislador. Alrededor de este significante, históricamente se han anudado diversas experiencias en las que se pone en juego lo mejor y lo peor del poder, lo legítimo y lo más ilegítimo; por eso, la noción humanidad no deja de ser invocada cada que se tiene que cumplir con el deber de castigar.

Uno de los efectos más importantes del ingreso de la subjetividad en la práctica penal es la exclusión legal del aspecto sacrificial y festivo de la práctica del castigo. Se elimina la tortura como forma de obtener la verdad y se exige no tocar el cuerpo con rudeza, porque esta acción es opuesta a los ideales del humanismo. No se soportan más los gritos de dolor del reo, porque no se cree ya que el ejemplo, como réplica del crimen, sea la mejor manera de prevenirlo y, en cambio, sí de tomar venganza. Técnicas médicas y psicológicas de revelación de la verdad sustituyen a la tecnología de los martirios.

La historia de la evolución del discurso penal a partir del reconocimiento del sujeto como individuo portador de una biografía no define nuestra empresa, pero formarnos una idea de ese movimiento e indagar sobre sus resortes epistémicos, nos ha dado bases para introducir nuestro punto de vista sobre la dialéctica de la relación significante legislador-legislado y dolor-castigo. Nos pareció importante, para el propósito que nos guía, seguirle la huella a la evolución de esa dialéctica, apreciar qué transformaciones se producen, advertir cómo ingresa la subjetividad en ese movimiento y en qué medida mantiene su vigencia.

Para desarrollar lo que sucede con el imperio del dolor en la lógica del castigo, hemos ido introduciendo, pero todavía de manera muy larvada, la idea de un sujeto en el que nos interesa resaltar el complicado aspecto de la satisfacción humana. Es por esta vía que nos vamos orientando del individuo racional de la experiencia jurídica hacia un sujeto para quien su experiencia comporta

grandes paradojas en el plano del obrar. En este plano, Freud nos indica que nadie renuncia gustoso a una satisfacción alguna vez obtenida. Las huellas objetivas de esta satisfacción en la que se persevera, las hemos seguido orientados por la relación vigilancia-castigo.

Un elemento importante para el ingreso de la subjetividad en el discurso penal y que sirve de apoyo a la consiguiente ideología humanista que se inaugura bajo la forma de un no al daño de la carne mediante el castigo, es la incredulidad masiva que en el siglo XVIII se extendió en Europa como signo del ocaso del Dios cristiano, ocaso que, a juicio de Lucien Febvre,<sup>19</sup> se había inaugurado desde el siglo XVI con las dudas testimoniadas por Rabelais acerca de la inmortalidad del alma. La ciencia radicaliza tales dudas y así contribuye a desmontar la idea de que los dolores en la tierra valen como penitencia que ayuda a la salvación del alma en el más allá, perdiendo así la intervención del poder un argumento mítico para, ignorando la noción de humanidad, camuflar el exceso pulsional. Ya el ejemplo no ha de poder incidir sobre el criminal en potencia mediante el estruendo del suplicio aplicado al inculpado en el ceremonial que rodea su muerte, sino que remite al crimen.

Desmontado el apoyo que proporcionaba el uso caprichoso del concepto Dios, uso evidenciado en el Antiguo régimen, en el cual todo martirio se imponía en su nombre y ello bastaba para que lo más absurdo tuviera sentido y fiera objeto de una valoración positiva, el castigo cambia

de estatuto. Se buscará que no mire tanto hacia el pasado, sino hacia el presente y el porvenir. Cuando se pasa del cuerpo que puede alojar cualquier castigo a nombre de Dios, al individuo racional con presente y porvenir e inmerso en relaciones interpersonales, dejará de ser esencial para el sistema penal armar una representación que plasme a los ojos del observador una réplica del crimen cometido. Importa más un escenario semiológico en donde no se trata de mostrar, sino de dar a leer —de manera cifrada— lo que implica socialmente la violación de un pacto y la utilidad de un castigo que tiene en cuenta los efectos.

#### BIBLIOGRAFÍA

- BAJTIN Mijail, La Cultura popular en la Edad Media y el Renacimiento, Madrid, Alianza, 1987.
- BECCARIA César, De los delitos y las penas, Barcelona, Altaya, 1994.
- CARRARA Francesco, Programa de derecho criminal, Vol. 1, Bogotá, Temis, 2002.
- DOSTOYEVSKI Fedor, Crimen y castigo, Barcelona, Círculo de lectores, 1969.
- FEBVRE Lucien, El problema de la incredulidad en el siglo XVI, Madrid, Akal, 1990.
- FOUCAULT Michel, La vida de los hombres infames, Madrid, La Piqueta, 1990.

<sup>19</sup> Lucien Febvre, El problema de la incredulidad en el siglo XVI Madrid, Akal, 1990.

- \_\_\_\_, Vigilar y castigar, México, Siglo XXI, 1976.
- FREUD, Sigmund La indagación forense en el psicoanálisis, En: Obras completas, Vol. 2, Madrid, Biblioteca nueva, 1996.
- LACAN Jacques, Introducción teórica a las funciones del psicoanálisis en criminología, En: Escritos 1, México, Siglo XXI, 1975.
- MONTESQUIEU, Del espíritu de las leyes, Tomos 1 y 2, Buenos Aires, Orbis, 1984



*Revista* **CRITERIOS**

---



Fecha de recepción: julio 3 de 2009

Fecha de aprobación: agosto 4 de 2009

## Colonia

Por: **Carlos Petit**Universidad Onubense (España)<sup>1</sup>

cpetit@ono.com

### RESUMEN

El artículo aborda diversas acepciones del término Colonia, iniciando por su significado como territorios y poblaciones sujetas a una metrópoli, o como formas de privación de la libertad, hasta entenderla como “una red descriptiva de múltiples experiencias de poder, susceptibles de análisis con arreglo a significados, en el fondo, bastante homogéneos”. El autor centra su reflexión en torno al sentido más jurídico del colonialismo.

### PALABRAS CLAVE

colonia, colonialismo, protección, trabajo, familia.

### ABSTRACT

The article discusses various meanings of the term Colonia, starting with its meaning as territories and populations subject to a metropolis, or deprivation of liberty, to understand it as “a network of multiple experiences of descriptive power, subject to analysis under meanings, deep, fairly homogeneous. “The author focuses reflection on the legal sense of colonialism.

### KEY WORDS

colony, colonialism, protection, work, family.

Colonia es un término antiquísimo dotado de notable ambigüedad que, usado sin interrupción en múltiples lenguas europeas desde hace muchos siglos, ha sumado sentidos, ha encontrado nuevos significados siempre en contra de su mejor entendimiento. Sin tener que remontarnos mucho más de cien años, los textos más diversos mencionan, por ejemplo, *colonias africanas* pertenecientes a metrópolis europeas, *colonias industriales* donde la vida y el trabajo productivo comparten espacio y régimen, *colonias infantiles* que ofrecen una sana vida educativa a muchachos pobres o ignoran-

<sup>1</sup> Proyecto de investigación nº BJU 2000-1174 (Ministerio español de Ciencia y Tecnología). Reproduzco, con mínimas reelaboraciones y unas cuantas notas, el texto de mi intervención en el encuentro sobre *Le colonie penali nell'Europa dell'Ottocento* (Porto Torres, 25 de mayo 2001).



tes... En este encuentro el amigo Mario Da Passano nos convoca para tratar una de las acepciones del término-concepto de referencia, ciertamente no la más desconocida: las dichas *colonias penales* que, vinculadas como se sabe a los tópicos 'humanitarios' nacidos con la Ilustración, conocieron en la Europa *fin de siècle* su momento de gloria.

Una derivación más del viejo vocablo latino, no exenta a su vez de ambigüedades.<sup>2</sup> Venimos a Porto Torres (Cerdeña), a dos pasos de la Asinara, hermosa y triste, para discutir si es o era lo mismo una *colonia penal* que una *colonia penitenciaria*, si la *colonización penal* fue y debía ser tanto *interna* como *ultramarina*, si la tal colonización se entendía como pena (así, en ordenamientos que conocieran formas de deportación) o, más bien, si había de ser una simple modalidad de ejecución de penas privativas de libertad, a veces combinadas legalmente con los trabajos forzados, a veces relacionadas ideológicamente con la reinserción social del condenado como fin recién descubierto en el castigo y puesto, gracias a un determinado régimen laboral, al alcance de su propia mano. Importantes cuestiones dogmáticas y terminológicas que cualquiera podría fácilmente multiplicar si no fuera porque esas pocas, ya enunciadas, bastan para indicarnos que la ambigüedad del género *colonia* aumenta con nuestro argumento actual, pero también se arrastra a su especie *penal* o *penitenciaria*.

Se diría que el concepto es *constitutivamente* confuso.<sup>3</sup> Sin embargo, prefiero entender que *colonia* actúa como centro de una red descriptiva de múltiples experien-

cias de poder, susceptibles de análisis con arreglo a significados, en el fondo, bastante homogéneos.

Homogénea morfológicamente es la persistencia del vocablo en cualquiera de las lenguas europeas.<sup>4</sup> En aquella latina, que provisionalmente podemos situar al comienzo de la pequeña historia que nos concierne, *colonia* presenta tres principales sentidos: (1) asentamiento de población en un lugar determinado, puesto así en explotación (*coloniam deducere-condere-mittere*), (2) agrupación de animales gregarios, (3) tierras objetos de explotación directa por un cultivador. Se trata de un sustantivo construido a partir de *colo* (arc. *quolo*), un verbo cuya riqueza semántica pusieron de relieve los gramáticos; de hecho, en los ejemplos escolares *colo* comparece siempre que conviene exponer un buen caso de anfibología (Prisc. gramm. II 404,1: "sunt alia, quae una voce et una coniugatione diversas tamen

<sup>2</sup> Y basta jugar un momento con *Internet* para encontramos que, fuera de cuanto ahora interesa, *Penal Colony* es un grupo de rock-n'-roll y una ópera recentísima (2000) de Philip Glass, basada en el relato homónimo de Franz Kafka (*In der Strafkolonie*, 1920).

<sup>3</sup> Aun limitados a la acepción ultramarina que promete el título, puede ser instructivo consultar Julius Hatschek – Karl Strupp (Hrg.), *Wörterbuch des Völkerrechts und der Diplomatie*, I, Berlin-Leipzig, Walter de Gruyter, 1924, s.v. *Kolonien* (von Kirchenheim), pp. 648-653, con su arranque de perplejidades ante significados diversos, arrastrados por la historia y triunfantes en el momento de desarrollo de unas 'ciencias sociales' que convocan a los más variopintos expertos al análisis colonial (cf. por ejemplo ibd. p. 648: "so-mit ist der Begriff, besonders unter den Nationalökonomien, sehr streitig;" aunque finalmente se define la colonia "im Rechtssinne... ein Ansiedlungsgebiet, das in staatsrechtlicher Verbindung zum Mutterlande steht... Wesentlich ist der rechtlichen und politische Zusammenhang und dass ein und dieselbe Staatsgewalt herrscht," p. 650).

<sup>4</sup> Cf. *Thesaurus linguae latinae*, III, Lipsiae, Teubner, 1907, s.v. *colonia*, cols. 1698-1704.

habent significatione, ut... *colo* quoque pro *diligio* et *habito* et *aro* accipitur"). Y así, *colo* se emplea en latín por cultivar la tierra o ejercer algún cuidado ("se ipsum curare"), pero también por honrar a un mayor (y así decía Isidoro, *Etym.* 10, 53, que los *clientes* eran llamados *colentes*, "a colendis patronis"); en este último sentido *colo* se aproxima a *tueri*, a *alere*, a *regere*, a *adiuvare*.

Cuidado de personas y cuidado de tierras, en resumen, como significados principales de un verbo cargado de sentidos. En el lenguaje institucional romano-vulgar y en los siglos medios aquellos parecen fundirse, en la medida en que la inevitable decadencia del régimen municipal romano hizo desaparecer la acepción de *colonus* como *decurio* o *municeps* para hacer de *colonus* tan sólo el cultivador (cf. *Cod.* 5,6,8: "coloni, id est conductores") pero también el dependiente de un *dominus-patronus* (*Cod.* 1,2,14 pr: "in... praediis colonos vel mancipia constituta... ad quamcumque transferre personam").<sup>5</sup>

A los efectos de esta historia mínima de una palabra cabe añadir que el uso jurídico-público representado por el *coloniām deducere* fue recuperado en el momento humanista; esto es, cuando los emergentes 'estados modernos' conocieron una primera expansión ultramarina.<sup>6</sup> Por eso pasó a ser el sentido principal del vocablo *colonia* en los también nacientes diccionarios de lenguas nacionales – varias entre ellas derivadas del latín a partir de una remota 'historia colonial' protagonizada por Roma;<sup>7</sup> el rumbo feudal-agrario del término, sin embargo, no fue borrado por completo,<sup>8</sup> manteniéndose presente en el universo de

relaciones campesinas con una toponimia que levanta acta del régimen de explotación característico de una zona y, a su vez, puede servir para precisar un sentido 'alto' o clásico de *colonia* que convenía perfectamente a las europeas en ultramar:

(1) "población ó término de tierra que se ha poblado de gente estrangera, trahida de la ciudad capital" –para la que se utilizaba, como sabemos, una palabra del lenguaje eclesiástico, *metropolis*, relativo a la dignidad arzobispal– "ú de otra parte" (*Diccionario de Autoridades*, 1729).

<sup>5</sup> Cf. además [Charles Du Fresne] sieur Du Cange, *Glossarium mediae et infimae latinitatis* (1883-1887), II, Graz, Akad. Druck- und Verlagsanstalt, rep. 1954, s.v. *colonus*, pp. 414-416.

<sup>6</sup> Ahora bien, en el caso de la experiencia castellano-indiana fue excepcional el término 'colonia,' que sólo aparece utilizado (me limito por supuesto a los grandes textos dictados para la gobernación americana) en las famosas *Ordenanzas de nuevo descubrimiento y nueva población* (1573), con su alcance clásico (cf. Ord. 44 y 46: "república formada por vía de colonia").

<sup>7</sup> Y así Sebastián de Covarrubias, *Tesoro de la lengua castellana o española*, Madrid, Luis Sánchez, 1611 (rep. Martín de Riquer, Barcelona, Horta, 1943), s.v. *colonia* (fol. 224 v): "también se llamavan colonias las que pobladas de sus antiguos moradores les avía el pueblo romano dado los privilegios de tales... En España huvo muchos pueblos que fueron colonias de romanos."

<sup>8</sup> Cf. Stephanus Daoyz, *Iuris civilis septimus tomus, continens absolutissimum iudicem et summam omnium, quae continentur tam in textu, quam in glossa totius iuris civilis maxima distinctione contextum...* I, Venetis, Ap. Bernardum Iuntam, Io. Bapt. Ciotum et Socios, 1610, s.v. *colonia*, p. 189: "colonia dicitur ager colono locatus dicta a colendo; vnde et coloni dicuntur, qui proprie sunt alienos agros numis colentes idest pecuniam pensionem praestantes, in quo est vera locatio, qui vero partem fructum in pensionem pendunt non pecuniam dicuntur partiarum coloni, quae pensatio colonarium dici potest." Y así, más adelante y en romance, en el primer *Diccionario de la Real Academia Española*, 1780, s.v. *colono*: "el labrador que cultiva y labra alguna heredad por arrendamiento y vive en ella."

(2) “A company of people transplanted into a remote province, in order to cultivate and inhabit it” (*Encyclopedia Britannica*, 1771).

En lo que hace al castellano normativo, que es la lengua que me toca de cerca, la definición de *colonia* en el sentido más jurídico propio del *colonialismo* –un vocablo que tarda en acceder al *Diccionario* oficial (ed. 1970)– se ofrece como acepción tercera sólo desde 1884; vale decir, cuando ya ha sido o está a punto de ser convocada la famosa conferencia de Berlín que decidió la suerte internacional del Estado libre del Congo – pero también cuando se pone en marcha la colonia penal de la Asinara: “país o territorio más o menos distante de la nación que le hizo suyo, y ordinariamente regido por leyes especiales.” Si esta última precisión relativa al ordenamiento particular de la colonia encierra, en mi opinión, toda la carga semántica ‘agro-feudal’ de nuestro término, ahora conviene advertir que esos años del fin de siglo conocen la extensión metafórica del vocablo renaciente, que enriquece otra vez sus múltiples usos: *colonia* sirve ahora para dar nombre al asentamiento obrero en una instalación industrial, dotada de habitaciones anejas a los edificios de talleres, lo mismo que para designar establecimientos penales con fines reformativos y aún agrupaciones estacionales de niños, que pasan sus vacaciones en un medio natural adecuado.<sup>9</sup> Si dejamos aparte la colonización penal externa, donde confluyen la dinámica imperialista europea con los objetivos de la colonización penal (así en *New South Wales*, con su recorrido ejemplar desde *penal colony* hasta *rule of law*, según estudió no hace mucho David

Neal), las tres especies recogidas responden a un común denominador –heredero de viejas claves semánticas– referido a unas pocas ideas-fuerza:

- (I) la línea primera que recorre y empalma los textos se sitúa en la noción de *protección*, según la cual se controla, domina o disciplina una población penal, obrera o ultramarina que sea al objeto de *protegerla*, esto es, *educarla*. Desde esta perspectiva, *colo* ha precipitado como *tuere* y *alere*, pero también se presenta cargado de sentido filantrópico (*colo* como *diligere*) en un ejercicio de poder que reclama continuamente compromisos amorosos con el educando/dominado;
- (II) en lógica derivación, pendientes de tal vocación educativa, los mil y un diversos discursos coloniales presentan una peculiar relación con la *naturaleza*, socorrida fuente de enseñanzas... pero también cuna de hermosas y muy conocidas metáforas: del ‘libro de la naturaleza’ que comunica a su lector conocimientos inagotables y un recto orden moral nos hablan, por ejemplo, los reglamentos españoles dictados a principios de siglo para fomentar las colonias escolares,<sup>10</sup>

<sup>9</sup> Cf. Ignasi Terradas i Saborit, *La qüestió de les colònies industrials. L'exemple de L'Ametlla de Merola*, Manresa, Centre d'Estudis del Gabès, 1994; últimamente Jordi Clua i Mercadal, *Les colònies industrials*, Sant Cugat (Barcelona), Amelia Romero editora, 2001.

<sup>10</sup> Real Orden de 26 de julio de 1892, fomento de las colonias escolares para “mejorar las condiciones de los niños en el orden moral e intelectual, desarrollando sus facultades que constituyen la esencia de la dignidad humana y enriqueciendo sus conocimientos con los que el libro abierto de la naturaleza recrea y educa fácilmente, mediante la hábil dirección de un buen maestro... respirar el aire puro... huyendo del malsano de las grandes poblaciones... vivificar el alma de las tiernas criaturas... para contrarrestar los funestos resultados de los malos ejemplos y de las malas costumbres de las grandes poblaciones” (preámbulo).

pero el contacto físico de los presos con la naturaleza en la colonia penal es uno de los motivos de las normas penitenciarias, que ensalzan los efectos benéficos del aire libre. Ahora bien, la Europa que asiste convencida al nacimiento de la colonización penal es, además, la tierra de los científicos que relacionan continuamente, en un juego malabar con lo natural y la naturaleza, los pueblos dichos ‘naturales’ (primitivos, salvajes: *Naturvölker vs. Kulturvölker*, en la elocuente terminología antropológica alemana), que son los habitantes de los dominios tropicales, con esa otra especie de primitivos, que son los criminales o los peligrosos atávicos, los salvajes-naturales existentes dentro de la misma patria, que conviene entonces someter al régimen de vida y de educación del súbdito colonial: unos y otros deben, compulsivamente, aprender a vivir civilizadamente; es decir, a convivir en sociedad. (Y persiguiendo estas conexiones llegaríamos hacia la ingente literatura criminológica producida en torno a los tatuajes que marcan la piel de los reclusos – una prueba tangible de condición *naturalmente* primitiva<sup>11</sup>; pero acaso llegaríamos también hasta textos de gran relevancia cultural, como aquel famoso ensayo sobre *Tótem y tabú* [1913] donde el imaginativo sabio de la Berggasse, nº 19 [Wien IX] demostraría que determinadas patologías mentales sólo pueden descifrarse desde el relato etnográfico de supersticiones naturalistas; en general, ese posible, apasionante recorrido nos conduce a las reflexiones de juristas e higienistas del fin de siglo en torno a los barrios miserables de la ciudad moderna – una verdadera *dipolis* donde coexisten, como pueden, la

civilización del Dr. Jekyll y el salvajismo de Mr. Hyde);

(III) la cadena conceptual protección/educación/naturaleza sería incompleta si no añadimos, como tercera idea, otro término-concepto omnipresente en los variopintos textos coloniales. Me refiero al *trabajo*, un clásico instrumento para educar, aunque no fuese por otra razón que su feliz y doble condición, todavía a finales del siglo XIX, de medio humanísimo de expiación de culpas (*Gen.* 3,19: “in sudore vultus tui vesceris pane, donec revertaris in terram de qua sumptus es: quia pulvis es et in pulverem reverteris”) y de título originario de acceso a la propiedad, lo que constituye como se sabe la base de toda vida civil (John Locke, *II Treatise*, n. 27: “though the Earth, and all inferior Creatures be common to all Men, yet every Man has a *Property* in his own *Person*... The *Labour* of his Body, and the *Work* of his Hands, we may say, are properly his. Whatsoever then he removes out of the State that Nature hath provided, and left it in, he hath mixed his *Labour* with, and joyned to it something that is his own, and thereby makes it his *Property*... For this *Labour* being the unquestionable property of the Labourer, no Man but he can have a right to what that is once joyned to”). Examinados los textos desde semejante perspectiva, toda regulación colonial es disciplina laboral: disciplina de difusión y control de un trabajo que educa al recluso,

<sup>11</sup> Cf. Cesare Lombroso, “Sul tatuaggio in Italia, in specie fra i delinquenti” (1874), ahora en Cesare Lombroso, *Delitto genio follia. Scritti scelti*, Torino, Bollati Boringhieri, 1995, 426 ss. Pero la obra lombrosiana declina continuamente el motivo del primitivismo de los criminales (cf. ibd. p. 560, fragmentos procedentes del *Uomo delinquente*, ed. 1884).



poniéndolo en contacto con la naturaleza;<sup>12</sup> que inculca en el indígena la civilización de que carece;

(IV) Protección/educación y trabajo como referentes principales que otorgan sentido a los textos del momento colonial, ultramarino o penitenciario que fueran. Mas estas líneas convergen hacia otra, en rigor, el protagonista auténtico de nuestros discursos. Me refiero a la *familia*, ámbito tradicional de relaciones de poder sin límites jurídicos claros (más exactamente, carentes de esta clase de limitaciones), donde predominan valores tuitivos y materialmente se ejecuta el trabajo.<sup>13</sup> Así, parece claro que el ideal de la colonia penal se cifra en una convivencia bajo régimen familiar.<sup>14</sup> No tengo ahora presente las posibilidades de sistemas que conocieron la deportación, tan permeables al mantenimiento de relaciones familiares mediante el asentamiento en la colonia externa del penado con su grupo doméstico de origen;<sup>15</sup> se trata de que la colonia penal reproduce una vida en familia, con reclusos llamados *pupilos*, así bajo la tutela de un personal de asistencia y vigilancia transido de vocación educativa; por eso no estará de más recordar que la familia es una viejísima estructura donde el castigo, consustancial al poder paterno, siempre se encuentra imbuido de amor (*diligere*) y así dotado con un alcance que conduce más lejos de la simple retribución.<sup>16</sup> Que la colonización infantil aportaría un subrogado temporal de la familia a cargo de un Estado amoroso, es argumento protagonista en las normas y los textos producidos por esta clase de experiencia asistencial.<sup>17</sup> Y en lo que hace a la colonización ultramarina, las metáforas familiares son tan numerosas, que cualquiera puede

localizarlas sin esfuerzo en unos textos que racionalizan la relación entre las colonias tropicales y los estados metropolitanos precisamente sobre la filación existente entre aquellas y sus madres-patrias europeas.<sup>18</sup>

<sup>12</sup> Como ejemplo tomado del derecho español, cf. Real Decreto de 20 de noviembre de 1911, sobre compañías o destacamentos de forzados a obras públicas del Estado.

<sup>13</sup> Me viene muy bien recordar en este punto la posible etimología de *colo* a partir de la raíz sánscrita *kula*, esto es, precisamente *familia*: cf. Aegidius Forcellini, *Totius latinitatis lexicon* (ed. Furlanetto – De Vit), II, Prati, typis Aldinianis, 1859, s.v. *colo*, pp. 280-281.

<sup>14</sup> Por ejemplo, el Real Decreto de 6 de mayo de 1907, al crear la colonia penal de El Dueso en Santoña (Santader), ordenaba en su art. 10 que “los edificios para el tercer grado [*h.e.* el llamado grado expansivo, según el art. 7 “con arreglo a la fórmula del trabajo al aire libre”] perderán los caracteres más determinantes de la prisión y se aproximarán al tipo de la casa, y el régimen que en ellos ha de seguirse, al de la familia...” Sobre la modélica colonia para menores de Studziewicz, en la Polonia rusa (1871), oportunamente dividida en ‘familias’ compuestas por diez y seis ‘alumnos’ en cohabitación y bajo el control de un ‘padre de familia,’ leo interesantes informaciones en *Digesto italiano*, ca. 1899-1900, s.v. *colonia penale*, pp. 685-726 (Francesco Carfora), p. 702.

<sup>15</sup> Sin llegar a ponerse nunca a efecto, en derecho español un Real Decreto de 26 de enero 1889 creó una colonia penitenciaria en Mindanao (Filipinas), previéndose el asentamiento del preso acompañado de su familia.

<sup>16</sup> Siempre a título de ejemplo, cf. Antonio Santoriello, “L’isola di Pianosa e la nascita delle colonie agricole penali nell’Italia liberale (1860-1889),” en Luciano Martone (ed.), *Giustizia penale e ordine in Italia tra Otto e Novecento*, Napoli, Istituto Universitario Orientale di Napoli, 1996, 63-93, particularmente pp. 79 ss. sobre los amplísimos poderes (paternales) del director en lo relativo a cultivos y a disciplina del establecimiento, al salario del condenado, a una dieta alimenticia fijada con precisión...

<sup>17</sup> Y una circular de 15 de febrero de 1894, con “Observaciones a los rectores de Universidades e inspectores generales de Enseñanza, sobre el carácter y sentido de las Colonias escolares de vacaciones” presentaba esta institución (en un estupendo castellano) como “obra esencialmente pedagógica y de higiene preventiva a favor de los niños débiles de las escuelas públicas; de los más pobres entre los más débiles y de los más necesitados entre los más pobres, pues su fin primordial es, ante todo y sobre todo, procurar la salud por medio del ejercicio natural en pleno campo, por la limpieza, el buen alimento y la alegría.”

<sup>18</sup> Testimonios de época en Romeo Vuoli, “Il rapporto tra la metropoli e le colonie,” en *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, III: *Diritto internazionale. Diritto coloniale. Diritto corporativo*, Padova, Cedem, 1940-XVIII,

La exención tradicional de la familia en relación con el derecho –la distinción entre cultura doméstica y orden jurídico, si se prefiere,- justifica en mi opinión que los textos utilicen el lenguaje de las instituciones familiares cuando conviene tratar cuestiones ‘periféricas,’; esto es, colocadas a un paso de los bordes, incluso abiertamente fuera de las claves principales (igualdad, libertad, subjetividad individual) del derecho moderno, ya fuera el régimen interno de la colonia penal o industrial, ya fuera la vida institucional en una colonia exótica. Y todo apunta a entender, especialmente tratándose de la última, que el mundo de la familia ha permitido hablar jurídicamente a un ‘Estado de derecho’ que sólo nos parece tal, dentro de los límites, estrechos, de su exiguo territorio europeo.

---

265-288; historiografía contemporánea en Carlos Petit, “Detrimentum rei publicae. Constitución de España en Guinea,” en José M<sup>o</sup> Inurrategui – José M<sup>o</sup> Portillo (eds.), *Constitución en España: orígenes y destinos*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1998, 425-509, pp. 470 ss.



*Revista* **CRITERIOS**

---



Fecha de recepción: julio 9 de 2009

Fecha de aprobación: agosto 4 de 2009

# Crimen Ambiental

## Breves Comentarios

Por: **Aline Cristina Nogueira de Freitas**

Comisaria de la Policía Civil de Protección Ambiental de Bahía – Brasil

Especialista en Medio Ambiente y Patrimonio Histórico por la Guardia Civil de España

Maestranda en Ciencia Jurídica por la Universidad Internacional de Andalucía (España)

[alinecn@ig.com.br](mailto:alinecn@ig.com.br)

### RESUMEN

Este ensayo habla de la responsabilidad del hombre en relación con la naturaleza y la importancia de preservar el medio ambiente con acciones preventivas y educación ambiental para el bien de toda la humanidad.

### PALABRAS CLAVE

medio ambiente, responsabilidad ambiental, acciones preventivas, educación ambiental.

### ABSTRACT

That test speaks of the responsibility of the man in relation to nature and of the importance of preserving environment with preventive actions and environmental education for the good of all humanity.

### KEY WORDS

environment, ambient responsibility, injunctions, environment education.

*“No sabemos para dónde vamos, pero sabemos que estamos yendo muy rápido”. Latarjet*

*“Habrá un día en que un crimen contra un animal será un crimen contra la humanidad”. Leonardo da Vinci*

El hombre, al contrario de otras especies de habitantes de este planeta, construyó su jornada y transformó su entorno, determinando su propio destino. Esa transformación trajo beneficios incalculables, junta-



mente a problemas extremos y responsabilidades muchas veces no asumidas.

Entre estas responsabilidades, se destaca el propio medio en que vivimos, como condición a nuestra supervivencia. En este camino, la expresión **medio ambiente** fue utilizada por primera vez por un biólogo pionero ecologista Jakob Von Uexküll, en 1909, levantando la “bandera” de la Ecología y alertando para los riesgos de la utilización desordenada y desequilibrada de las riquezas naturales.

Los pioneros ecologistas que abrieron las fronteras de la protección ambiental enfrentaron problemas más grandes que nosotros; por eso nuestro compromiso con la sociedad y con la naturaleza es mayor, pues tenemos más recursos y conocimientos para hacer ambientalismo conciente y desarrollo sustentable efectivo. En otras palabras, la sustentación requiere la protección de las diversas formas de vida y el reconocimiento de que diversas especies forman un rol esencial en el mantenimiento de los procesos ecológicos como un todo armónico, en perfecta sintonía con la Madre Naturaleza.

Estamos, desde hace milenios, solamente retirando de la naturaleza. Debemos abandonar el papel de villanos y asumir la misión de protectores del medio ambiente.

El primer paso importante a nivel mundial para una protección al medio ambiente, se dio en Estocolmo - Suecia, en 1972, cuando la ONU organizó la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente,

llevando a los países participantes a generar una mayor conciencia para el problema ecológico que ya había ultrapasado las fronteras.

En 1992, la Conferencia Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo, más conocida como ECO – 92, en Rio de Janeiro – Brasil, dio un importante impulso a las cuestiones ambientales, principalmente con relación a la educación, seguridad alimentar y desafío urbano, destacando temas como el impacto en los derechos nacionales e internacionales, e incentivando la adecuación de las legislaciones como imprescindibles para garantizar la preservación ambiental mundial, apuntando directrices y metas para la satisfacción de los deseos más profundos del hombre.

En este prisma, la Constitución Federal Brasileña, promulgada el 5 de octubre de 1988, en su artículo 225, reza: “todos tienen derecho al medio ambiente ecológicamente equilibrado, bien de uso común del pueblo y esencial a la saludable cualidad de vida, imponiéndose al poder público y a la colectividad, el deber de defenderlo y preservarlo para las presentes y futuras generaciones”.

En Brasil, la educación ambiental tiene sede constitucional, § 1º, VI, artículo 225, estableciendo como obligación del Estado su promoción como una de las formas de preservación de la naturaleza, pues es el medio más eficaz y económico de evitarse daños al medio ambiente. El principio de la prevención es el principio básico de pro-

tección de la naturaleza, porque habla del presente pero visando el futuro, enseñando a las generaciones que están por llegar un medio de convivir, trabajar y ganar dinero sin destruir el medio en el que viven.

La Constitución Brasileña también tuvo la preocupación de establecer el principio del poluyente-pagador, para que todo aquel que explore los recursos ambientales o practique conductas y actividades lesivas al medio ambiente, cumpla sanciones penales y administrativas, bien sea recuperando los daños causados, restituyendo el ambiente a la forma anterior o pagando el perjuicio.

En el párrafo tercero del mismo artículo 225 de nuestra Ley Mayor, se establece que no sólo las personas físicas, sino también las jurídicas, están sujetas a sanciones penales por daños causados al medio ambiente, lo cual trae una innovación al sistema jurídico, representando un avance para el derecho mundial y una extraordinaria herramienta para el combate al crimen ambiental.

Siglos de olvido de los países tienen que ser recuperados con la implantación de un nuevo modelo de crecimiento económico que tenga en vista las cuestiones ambientales. Los compromisos asumidos en acuerdos internacionales sobre medio ambiente deben ser tenidos en cuenta, promoviendo prácticas sostenibles de desarrollo.

La prevención anunciada por la Carta Magna Brasileña depende de la implementación de mecanismos eficaces para la defensa del medio ambiente. Los efectos de

la sanción contenidos en el sistema actual son de poca eficacia, pues se sanciona el no cumplimiento de las normas, limitando la reparación a un valor tarifado de acuerdo al daño generado; además de fijar adicionales de inexpressivo efecto intimidador.

En ese contexto, la información debe ser uno de los principales enfoques para la formación de una cultura ambiental con visión especial a la población que vive en las áreas más lejanas como en las forestas, divulgando las metodologías eficientes de manejo y promoción de sustentación. ¡Este objetivo debe ser claro!

El desarrollo tecnológico generó el aumento de la degradación ambiental del suelo, del aire y del agua por el uso indiscriminado de productos químicos. Esto ha causado grandes daños a los animales, a las plantas y al propio hombre, llegando a este instante crítico en el que el avance tecnológico debe ser repensado para garantizar su propia sustentación.

Es imperativa la búsqueda de tecnologías alternativas y de un movimiento social siempre en lucha. Sólo así podemos construir una sociedad sostenible, sobre el papel de la educación ambiental como instrumento de reflexión acerca del tipo de desarrollo que queremos para el futuro de la humanidad.

La educación ambiental es una forma de educación que exige la participación efectiva de los ciudadanos en las discusiones de los problemas, haciendo una alianza entre



la naturaleza y el hombre, estimulando y fortaleciendo la participación social.

Como resultado de esta educación, tenemos un sinnúmero de alternativas para hacer un desarrollo sostenible. Como ejemplo, Brasil planta un árbol llamado “aroeira”, perteneciente a la flora endémica, que queda lista para el corte en cinco años, se recompone con facilidad y genera menos costo y más rendimiento económico para el productor, sin necesidad de devastar la foresta. Otro ejemplo, es la producción de papel hecho del tronco y del follaje del plátano, que es un árbol increíble, pues se aprovecha todo lo que produce, trayendo renta al hombre del campo sin poluir ni degradar.

No se puede olvidar, todavía, la cuestión del turismo ecológico que contribuye inmensamente para la reducción de la degradación ambiental, confiriendo a los propietarios rurales una rentabilidad inmediata y, más aún, una garantía de rentabilidad futura.

Por otro lado, en cuestión de educación ambiental, no podemos olvidarnos de las poblaciones de los grandes centros urbanos, porque es ahí donde vive la gran parte de las personas del mundo y donde empezó la enorme degradación existente hoy, cuando aún eran pequeñas ciudades.

“El desafío está en superar el abismo que va de la normatividad hasta la efectividad, equipando a los comandos del Estado con eficacia social concreta, al lado de la eficacia jurídica que se agota en el abstracto mundo de las normas”, como profirió el Prof. Dr. João José Sady, en la Revista del

Abogado de São Paulo, nº. 82, 2005, página 68.

En este sendero, ¿estaremos nosotros, autoridades constituidas por el Estado de Derecho, quien nos colocó en esa condición para que celásemos por el bien común, por la armonía social y por los bienes naturales, realmente responsabilizándonos por proteger el derecho de todos?

Hablamos así, pues pensamos en el medio ambiente como verdadero derecho de los seres vivos, al aire puro, a aguas limpias, al respeto a la naturaleza y a la vida.

Debemos a las generaciones venideras el derecho de compartir el patrimonio y la herencia de la tierra; toda generación, como protectora de las futuras generaciones tiene el deber de prevenir daños irreversibles o irreparables para la vida en la tierra, la libertad y la dignidad humanas.

Es, por tanto, responsabilidad suprema de toda generación mantener una vigilia constante y un levantamiento cautelar de los disturbios tecnológicos y de las modificaciones que afectan a la vida en la tierra, el equilibrio de la naturaleza y la evolución de la humanidad, para proteger los derechos de las futuras generaciones.

Evidentemente que la vida de los seres humanos es de máxima y primordial importancia - no hay que cuestionar lo obvio - pero si no preservamos el medio ambiente equilibrado, estaremos amenazando nuestra propia vida, pues con cada especie que desaparece del Planeta Tierra (Gaya), se

quebra la cadena natural, se rompe en consecuencia un eslabón y se extingue una parte de la propia historia de la humanidad.

Mucho se discute sobre preservación ambiental, pero poco se transforma en acción efectiva. La educación ambiental surge con la finalidad de reintegrar al hombre al complejo ecosistema en el que vive. Para eso son necesarios cambios, sobretodo en las diferentes formas de pensar y actuar, individual y colectivamente.

En un país de dimensiones continentales como Brasil y, con un elevado índice de personas analfabetas, la educación ambiental no formal tiene un papel primordial, sobretodo en las áreas cerca de las forestas vírgenes y casi vírgenes, donde las comunidades locales poseen una educación formal deficitaria. Se hace necesaria una unión de esfuerzos de las instituciones vueltas al medio ambiente y una política educacional gubernamental que se integre a los otros sistemas de educación. Precisamos llevar información y tecnología para esas personas, para que puedan desarrollarse en su propio ambiente, pero evitándose la degradación.

La Ley de los Crímenes Ambientales de Brasil - Ley N° 9.605/98 y Decreto 3.179/99 - también conocida como Ley de la Vida, nos dio un instrumento importante de combate a las transgresiones ambientales, pero para su eficacia, necesitamos ejecutarla en plenitud, imponiendo el respeto al medio ambiente ecológicamente equilibrado.

Así, cabe a cada autoridad, sea Comisario de Policía, Juez, Promotor de Justicia o cualquier otra autoridad relacionada con el área ambiental, dentro de su respectiva capacidad, observar y hacer cumplir la ley para que se disminuya el número creciente de atrocidades cometidas contra la flora y la fauna brasileña y mundial. Para esto, son necesarios, primordialmente, cursos de concientización y capacitación de policías, fiscales ambientales y demás autoridades, las cuales deben estar siempre al frente de cualquier tipo de combate, como formadores de opinión, propagando una cultura ambiental y, al mismo tiempo, reprimiendo desmanes, cuando sea necesario.

Ese combate es arduo, pues la propia población, la mayoría de las veces, boicotea nuestro trabajo, principalmente en el interior y en las comunidades rurales, debido a la costumbre y a otros factores locales. Muchos no tienen idea de que cuando matan a un animal - exceptuándose las necesidades extremas de alimentación - o incendian una foresta, están interfiriendo irresponsablemente en la biota y cometiendo un crimen posible de prisión. Siendo así, se hace necesario todavía, que las autoridades locales hagan charlas educativas y cobren el cumplimiento de los esclarecimientos sobre la ley. Para eso necesitan estar capacitados; sólo así sabrán cómo actuar en esas situaciones, ejecutar la ley y generar un bien útil a la sociedad donde trabajan y a la humanidad en general.

Tenemos medios para eso y podemos hacer acciones prioritarias. Como ejemplo



próximo: combatir la exploración inmoderada de madera en la Selva Atlántica y en los diversos biomas existentes en el mundo, desarrollar un proyecto de educación a través de charlas educativas de esclarecimiento, hacer una demostración del crecimiento económico con el proyecto de desarrollo sostenible, en un primer momento, y combatiendo efectivamente el transporte de maderas en autopistas, en un segundo momento. Desarrollar acciones directas y seguras para el combate al tráfico de animales salvajes en autopistas, devolver animales a su hábitat natural, establecer objetivos para licenciar policías especialistas en el combate al crimen ambiental e integrar sociedades colectivas de protección ambiental.

La sociedad siempre será la beneficiaria principal, porque a ella está predestinado el ambiente ecológicamente equilibrado y en segundo plano, la Policía y las instituciones envueltas en la defensa del medio ambiente, ya que deben lograr éxito en sus atribuciones ambientales con la mayor eficacia. Finalmente, todas las instituciones gubernamentales y no gubernamentales, porque la eficiencia y las metas alcanzadas servirán de ejemplo y estímulo para las otras.

Este compromiso gana mayor relevancia en las regiones mundiales que aún poseen selvas ricas en biodiversidad, como es el caso de Brasil, que es más conocido como “El Pulmón del Mundo”.

El trabajo debe ser realizado como un sistema integrado, como lo es, la propia

naturaleza. Así, la educación ambiental no puede estar dissociada de otras acciones preventivas, como tampoco de las represivas, bajo pena de tornarse inocua y caer en el descrédito.

Apenas para ilustrar y dar una idea mínima de la importancia del equilibrio ambiental, se estima que en escala global, más del 80% de las especies vegetales y más del 75% de las plantas agrícolas, dependen de animales para la polinización.

Las autoridades ambientales internacionales alertan que el tráfico de animales mueve entre diez y veinte millones de dólares por todo el mundo (Webster apud Webb, 2001), siendo el tercer mayor negocio ilícito del planeta, apenas atrás del tráfico de estupefacientes y de armas. Se estima también que Brasil colabora con este tráfico con cerca de 5% a 15% de este total (Rocha, 1995; Lopes, 2000).

Tenemos que pensar macro, pues la globalización nos dejó muy próximos: lo que sucede al otro lado del mundo hoy, nos afecta aquí y en todos los sitios; por lo tanto no podemos perder tiempo con discursos vacíos. Tenemos que iniciar una efectiva educación ambiental a las autoridades, a los policías y a la población en general.

La policía tiene un papel importante en el combate con los crímenes ambientales, combatiendo la impunidad y encaminando a los infractores para ser procesados por la justicia. Puede actuar cuando conoce la legislación relativa, creando conciencia de que un crimen ambiental debe ser reprimido.

do, tanto como los demás crímenes, evitando la omisión, en el caso de transporte de productos forestales, exigiendo la documentación de autorización, prendiendo al infractor, (no siendo posible la prisión) y haciendo una representación a los órganos competentes, no olvidando, por primordial, la divulgación de la educación ambiental en su día a día. Con esas acciones positivas, estarán cumpliendo el deber de reprimir el crimen y aún estarán colaborando con la preservación ambiental.

La defensa y la protección ambiental es nuestro objetivo como ambientalistas. El derecho y la cualidad de vida saludable es el bien a ser perseguido. La existencia de un futuro para el planeta, nuestra meta.

La Conferencia de las Naciones Unidas sobre medio ambiente, en la declaración de Estocolmo/72, señaló que al hombre era dado el derecho "...de adaptación de las condiciones de vida, en un ambiente de calidad..." (Párrafo 1). La Conferencia de las Naciones Unidas sobre medio ambiente y desarrollo en la declaración de Rio de Janeiro/92, afirmó que los seres humanos "...tienen derecho a una vida saludable" (Párrafo 1).

El Instituto del Derecho Internacional, en la sesión de Estrasburgo, el 4 de septiembre de 1997 ratificó: "a cada ser humano es dado el derecho de vivir en una atmósfera sana".

No es suficiente vivir o conservar la vida. Es exactamente buscar y conseguir la vida, declara el Profesor Paulo Affonso Leme

Machado en su libro, Derecho Ambiental Brasileño, 14ª edición, página 155.

La mayoría de los países adoptó al contexto de sus Constituciones el derecho a una atmósfera sana y a la obligación de conservar y proteger ese ambiente.

El Protocolo Adicional para la Conservación de América por los Derechos Humanos previene, lo siguiente en su artículo 11: "1. Cada persona tiene derecho a vivir en un ambiente próspero y a disponer de los servicios públicos. 2. Los Estados proporcionarán la protección, la preservación y mejoría del ambiente".

Todos los días se descubre nuevos usos para los seres vivos de los bosques; por eso, países e instituciones del mundo decidieron colocar una red de protección, de dimensión planetaria, para la biodiversidad de los animales y las plantas.

En la actualidad, solamente el 3% del área entera de la tierra es reservada para proteger la biodiversidad. En Brasil, la extensión de las áreas destinadas al gobierno federal para la preservación de la naturaleza corresponde únicamente al 3,7% del territorio nacional. A esas áreas se unen varias otras creadas por los gobiernos estatales. Como primer país del mundo en número de especies de animales y plantas, todavía es poco.

Brasil posee aún la mayor reserva global de agua dulce: bien agotable y sustancia esencial para la manutención de la vida en todas sus formas; insumo funda-



mental para la producción económica y para la cualidad de vida. Necesitamos urgentemente proteger esas reservas, principalmente en sus nacientes, sin descuidar la protección de los acuíferos, como el “Acuífero Guaraní”, el más grande de América Latina.

Mientras la tierra sea conocida como “Planeta Agua”, pues tenemos 97,2% de composición acuífera, no podemos usar y abusar, como hacíamos en el pasado. Hoy, las naciones hacen guerra por el petróleo, mañana la harán por el agua.

Otro problema importante, es que algunas personas, sin conciencia ecológica, devastan la tierra, encontrando normal su acción y pensando que eso nunca será castigado. Sin embargo, las leyes brasileñas son severas, pero no existen fiscales suficientes para que las hagan cumplir. Los fiscales ambientales, deben estar concientes y empeñados en cumplir el noble deber de trabajar y proteger la naturaleza.

Todas las instituciones gubernamentales y no gubernamentales concientes y preocupadas con la protección del medio ambiente no pueden estar excluidas de esta red ambientalista del mundo. No se excluyen, cuando fomentan programas de capacitación y desarrollo de sus funcionarios, encaminándolos para los trabajos con la población, debidamente instruidos en asuntos relacionados al medio ambiente y concientes de su deber de educación y protección ambiental.

Hasta que se abra puertas en nuestras mentes, necesitamos parar de reparar daños causados anteriormente y partir para la acción preventiva. Los educadores y operadores del derecho tendrán que ser los primeros en despertar del sueño trágico y promover efectivamente la tutela educacional y jurisdiccional del derecho difuso al medio ambiente.

Podemos sobrevivir como especies, sólo si vivimos bajo las normas de la biosfera. La biosfera tiene lo suficiente para las necesidades de todos, siempre y cuando la economía global respete los límites de la sustentación y de la justicia.

Como expresó el gran escritor, profesor y jurista brasileño, Rui Barbosa: “He abogado muchas causas perdidas, buenas causas, que se vencen después, con el tiempo, cuando no sirven más para glorificar su abogado; pero, aún así, sirven para beneficiar a mis semejantes y es lo que basta”.

De esta forma, seguimos nosotros, abogados de las causas ambientales, educadores del presente, luchando para preservar el futuro de la naturaleza, el futuro de la fauna y la flora mundial, el futuro del planeta y, en consecuencia, el futuro de toda la humanidad.

La educación como función creadora de conciencia ecológica, la capacitación policial como mecanismo de combate a los crímenes ambientales y las charlas educativas a la población, son los verdaderos cimientos para que exista menor necesidad

de represión por parte de la institución policial, de las ONG y de todas las instituciones que tienen como meta primordial la preservación ambiental.

¡Acciones preventivas evitan acciones represivas!

### **BIBLIOGRAFÍA**

- MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*, São Paulo – SP, Brasil, Malheiros Editores, 14ª edición, 2006.
- SADY, João José. *Repensando o Direito Ambiental do Trabalho*, São Paulo – SP, Brasil, Revista do Advogado editada por la Asociación de los Abogados de São Paulo, Año XXV, nº. 82, junho de 2005.
- REIS, Sérgio Nesser Nogueira. *Uma Visão Holística do Direito – Manual Prático para o Jurista do Terceiro Milênio*, Belo Horizonte - MG, Brasil, Nova Alvorada Edições Ltda., 1997.



*Revista* **CRITERIOS**

---



Fecha de recepción: julio 9 de 2009

Fecha de Aprobación: agosto 3 de 2009

## ***El Orden Social***

Por: **Iván Cadavid**

Candidato a Doctor en Filosofía, Universidad de Navarra – España

Abogado, Universidad Cooperativa de Colombia

Licenciado en Filosofía y Teología,

Universidad Mariana

zhefiros@yahoo.com

### **RESUMEN**

Una de las cuestiones que más dificultad causa en la actualidad, luego del entendimiento moderno de la política como un simple ejercicio técnico, es el orden de los elementos sociales sobre los que tiene que recaer la política para recuperar su sentido original y, por medio de ella, alcanzar el bienestar como fin último y definitivo de toda sociedad. En este trabajo y como introducción al curso de Ciencias Políticas que estrenamos en el Programa de Derecho de la Universidad Mariana, se presenta de forma enumerativa y descriptiva esa ordenación de elementos, como presupuesto de profundización de cada uno de ellos en trabajos posteriores.

### **PALABRAS CLAVE**

política, sociedad, hábitat, economía, Derecho, ética, religión.

### **ABSTRACT**

One of the most difficult questions at present, after the modern understanding of the politics as a simple technical exercise, is the order of the social elements on which the policy has to relapse to recover its original sense and, by its means, to reach the well-being as last and definitive purpose of every society. In this work and as an introduction to the Political Sciences course that we release in the Law Program of the Mariana University, the elements ordination appear of numeral and descriptive form, as a budget of deepening of each one of them in later works.

### **KEY WORDS**

politics, society, habitat, economy, Law, ethics, religion.



El fin último de la política es la organización del orden social, lo cual trae una confusión conceptual, pues siempre que hablamos de lo social, es para referirnos al conjunto de personas que habitan un territorio y son regidas por un poder político. Sin embargo, en su sentido más original, la palabra social o sociedad que viene del griego *holiston* traduce “lo separable”, “lo que puede individualizarse”; por lo cual, siempre que hablamos de política, debemos referirnos primero a la vida humana individual, desde donde se despliega el sentido social del hombre y, en consecuencia, la sociedad.

Así pues, hablar de política es hablar de esa doble dimensión de la vida: de la vida individual, y por consiguiente, hablar del OTRO y de las COSAS, ya que la vida por más individual que se pretenda, no puede estar separada; es siempre una alteridad, y como dirá Ortega y Gasset “vivir es vivir con, es convivir”, porque nadie es del todo individual, ni aún estando solo, pues estar solo es estar en ausencia del otro, y por tanto el otro es una condición anterior a toda vida, la cual a su vez, sea cual fuere, está limitada y dirigida por el desear y el tener.

Al respecto dice Aristóteles que *vivir y desear* es lo mismo, pues el hombre tiene un *ánima desiderátum* o *catafisim*, para explicar aquella máxima que dice que “todo hombre por naturaleza desea”<sup>2</sup>. Desear es una categoría volitiva del hombre, pues hacia lo que desea, dirige su voluntad, dado que lo que deseamos devela el ser que somos y el que pretendemos ser, pues nadie desea lo

que está por encima de sí mismo, ya que no puede alcanzarlo.

Kierkegaard decía que quien no desea se aburre y quien se aburre entristece, pues el aburrimiento es una profundidad superficial, o como dirá Rafael Alvira “es la percepción pura del tiempo, pues es un tiempo en el que no pasa nada más que tiempo”<sup>3</sup>. La tristeza es el suicidio de una sociedad, pues como el mismo Aristóteles refiere, la felicidad es el bien supremo de la política<sup>4</sup>.

Desear es querer tener, lo que a su vez, implica un problema ético de bastante profundidad, pues muchos creen que en el tener y en la manera como el hombre tiene, se encuentra la felicidad. Al respecto podemos recordar a los grandes hombres de la Grecia antigua que se habían desprovisto de todo lo que se pudiera tener superficialmente, como el caso de los *akousmáticos* pitagóricos, quienes pensaban que desear no tener, es la medida de la felicidad o, como el caso de Bías de Priene, quien deseando no tener más de lo necesario, ante el interrogante de una mujer en pleno incendio de la ciudad, de por qué él caminaba con tanta tranquilidad

<sup>1</sup> MARÍAS Julián, *Filosofía actual y existencialismo en España, Ortega y la razón vital*. Edit. Revista de Occidente. Madrid. 1955.

<sup>2</sup> ARISTÓTELES, *Metafísica*. Edit. W. M. JAKSON INC. New York. 1973. P 3.

<sup>3</sup> ALVIRA Rafael, *pro scriptum*. Curso académico Máster en Gobierno 2009.

<sup>4</sup> ARISTÓTELES, *Ética Nicomaquea*. Edición bilingüe y traducción de Julián Marias Aguilera y María Araujo. Centro de estudios políticos y constitucionales. Madrid 2002. P. 8

sin intentar salvar nada de lo que se quemaba, mientras todos se desgastaban en esos afanes, contestó: “*omnea meam porto mecum*”<sup>5</sup>; o como Sócrates, quien ante el interrogante de por qué se paseaba siempre por el mercado sin comprar nada, contestó: “es que me fascina ver todo lo que no necesito para ser feliz”; o Diógenes Laercio que le responde a Alejandro Magno cuando le dice *pideme lo que quieras que yo te lo daré*: “sólo deseo una cosa, que te apartes de mí, porque me tapas la luz del sol”<sup>6</sup>, y en fin, tantos ejemplos que podríamos citar respecto del desear tener o, más bien, del desear no tener, aunque en realidad pareciera que algunos de los que citamos y otros tantos, no se han ocupado por desear no tener, sino por algo de mayor envergadura como es el desear no desear, y suprimir así su alma *desiderátum* que, según éstos, es la culpable de todos los problemas individuales y sociales.

En fin: el desear y el tener son vectores de encuentro con el otro, pues siempre se desea lo otro, lo que nos es ajeno, lo que creemos que nos falta para poder ser en plenitud. Por eso cuando el hombre piensa en lo que desea, piensa en lo que le falta para ser feliz y, por ende, una sociedad debe satisfacer en mayor número y en grado máximo los deseos de sus afiliados para garantizar que todos puedan ser felices.

De esta manera el hombre tiene una medida para ingresar en la sociedad, pues si no, no encajaría, ya que ésta es una suma de deseos, en donde cada cual aporta con una cantidad exacta para conservar un equilibrio, a la vez que debe suprimir para sí, todos aquellos deseos que no puedan

hacer parte de lo social pues desequilibrarían ese orden que se busca. Desear y tener adecuadamente es la medida del hombre para ser social.

Sin embargo, vale preguntarse al respecto, si la vida social, así como la vida individual, también tiene una medida, una forma correcta de afrontar su trascendencia, es decir, una forma adecuada de ser lo que debe ser, pues si bien toda sociedad posee una civilización, historia, educación y cultura, debe considerarse que existen diversas maneras de organizarse en cuanto a éstas.

La forma como se ordena una sociedad en el hábitat, la economía, el Derecho, la política, la ética y la religión son el modo para organizar su trascendencia; por eso algunos como Rafael Alvira han decidido llamarles categoriales sociales<sup>7</sup>.

Estos categoriales son en su orden: el **hábitat**, como lugar físico donde nos instalamos, y es, en consecuencia, la medida distributiva de la civilización, es decir, de la *civitas*, de la ciudad. Es lo que comúnmente llamamos la casa. Cada sociedad determina mediante una decisión política los modos de distribuir y adquirir un hábitat o una casa, de modo que en una sociedad organizada debe haber una política de distribución justa y con igual oportunidad de tener casa. En la casa se forma no sólo los hábitos del hombre, sino lo

<sup>5</sup> Lo que quiere decir “todo lo que tengo lo llevo conmigo”.

<sup>6</sup> HISTORIA UNIVERSAL, editorial Planeta. 2005.

<sup>7</sup> Cfr. ALVIRA Rafael, *Filosofía de la vida cotidiana*. Edit. Rialp. Madrid 1999.



interior por excelencia como la inteligencia y la voluntad. Por eso en toda casa debe haber unas normas de comportamiento sagradas e inalterables, que no puedan negociarse y que rijan el destino y la vida de quienes la habitan. En la casa se forma el lenguaje, pues ella implica un lenguaje particular que por su significación difiere de lo convencional, aunque en su sentido genérico denote lo mismo.

El deseo del hombre es organizar su casa, y para organizarla bien y potenciarla al máximo requiere de la **economía**, que en su sentido más puro se define como el “modo de actuar en la casa”<sup>8</sup>, pues su fin, así como el de la política, es el bienestar; y el bienestar, como dice Aristóteles “es la base material de la felicidad”<sup>9</sup>. La economía se organiza según los principios, condición, medio y fin de su quehacer, y de acuerdo a unas funciones básicas, potenciales y terminales. Así las cosas, frente a una función básica y si la condición es la tierra, los principios económicos son los de posesión, distribución y producción, teniendo como medio el trabajo y como fin la supervivencia. Pero en una función más alta como la de potenciación, y si el medio es el dinero y la condición el precio, el principio es ahorrar; si la condición es la escasez, conservando como medio el dinero, el principio será comerciar; y si la condición es el deseo, el principio será invertir, si conservamos como medio el dinero, dado que el fin será el beneficio, siempre que el medio sea el dinero como en los tres casos precedentes, Pero si el principio, en el grado más elevado de la economía como es la función terminal, es consumir, su condición optimar<sup>10</sup> y su me-

dio gastar, tendremos como fin el bienestar que como quedó dicho, es el principio material de la felicidad.

En la economía encontramos dos aspectos que son la propiedad y la posesión; pero para que sea posible la propiedad, es necesario el **Derecho**, pues como refería Santo Tomás, la destinación natural de las cosas no es la propiedad sino el uso; pero para evitar conflictos entre los hombres que están limitados y dirigidos por el desear y el tener, es necesario legitimar la propiedad mediante el Derecho. De este modo el Derecho aparece como una constante necesidad entre los hombres para garantizar la seguridad y, en la medida de la seguridad, la libertad, a diferencia de los conglomerados sociales donde el Derecho ha pasado a ocupar un segundo plano como en el caso de las dictaduras y por consiguiente existe seguridad pero no libertad, y viceversa, en el caso de las anarquías, donde existe libertad pero no seguridad.

El fin último del Derecho, sin importar que sea prudencial o que sea técnico como en nuestro sistema colombiano proveniente de la tradición germana, es el de regular las relaciones sociales; para ello elabora una interpretación jurídica de los hechos de la vida cotidiana, de modo que, como

---

<sup>8</sup> ALVIRA Rafael, *pro scriptum*. Curso académico Máster en Gobierno 2009.

<sup>9</sup> ARISTÓTELES, *Ética Nicomaquea*. Edición bilingüe y traducción de Julián Marías Aguilera y María Araujo. Centro de estudios políticos y constitucionales. Madrid 2002. P. 10

<sup>10</sup> Término utilizado por ALVIRA Rafael, *pro scriptum*. Curso académico Máster en Gobierno 2009.

anota Kelsen, la objetividad en el campo jurídico no es dada por el objeto, sino por su interpretación<sup>11</sup>.

El Derecho siempre hace alusión al pasado pues es consuetudinario, lo que quiere decir que en una sociedad que sabe valorar su historia, son menos las cuestiones que debemos resolver por el Derecho y más las que resolveremos por la costumbre, haciéndose cada vez más prescindible lo jurídico y más necesario lo ético.

El Derecho se aplica en condiciones normales, ya que en excepción se emplea la **Política** - que es anterior al Derecho -, pues antes de decidir qué es jurídico y qué antijurídico en una sociedad, esa sociedad o sus mandatarios, al decidir los fines y el proyecto de vida común de sí misma, deciden qué es bueno y qué no lo es, y esa decisión no es jurídica, como al respecto aclara el mismo Kelsen<sup>12</sup>, sino política. Esto por ejemplo es lo que sucede con el asunto de la soberanía, la cual está fuera del Derecho y es eminentemente política, pues como el mismo Schmitt refiere “es soberano quien decide el estado de excepción”<sup>13</sup>, lo que quiere decir que si bien la excepción es una situación regulada jurídicamente en todas sus circunstancias y que por ende se reputa constitucional, su realidad y su declaración, así como las decisiones que se toma en ella, al margen del Derecho establecido, son políticas, aun cuando sea luego de ese estado de excepción que los órganos judiciales respectivos se pronuncien acerca de su juridicidad.

El primer principio de la política es la búsqueda del poder para gobernar y su máximo beneficio es la convivencia y la paz; para que esto sea posible es necesario que el político se interese por ello, puesto que si bien la sociedad es una suma de deseos o como suelen llamarla en la modernidad, suma de intereses, el gobernante debe ser un hombre de virtud, para no poner sus intereses por encima de los intereses de los demás, y gobernar así, buscando una sociedad que posibilite igualdad de derechos para personas desiguales.

Para formar la virtud es necesaria la **ética**, pues “el bien es aquello a lo que todas las cosas tienden”<sup>14</sup>, por la razón de que todo tiende a estar en su lugar. Por eso el bien en el hombre es, como dijimos, tener y desear adecuadamente. Para ello el hombre forma su carácter por medio de los hábitos repetidos constantemente y que, como dice Aristóteles “por los hábitos unos se convierten en licenciosos e iracundos y otros en mansos y trabajadores”<sup>15</sup>. Cuando esos actos son repetitivos y reiterativos se convierten en costumbres, y las buenas costumbres hacen que un hombre sea virtuoso.

<sup>11</sup> Cfr. KELSEN Hans, *Teoría pura del Derecho*. Edit. Porrúa. México 2002. P. 17

<sup>12</sup> Cfr. *Ibid.* P. 16

<sup>13</sup> SCHMITT Carl, *Estudios políticos*. Edit. Cultura española, trad. Francisco J. Conde. Madrid 1941. P. 23.

<sup>14</sup> ARISTÓTELES, *Ética Nicomaquea*. Edición bilingüe y traducción de Julián Marias Aguilera y María Araujo. Centro de estudios políticos y constitucionales. Madrid 2002. P. 1

<sup>15</sup> *Ibid.* P. 20



La ética tiene como fin la búsqueda de la felicidad, pues “actuar bien y obrar bien es ser feliz”<sup>16</sup>, que es el fin último de una sociedad, por cuanto una sociedad, cualquiera que sea, está pensada por sus afiliados para propiciar un ambiente de felicidad; si no es así, es mejor que esa sociedad se disuelva y que cada ciudadano intente su vida en un orden eminentemente civil.

De este modo, el hombre no necesita de un Estado para vivir, pero sí del encuentro con el otro, que puede hacerse en un orden eminentemente civil y cultural, pues siempre un hombre está unido a otros hombres por un conjunto de usos y costumbres que lo trascienden y lo hermanan y, a su vez, con quienes comparte no sólo cultura, sino también **religión**, entendida ésta en su sentido más amplio, como una explicación acerca del fin de la vida, dado que todo hombre hasta el más vano, se pregunta por la cuestión final y hará como anota Sartre<sup>17</sup> una hipótesis religiosa con la cual afrontar la dureza del tiempo y de la finitud humana.

Cuando el hombre elabora esa hipótesis o ese conjunto de explicaciones o creencias acerca del final de la vida, se convierte en un hombre que no sólo posee hábitos, sino también ritos, de los cuales muchos son teogonías con las cuales elabora y lee el mundo que reinterpreta constantemente desde su forma concreta de vivir.

La explicación acerca del final de la vida es tan necesaria para vivir, como lo es la del curso normal de la existencia que se disuelve en el tiempo, pues sea cual fuere el

destino que le demos a la vida, no puede el hombre permitirse vivir toda su existencia y llegar hasta el lecho último donde el hálito final se desvanece, habiendo aceptado siempre todas las injusticias y todos los abusos con los que unos se ennoblecieron, sólo a partir de la humillación de todos los demás, dejando con esto como consecuencia y destino final, lo que precisamente tratamos aquí de combatir: el desorden social.

---

<sup>16</sup> Ibid. P. 4

<sup>17</sup> SARTRE Jean Paul, *El existencialismo es un humanismo*. Conferencia. Paris 1946



Fecha de recepción: junio 3 de 2009

Fecha de aprobación: agosto 4 de 2009

# Escenarios Para la Deconstrucción en Teoría Jurídica Latinoamericana

Por: **Rolando Víctor Guerrero Tenganán**

Abogado, Universidad de Nariño.

Candidato a Magister en Administración de la Seguridad Social, Universidad Nacional Autónoma de México.

Especialista en Instituciones Jurídicas de la Seguridad Social, Universidad Nacional de Colombia.

Investigador: Grupo Saber Socio jurídico - Currículo y Universidad y Observatorio de Justicia Regional.

Educador en los Programas de Derecho y de Trabajo Social, Universidad Mariana.

victorgue18@yahoo.es

## RESUMEN

En el presente artículo se realiza un análisis de las relaciones de subordinación a las que se encuentran sometidos los procesos de producción teórica-jurídica de los ambientes latinoamericanos respecto de los ambientes teórico jurídicos eurocéntricos y angloamericanos. A partir de dicho análisis se realiza una incorporación de la estrategia de la deconstrucción al panorama de la teoría jurídica, a efectos de proponer una ruta de escape a esta circunstancialidad y verificar que en los ambientes teórico jurídico latinoamericanos, y específicamente en el nariñense, acaecen procesos de creación teórico jurídica, adicionales a los procesos de copia y transmutación.

## PALABRAS CLAVE

Alteridad, descentramiento, deconstrucción, difference, estrategia, fugas, heterogeneidad, lusnaturalismo, luspositivismo, teoría jurídica, filosofía del derecho, mímesis, Misreading, opuestos, binarios, subvertir, pensamiento jurídico.

## ABSTRACT

This paper analyzes the relationship of subordination to which the production processes are subject to legal theory in Latin America regarding the theoretical legal euro centric and Anglo-Americans environments. Bearing in mind this analysis, it is involved a strategy of deconstruction into the panorama of the legal theory in



order to give a solution and verify that theoretical legal jurisdictions in Latin America, and specifically in Nariño Department, occur processes of legal theory, additional to the processes of copying and transmutation.

## KEYWORDS

alterity, decentering, deconstruction, difference, strategy, leak, heterogeneity, natural law, legal positivism, legal theory, legal philosophy, mimesis, Misreading, opposing binaries, subvert, legal thinking.

*“Si un lingüista se acercase y me preguntase: ¿Qué es la deconstrucción?, al igual que Mara Negrón, le asistiría con la siguiente afirmación: más de una lengua! Si un politólogo se acercase y me preguntase: ¿Qué es la deconstrucción?, asistiría a su encuentro con la siguiente afirmación: una forma más radical de humanismo. Si un antropólogo se acercase y me preguntase ¿Qué es la deconstrucción?, le asistiría con la siguiente afirmación: más de una cultura, una transcultura. Si un jurista se acercase y me preguntase: ¿Qué es la deconstrucción?, le asistiría con la siguiente afirmación: subversión para producir una teoría jurídica latinoamericana; finalmente...y si un filósofo me inquiriese frente a las anteriores preguntas y sus respuestas, sabríamos que*

*por fortuna la deconstrucción traduce lo indecible.”*

## 1. INTRODUCCIÓN: UN SINCRÉTICO ABREBOCAS DESTINADO A LA [SUB] VERSIÓN DE LAS ESTRUCTURAS TEÓRICO JURÍDICAS TRADICIONALES.

Durante siglos el monopolio de la producción del conocimiento se ha circunscrito a la territorialidad y a la racionalidad europea y angloamericana. Estos ambientes hermenéuticos se erigen entonces como un escenario monopólico para la construcción de conocimiento válido y de fiel aceptación por parte de la comunidad académica y profesional<sup>1</sup>. Precisamente fue en este marco en donde se dio cabida a uno de los grandes debates teórico-jurídicos de nuestra contemporaneidad; nos referimos al que se vierte en torno a la definición del término “Derecho”. Naturalistas y positivistas sostuvieron una ardua lucha en pos de conceptualizar el derecho, bien sea, en los bordes de la justicia, o tomando como soporte transversal la norma jurídica positiva. Finalmente y por fortuna el debate se clausuró y las teorías positivistas y naturalistas acuden a un reencuentro en el marco del neo-positivismo y el neo-iusnaturalismo.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Alan Touraine a este respecto formula el siguiente interrogante: ¿Y no es acaso en nombre de la razón y de su universalismo como se extendió la dominación del hombre occidental varón, adulto, educado sobre el mundo entero, desde los trabajadores a los pueblos colonizados y desde las mujeres a los niños?. TOURAINE, Alan. (2000). *Crítica de la Modernidad*. Bogotá, Fondo de Cultura Económica, p.p. 10.

<sup>2</sup> Véase. GOYES MORENO, Isabel e HIDALGO OVIEDO, Mónica. (2007). *Principios del derecho laboral: líneas jurisprudenciales*. Pasto, Universidad de Nariño.

Se observa entonces que la dogmática teórico-jurídica reservó un espacio tiempo único para el ejercicio de construcción de conocimiento, y éste corresponde a lo que la modernidad reconoce como “occidente”<sup>3</sup>. La producción de conocimiento en teoría jurídica en ambientes hermenéuticos como el Latinoamericano está relegado del debate internacional. Es normal por ejemplo que en los cursos de teoría del derecho o introducción al derecho se haga énfasis en el estudio de la producción ius-filosófica de connotados juristas como Hans Kelsen<sup>4</sup>, H. L. A Hart<sup>5</sup> o Ronald Dworkin<sup>6</sup>. De hecho, educandos y educadores, jueces, abogados y litigantes, reconocen la autoridad de estas figuras emblemáticas del pensamiento jurídico. En ese orden de ideas, sería pecaminoso y *anti natura* que un abogado del circuito teórico jurídico latinoamericano, inglés, francés o español no hubiese al menos escuchado mencionar a Hans Kelsen en el desarrollo de sus estudios académicos. Lo que no sería pecaminoso, y por el contrario hasta parecería natural, es que un abogado o un estudiante de derecho del circuito teórico jurídico latinoamericano o nariñense, en la prolongación de sus estudios académicos, jamás hubiese escuchado hablar sobre la figura del maestro José Rafael Sañudo, el Pbro. Benjamín Belalcázar o el maestro Leopoldo López Álvarez, para señalar algunos de los juristas ilustres que prohió el departamento de Nariño. En un ejemplo tan simple, el lector tiene la oportunidad de re-significar las lógicas monopólicas de dominación a las que está dispuesta la cultura jurídica latinoamericana en lo que refiere a construcción del conocimiento.

Es más, si atendemos a los estudios tradicionales en Filosofía del Derecho, precisamos que la cultura jurídica de “Occidente” contemplan los procesos teórico-jurídicos acaecidos en los nichos jurídicos latinoamericanos, como *simples copias* y en el mejor de los sucesos, como *productos transmutativos* de la teoría jurídica desarrollada en ambientes hermenéuticos como el europeo o el angloamericano.

Ahora bien, en pos de reivindicar los discursos teórico-jurídicos de culturas históricamente subordinadas y promover la consolidación de una dogmática en pensamiento jurídico nariñense, en el presente artículo se demostrará que en Latinoamérica y en el Complejo Jurídico Nariñense, existieron y se suceden procesos de *Creación y Despliegue Teórico Jurídico*, sin que sea indispensable caracterizarlos como simples copias o productos transmutativos euro—occidentales o angloamericanos. Para tal efecto acometeremos en un ejercicio incorporativista de la estrategia de la deconstrucción al discurso teórico jurídico con el objeto de determinar, identificar, y de igual forma diseminar<sup>7</sup>, la relación de “*opuesto binario cultural y teórico jurídico*”

<sup>3</sup> Occidente: Europa y Norteamérica.

<sup>4</sup> KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho* (1982). Teoría pura del derecho. Mexico, Universidad Nacional Autónoma de México.

<sup>5</sup> HART, Herbert. *Concepto de derecho* (2004). Buenos Aires, Abeledo-Perrot.

<sup>6</sup> DWORKIN, Ronald. (1984). *Los derechos en serio*. Barcelona, Ariel.

<sup>7</sup> La acción de diseminar se refiere acto de des-estructurar, atomizar o fracturar cierto constructo o modelo en un contexto dado.



*DOMINANTE/DOMINADO*” que entre la Europa y la Latinoamérica históricamente se han signado, ello con el objeto de recrear escenarios hermenéuticos en los cuales, las diferentes culturas jurídicas se contemplan en el marco de dinámicas heterogéneas, hospitalarias, altéreas, diversas, complejas y contextuales. Dicho ejercicio se acompañará con el análisis teórico jurídico, de uno de los adalides del pensamiento nariñense, el maestro José Rafael Sañudo Torres y su *“Filosofía del Derecho”*<sup>8</sup>, obra en la cual y acudiendo a una suerte de ejercicio de verificación, se demostrará que en el complejo jurídico nariñense acaecen procesos creativos en teoría jurídica.

## **2. OBJETIVOS ESTRATÉGICOS Y DINÁMICA ORGÁNICA DEL PROYECTO TEÓRICO-JURÍDICO DECONSTRUCCIONISTA.**

A efectos de materializar nuestros objetivos en el marco de lo que denominamos como “estrategia teórico jurídico deconstruccionista”, es dable identificar dos de las principales hermenéuticas teórico jurídicas instauradas hasta el momento para el estudio de los diferentes complejos jurídicos, a saber, *“la teoría pura para el análisis del Derecho”* y la *“teoría impura para el análisis del Derecho, o teoría comparada del derecho, “TeoComp”*.

La primera de ellas tiene su más fiel expositor en la figura de Josef Kunz y su obra *“Filosofía del derecho Latinoamericana en el Siglo XX”*<sup>9</sup>. Para el citado autor, el pensamiento jurídico latinoamericano es una copia-reflejo del pensamiento jurídico euro-occidental. Así entonces, cuando en Europa

entró en auge el pensamiento de la escuela de la exégesis, en Latinoamérica ocurrió lo propio, sólo que en un periodo relativamente más tardío y sin ningún tipo de mutación. El devenir del pensamiento jurídico latinoamericano responde a las mismas lógicas del pensamiento jurídico europeo; es decir, en la “mismidad” del devenir teórico jurídico europeo, encontramos de manera diáfana, la “mismidad” del pensamiento teórico jurídico latinoamericano, de tal manera que la teoría jurídica latinoamericana puede ser concebida como un todo artificial, un disfraz, un germen, una patología, un ente malvado, una degeneración de la filosofía jurídica occidental, una filosofía jurídica pervertida, decadente, corrupta, perversa, ilusoria, siempre muerta y falaz; en tanto que la filosofía europea puede ser apreciada como conjugado de la voz, de la verdad y de la representación de lo central, lo natural, lo privilegiado, puro, inocente y real.

Un segundo tipo de hermenéutica para el análisis del pensamiento jurídico es la inaugurada por el profesor colombiano Diego Eduardo López Medina en su obra *“La Teoría Impura del Derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana”*<sup>10</sup>. En el marco de la teoría impura para el análisis del derecho, la cultura jurídica

<sup>8</sup> SAÑUDO TORRES, José Rafael. *Filosofía del Derecho*. (1928). Pasto, Imprenta Departamental.

<sup>9</sup> KUNZ, Josef L. (1984). *La filosofía del derecho latinoamericana en el siglo XX*. Buenos Aires: Editorial Losada S.A. Biblioteca del Instituto Argentino de Filosofía Jurídica y Social. Traducción de Luis Recaséns Siches. Título en inglés. Latin—American Philosophy of Law in the Twentieth Century, (1950).

<sup>10</sup> LOPEZ MEDINA, Diego Eduardo (2004). *Teoría Impura del Derecho*. Bogotá, D.C., Legis Editores S.A.

latinoamericana no se lleva simplemente en la copia de contenidos teórico jurídicos europeos o angloamericanos; adicionalmente, la cultura jurídica latinoamericana recepciona contenidos teórico jurídicos y los transmuta en una suerte de adecuación a la circunstancialidad y al contexto en donde es dable incorporarla. Considera el profesor Diego Eduardo López que la gran mayoría de los contenidos teórico jurídicos se transplantan desde los “ambientes hermenéuticos ricos” (escenario europeo) hacia los ambientes hermenéuticamente pobres (escenario latinoamericano), y que en dicho *viaje teórico jurídico* se originan mutaciones debido a la tardanza en la recepción de los contenidos teórico jurídicos, los especiales contextos en donde debe adecuarse la teoría jurídica transplantada, o las *missreading*<sup>11</sup> desplegadas por los autores encargados de liderar este tipo de procesos. La lectura de un mismo texto en diferentes realidades contextuales permite la elucidación de dos significantes diferentes, aunque el texto conserve los mismos rasgos escriturales.

Como se observará, las “teorías para el análisis del derecho” descritas y caracterizadas operan bajo un cierto *tradicionalismo*, en el cual el pensamiento teórico jurídico latinoamericano funge, o como un simple receptor de pensamiento jurídico, o como un receptor dispuesto a materializar procesos de transmutación a partir de bloques teórico jurídico europeos o angloamericanos. El presente ejercicio propende por la configuración de marcos *teórico jurídicos emancipatorios* en los cuales, tomando como soporte la estrategia de la deconstrucción,

se reivindican los *despliegues creativos* en teoría jurídica acaecidos al interior de los nichos latinoamericanos. A dicha hermenéutica la rotulamos con el nombre de *Teoría para el análisis de complejos<sup>12</sup> jurídicos Latinoamericanos*.

La teoría para el análisis de complejos jurídicos latinoamericanos contempla, a su vez, cinco órbitas de análisis para el estudio de cada complejo latinoamericano, ejercicio en el cual se probará si los productos teórico jurídicos hacen parte de un proceso de copia, transmutación o despliegue creativo. Los cinco órbitas corresponden, en su orden, al análisis de: (1) *estructura de los contenidos del Derecho*, (2) *estructura del sistema jurídico*, (3) *estructura de las fuentes del derecho o contenidos esenciales del derecho*, (4) *teoría de la interpretación*, (5) *filosofía del derecho* y (6) *fugas gnoseológicas*.

### 3. LA ESTRATEGIA DE LA DECONSTRUCCIÓN.

Se mencionó en el acápite introductorio de este artículo que una de las nociones transversales al ejercicio reivindicatorio de los procesos de creación teórico jurídica en Latinoamérica responde a la incorporación de la estrategia de la deconstrucción. Se dijo igualmente, que la deconstrucción

<sup>11</sup> *Missreading* significa mala lectura, lectura tergiversada o lectura transmutada de un contenido. El profesor Diego Eduardo López Medina retoma este concepto del teórico literario Harold Bloom.

<sup>12</sup> El término “Complejos” se retoma en las lentes del significante otorgado por la profesora colombiana Virginia Gutiérrez de Pineda. Esto de complejos lo tomamos de Virginia. Citar a Virginia. Véase: GUTIERRES DE PINEDA, Virginia. (1997). *La familia en Colombia: trasfondo histórico*. Segunda Edición. Medellín, Universidad de Medellín.

por fortuna traduce lo indecible y escapa a los tradicionales procesos de definición y conceptualización, por cuanto es ese precisamente el paradigma que se intenta fracturar. Basta detenerse un instante en las innumerables líneas del maestro Jacques Derrida<sup>13</sup> para constatarlo.

Ahora bien, como todo ejercicio estratégico, la deconstrucción tiende a re-significarse en una realidad y ello lo hace partir de la relación existente entre opuestos binarios. Los *opuestos binarios, oposiciones jerárquicas* – nominación utilizada por Cristina de Peretti Peñaranda<sup>14</sup> – o “*antagonismos marginales*”<sup>15</sup>, son referidos como aquellas “*entidades ordenadas sistemáticamente o complejos dispuestos en relación jerárquica; respecto de la cual uno de ellos adquiere la calidad de privilegiado; en tanto que el Otro, el opuesto restante, es caracterizado como marginal*”<sup>16</sup>. El opuesto binario privilegiado, naturalmente se dispondrá como centro y epicentro de una contextualidad, en la cual las sistemáticas que difieran de lo dispuesto en su operatividad se marginarán constriéndolas a la temporalidad del olvido.

Específicamente, el debate teórico jurídico está dispuesto a estas lógicas. Latinoamérica funge como opuesto binario dominado, en tanto que occidente en la marcha de su proyecto racionalista se erige como opuesto binario dominado. Europa y Anglo-américa se perciben en un ejercicio creativo, en tanto que Latinoamérica se concibe, incluso así, en una práctica de copia y en el mejor de los casos, en una praxis transmutativa. Ante el panorama descrito, la estrategia de

la deconstrucción propende por la dinamización de contornos *descentralizadores* en los cuales sea permitido configurar “escenarios de lo diverso” a partir un ejercicio realmente conversacional entre los opuestos binarios y NO un ejercicio homogeneizante y de imposición vertical. La estrategia de la deconstrucción se retrata en la alteridad, en la posibilidad de apreciarnos como diferentes, como heterogéneos, y de estructurar diferentes discursos desde la cosmovisión que nuestra contextualidad híbrida<sup>17</sup> y transcultural<sup>18</sup> nos heredó. Deconstruirnos es apreciarnos en *urdimbres* en las cuales cada opuesto se constituya a sí en la ausencia – presencia del Otro.

<sup>13</sup> DERRIDA, Jacques (1995). *Espesros de Marx. El Estado de la Deuda, el Trabajo del duelo y la Nueva Internacional*. Madrid, Editorial Trotta. DERRIDA, Jacques. (1997). *Fuerza de ley. El “Fundamento Místico de la Autoridad”*. Madrid, Editorial Tecnos S.A. DERRIDA, Jacques. (1989). *La deconstrucción en las fronteras de la filosofía*. Barcelona, Editorial Paidós. DERRIDA, Jacques. (1984) *La filosofía como institución*. Barcelona, Ediciones Juan Granica S.A. DERRIDA, Jacques. (1998). *Políticas de la amistad seguido de El oído de Heidegger*. Madrid, Editorial Trotta S.A, Colección Estructuras y Procesos.

<sup>14</sup> DE PERETTI PEÑARANDA, Cristina. (1989). *Jacques Derrida Texto y deconstrucción*. Barcelona, Editorial Anthropos.

<sup>15</sup> Utilizo esta nominación con el objeto de escapar a una relación dual, binaria e inclusive dialéctica. Un centro suele marginar a su opuesto, no obstante lo anterior, la compleja y fractal realidad a la que asistimos nos hace partícipes de una marginalización en la que concursan de múltiples centros y variados opuestos dominados.

<sup>16</sup> DE PERETTI PEÑARANDA, Cristina. Op. Cit. p.p. 31.

<sup>17</sup> GARCÍA CANCLINI, Néstor. (1990). *Culturas híbridas. Estrategias para entrar y salir de la modernidad*. México, Grijalbo.

<sup>18</sup> RAMA, Ángel. (1982). *Transculturación narrativa en América Latina*. México, Siglo Veintiuno Editores S.A.



#### 4. SECUENCIAS ESTRATÉGICAS.

Siendo la deconstrucción una estrategia que pretende alterar un orden de circunstancias dado, se tienen previstas dos etapas en las cuales es dable materializar el proyecto especificado, las cuales corresponden a: 1) *etapa de identificación o caracterización* y 2) *etapa de acción, etapa hiperformativa o solicitadora*.

La etapa de *identificación o caracterización* de una circunstancialidad dada está destinada a evidenciar las relaciones epistemológicas de dominación existentes entre dos o más opuestos binarios. Esta etapa específicamente advierte y alerta sobre: a) *la formación y consolidación de opuestos binarios o antagonismos marginalizadores*; b) *la práctica centralizadora o centrista*; c) *la existencia del opuesto binario privilegiado o centro marginalizador*; d) *la existencia del opuesto binario marginalizado o periferia marginada*.

En el marco de este panorama irrumpen la segunda etapa del proyecto deconstruccionista posicionando “*escenarios de lo posible*” en el marco de un despliegue *hiperformativo y solicitador*. La etapa *hiperformativa o solicitadora* permite: a) *subvertir el orden y el posicionamiento de los opuestos*; b) *posicionar temporariamente al opuesto binario marginalizado como opuesto binario privilegiado*; c) *eliminar la jerarquía centrista*; d) *crear trazas textuales para el libre juego de la difference*<sup>19</sup>.

#### 5. ALTERIDAD LATINOAMERICANA. HACIA UNA NUEVA HERMENÉUTICA TEÓRICO JURÍDICA.

En el marco descrito será entonces necesario indagar en qué medida el pensamiento latinoamericano está dispuesto en relación de subordinación respecto del pensamiento europeo o angloamericano. Tradicionalmente, en lo inmemorial o en lo antitético de aquel 1492, las expresiones culturales, políticas, jurídicas, antropológicas o sociológicas latinoamericanas, son apreciadas por la concepción metafísico—presencial euro—occidental<sup>20</sup>, con las lentes de lo hermenéuticamente pobre o en la retina de lo textualmente débil. Ello se evidencia en la diversidad de escritos canónicos fraguados desde la vertiente europea o el discurrir norteamericano.

En la obra de Antonello de Gerbi<sup>21</sup> se hacen evidentes los constantes improprios dirigidos desde el racionalismo europeo hacia las estructuras culturales latinoamericanas, las cuales se sintetizan esencialmente en cuatro calificativos seminales: *inmadurez, la impotencia, degeneración y*

<sup>19</sup> La *difference* puede ser apreciada desde dos ópticas. En primera instancia alude a la posibilidad de ser diferente, diverso, de diferir en un sistema en el cual se adquiere sentido en tanto elemento de ese sistema. En una segunda instancia la *difference* es percibida como la actividad y acción de postergar, de diferir, de retardar o de reservar para la proximidad de un después nuestra identidad.

<sup>20</sup> Por concepción “metafísico – presencial” se hace referencia a todas aquellas expresiones filosóficas que instituyen un centro dominante y que establece diálogos homogeneizantes respecto de otras cosmovisiones.

<sup>21</sup> GERBI, Antonello. (1960) *La Disputa del Nuevo Mundo. Historia de una Polémica 1750 – 1900*. México, Fondo de Cultura Económica.



corrupción física, geográfica, política y humana. Aquellos calificativos configuran lo que se ha dado en denominar, *teoría general de la inferioridad de las especies americanas*. Sorprende sobremanera que entre los principales exponentes de esta teoría figuren Immanuel Kant, Charles Sécondat Montesquieu, David Hume, François Marie Arouet Voltaire, Francis Bacon, Georg Wihhelm Friedrich Hegel, Cornelio De Pauw, Guillaume Thomas François Raynal, William Robertson, Jean Louis Leclerc Buffon ó Friederich von Schlegel.

Un breve recorrido por la “Teoría general de la inferioridad de las especies latinoamericanas” nos permite encontrar interesantes hallazgos, verbigracia, la realizada por Voltaire, quien considera que la especie indígena americana es “*poco industriosa y en parte [son además,] estúpida*”<sup>22</sup>. América, para el citado filósofo, es el “*mundo al revés ya que las cualidades morales y físicas están invertidas*”<sup>23</sup>. David Hume, en su ensayo *Of National Characters* (1981), y en una dinámica similar, hace referencia a los pueblos americanos con la siguiente insinuación, “*hay alguna razón para pensar que todas las naciones que viven más allá de los círculos polares o entre los trópicos son inferiores al resto de la especie.*”<sup>24</sup>. En Immanuel Kant, al menos se encuentra que en un principio describía a la raza americana aborigen adjetivándola de sensible, sencilla, honrada, digna y enamorada de la libertad; no obstante lo anterior, y para 1775, retoma este debate para caracterizarla como una sub—raza decadente, imperfecta, fría, insensible, sin temperamento, carente de pasiones y poco industriosa, la cual pade-

ce de escasez de alimentos en razón de la ausencia de comunidades organizadas. Para el susodicho filósofo, las razas americanas se encontraban “*en el escalón más bajo de la humanidad*”<sup>25</sup>. Sir Francis Bacon, por su parte, consideraba que la hostilidad del habitat natural americano está ligada a la ocurrencia de un segundo diluvio, al cual denomina *diluvio particular*; y Auguste Comte caracterizaba a las sociedades americanas como comunidades “*voraces, escasamente eróticos, imprevisores, inevitablemente reacias a todo trabajo regular, privados de religión y su vida es profundamente triste*”<sup>26</sup>.

Este sincrético discurrir nos permite asumir en cierto grado conciencia de los arquetipos que direccionan los procesos de construcción de conocimiento en las diferentes disciplinas. En este marco será natural y completamente coherente que nuestros despliegues hermenéuticos o nuestros procesos creativos aún se circunscriban a la órbita de lo hermenéuticamente pobre (o lo textualmente débil) y sean apreciados exclusivamente como simples copias o productos transmutativos del quehacer epistemológico europeo o angloamericano; no de otra manera se lograrían afirmar y consolidar las prospectivas eurocentristas y racionalizantes. El proceso mismo de conquista, colonia y república, se circunscriben

<sup>22</sup> Ibidem. p.p. 41

<sup>23</sup> Ibidem. p.p. 40.

<sup>24</sup> Ibidem. p.p. 33

<sup>25</sup> Ibidem. p.p. 303

<sup>26</sup> Ibidem. p.p. 426

a una dinámica homogeneizadora, jeraquizante y perversamente canónica la cual, se advierte, es proclive a prolongarse en una eterna continuidad. A este respecto conviene retomar las palabras de Antonello de Gerbi cuando manifiesta que: *“juzgar inmadura o degenerada la fauna americana equivalía a proclamar madura y perfecta la del Viejo Mundo, apta para servir de canon y punto de referencia a cualquier otra fauna, de cualquier ángulo del globo. Con Buffon se afirma el europeocentrismo en la nueva ciencia de la naturaleza viva. Y no es ciertamente mera casualidad que esto haya ocurrido en los momentos mismos en que la idea de Europa se estaba haciendo más plena, más concreta y orgullosa.”*<sup>27</sup>

Ahora bien, consideramos pertinente que a la América le es indispensable dinamizar esfuerzos para fracturar dichas lógicas de subordinación epistemológica, las cuales lo caracterizan como una cultura textualmente débil, hermenéuticamente pobre o proclive tan sólo a retratarse con exclusividad en proceso de copia o transmutación. Es imprescindible que nuestra cultura *asuma en conciencia la deriva del propio sujeto*. Con ello deseamos significar la urgencia de que nuestro continente se asuma en aquella calidad heterogénea que le permita *serse* en alteridad con el Otro, ello naturalmente sin negar una historicidad y un pasado que le es inherente y que le es a *yo altéreo*.

Nuestro más perenne propósito se materializa entonces en la necesidad de enfrentar nuestra auténtica existencialidad en una actitud desgarradora, la cual nos

permita crear inductiva y deductivamente los referentes de nuestra historicidad – en este caso de una historicidad teórico jurídica – de un presente y un futuro que cierne sus cimientos en un re-conocimiento y en la búsqueda incesante de nuestra interioridad. Desterrar lo soterrado a través de una postura trans – arqueológica. Develar lo subrepticio en la cotidianidad escriturada y oral de la compleja cotidianidad que *nos es*. Y aunque se tenga como tautológico, *aún no somos lo que nos somos*, y nos es necesario descubrirnos en lo concomitante de los referentes deductivos e inductivos que nos sustentan. Es necesario *pensarnos en nuestra alteridad contextual y en una alteridad contextual que vincule al otro para reconocerlo, y NO, para homogeneizarlo*.

Si bien estamos ligados a la realidad europea medieval, europea moderna, africana, a la sajona – americana y más aún, a una realidad glocalizada, NO podemos ser caracterizados como una simple copia extensiva de lo europeo, de lo africano o de lo sajón. Mucho menos ser examinados y dispuestos como un híbrido o una conjunción yuxtapuesta de los múltiples elementos heredados de esas culturas. Nuestra hibridez no se retrata en ninguna de estas instancias.

Por el contrario, proponemos que por medio de una experiencia *ipseidaica* se posibilite la creación de un *yo altereo*, un *yo – otro* o una *otredad interna*, capaz de producir un *desgarramiento*, el cual nos permita apreciar la inherente circunstan-

<sup>27</sup> Ibidem. p.p. 29



cialidad del *ser latinoamericano*; circunstancialidad que se discurre en la textualidad de una *ciudad transdimensional*<sup>28</sup>, una *ciudad ordenada*, una *ciudad escriturada*, una *ciudad letrada*, una *ciudad politizada*, una *ciudad modernizada*<sup>29</sup> y, finalmente, una ciudad suspendida en un intervalo retrospectivo que paradójicamente *se piensa a sí misma en la diversidad y la complejidad de sus significaciones sociales imaginarias*.<sup>30</sup>

La presente estrategia obviamente se materializará en un largo plazo, y este ejercicio se erige tan sólo como un pequeño y minúsculo esfuerzo. Tan sólo y a través de una praxis en la cual cada uno de los “micro-complejos históricamente subordinados” realicen un análisis de su circunstancialidad propia será posible fundamentalmente: (1) crear la urdiembre textual que nos permita interactuar como realidad cultural al interior de un universo altéreo, heterogéneo y complejo y (2) configurar *entidades referenciales o referentes neurálgicos (una otredad)* que posibiliten apreciar nuestra historicidad, nuestra juridicidad, nuestra antropología, nuestra culturalidad y, en última instancia, nuestra circunstancialidad, con lentes fractales, complejas y profundas, capaces de desgarrar el superficial y encubridor análisis desplegado desde los centros metafísico – presenciales.

## 6. APROXIMACIONES DECONSTRUCCIONISTAS A UNA [ARQUE] TEORÍA DEL DERECHO PARA EL ANÁLISIS DEL PENSAMIENTO JURÍDICO LATINOAMERICANO.

Culminado el proceso de verificación del estado en el cual se encuentran los ambientes hermenéuticos latinoamericanas en el espectro transnacional, y realizada una radiografía de la estrategia de la deconstrucción como ruta de fuga frente a los procesos de subordinación a los que se encuentra dispuesto el pensamiento jurídico latinoamericano, es dable emprender entonces su accionar en el marco de la disciplina del derecho, y específicamente en la órbita de la teoría jurídica.

El objetivo principal de la *Teoría para el análisis de complejos jurídicos Latinoamericanos* se especifica en la necesidad de dejar de percibir cada nicho, cada complejo, cada ambiente, en la órbita de lo hermenéuticamente rico o lo hermenéuticamente pobre, o en los términos de lo canónico y lo periférico. Es necesario subvertir, diseminar o fracturar la sistemática según la cual la Europa, los complejos, y los ambientes hermenéuticos que subyacen a dicho continente, se constituyen como *forma ideal*.

---

<sup>28</sup> Con ciudad transdimensional hago referencia al prácticas organizativas, políticas, filosóficas y antropológicas que antecedieron el proceso de conquista, colonización y pre – modernización.

<sup>29</sup> Véase la digresión analítica realizada por Ángel Rama a este respecto. RAMA, Ángel. *La ciudad letrada*. Primera edición. Hanover: Ediciones del Norte, 1984.

<sup>30</sup> CASTORIADIS, Cornelius. (2002). *Figuras de lo pensable. (Las encrucijadas del laberinto)*. México, Fondo de Cultura Económica.

Dicha subversión se lleva a cabo en dos etapas, las cuales habíamos referenciado como 1) *etapa de identificación o caracterización* y 2) *etapa de acción, etapa hiperformativa o solicitadora*. La etapa de caracterización e identificación se culminó, y el racionalismo desplegado desde “occidente” fue identificado como aquel opuesto binario dominante que subordinaba homogeneizantemente el quehacer de las culturas que éste reconoce como periféricas. Es imprescindible entonces emprender la etapa de acción o etapa hiperformativa o solicitadora.

El primer paso que contempla la estrategia de la deconstrucción en este preciso ámbito es lo que se conoce como *praxis de la tachadura* o *Sous Rature*. Básicamente consiste en tachar o diseminar la relación de opuestos binarios existente entre dos entidades o entre dos complejos culturales. Para el caso que nos convoca la *sous rature* tacharía y diseminaría la relación de jerarquía y de subordinación existente entre las expresiones teórico jurídicas “occidentales” y las expresiones teórico-jurídicas latinoamericanas.

Realizado el proceso de tachadura, considera la estrategia deconstruccionista que es necesario emprender una suerte de reivindicación del opuesto binario dominado respecto al opuesto binario dominante, de tal manera que el *opuesto binario dominado* asuma la calidad de *opuesto binario dominante*, y el *opuesto binario dominante* sea relegado a la calidad de *opuesto binario dominado*.

Ejercitada esta práctica esencialmente política, el ahora opuesto binario dominante, emprenderá la creación “arque-escenarios”, topos o lugares, en los cuales los diferentes opuestos binarios puedan apreciarse en condiciones de heterogeneidad, y sin la presencia de ejercicios de dominación arbitrarios u homegeneizantes. Finalmente, los opuestos binarios dominante y dominado prescindirán de la calidad de tales, y tan sólo se apreciarán como “complejos” dispuestos a establecer ejercicios conversacionales en el marco del libre juego de la *differance* y en el *libre* juego de la mimesis. Cada ambiente entonces dispondrá de un conjugado de bases estructurales sobre las cuales es posible la *Transmutación*; como también, y con especialidad, lo es la *creación en teoría jurídica*.

Lo anterior acarrea el llevarnos a cabo en el re-diseño de las lentes con las cuales apreciamos la complejidad de nuestra existencia, de nuestra presencia o de nuestra no-presencia. Implica, a la par, un re-direccionamiento de la óptica con la cual nos era dado *apreciar* lo europeo, y en ocasiones *menos-precisar* lo propio, de la forma con la cual marginalizamos nuestra *praxis*, y de la manera con la que desconocemos nuestra mismidad y nos *superficializamos*.

En literatura,<sup>31</sup> como en filosofía,<sup>32</sup> en lingüística y actualmente—con los desarrollos

<sup>31</sup> RAMA, Ángel. (1984). Op. Cit..

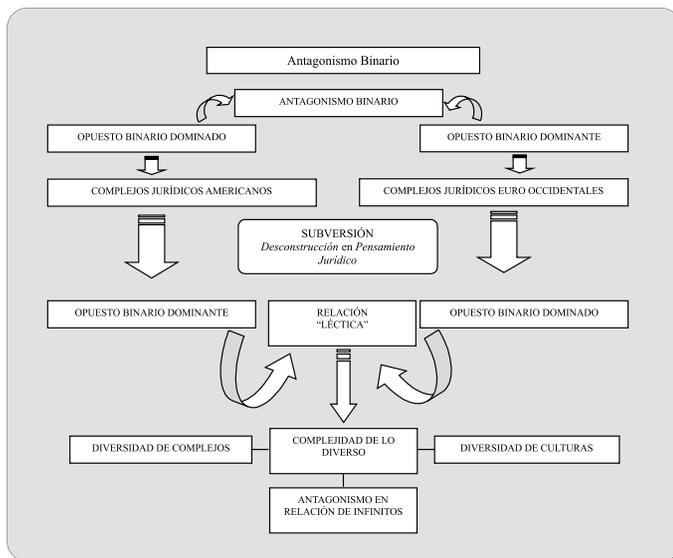
<sup>32</sup> ZEA, Leopoldo. (1980). *La filosofía Latinoamericana como filosofía sin más*. Octava edición. México D.F., Siglo XXI Editores. ZEA, Leopoldo. (1985). *El Problema de la Identidad Latinoamericana*. México, Universidad Nacional y Autónoma de México.



impulsados por el profesor Diego López— en teoría jurídica, nos es dado volver las miradas hacia la complejidad de lo propio y hacia la riqueza de nuestros ambientes; volver nuestras miradas hacia el *circunstancial vientre que nos vio florecer*, y hacia el *circunstancial nicho* que en ocasiones incluso desconocemos.

El deber insoslayable del teórico jurídico actual está dispuesto en el arte de desmascarar, de subvertir, dislocar, solicitar y

deconstruir el *opuesto binario* que visualiza a nuestra complejidad como simple sub— producto reflejo del despliegue europeo-occidental, y apreciarse en la complejidad de lo diverso, en una huella de infinitos que *son* a partir y como condición de un *yo altéreo*, en una léctica infinita que acoge hospitalariamente a una periferia marginal con una heterogeneidad que es indispensable discurra en las ciernes vernáculas de la epistemología jurídica.



Fuente: el autor.

**7. TEXTUALIDAD TEÓRICO JURÍDICA EN EL MAESTRO JOSÉ RAFAEL SAÑUDO TORRES. HUELLAS DISEMINALES PARA UN ACERCAMIENTO AL COMPLEJO JURÍDICO NARIÑENSE**

Finalmente, y como se había planteado en el primer capítulo, la presente elaboración tiene por objeto verificar y hacer un análisis de los procesos de despliegue y creación al interior de las culturas jurídicas carac-

terizadas como opuestos binarios dominados. La estrategia que hemos diseñado en el ámbito específico del estudio teórico jurídico contempla el examen de seis componentes cervicales, los cuales correspon-



den a: : (1) estructura de los contenidos del Derecho, (2) estructura del sistema jurídico, (3) estructura de las fuentes del derecho o contenidos esenciales del derecho, (4) teoría de la interpretación, (5) filosofía del derecho y (6) fugas gnoseológicas.



Imagen 01. Ilustre maestro, Dr. José Rafael Sañudo Torres<sup>33</sup>

Aplicada la anterior hermenéutica, y desde un examen de la obra del doctor José Rafael Sañudo, se palpa con sumaria claridad que el iusnaturalismo del maestro nariñense está provisto de unos aditamentos especiales que alteran los cursos y decursos de la racionalidad iusfilosófica tomista. Si bien los componentes de la Ley Natural en José Rafael Sañudo Torres comportan articulaciones estrechas con la praxis sacra y católica, las lógicas desplegadas desde su teoría

de la expiación permiten que las leyes naturales y las prácticas jurídicas y morales humanas tengan un referente adicional a las prescripciones derivadas del descubrimiento de la ley divina, y ellas son las prescripciones propias de una culpa que, como seres humanos individuales o colectivizados, estamos en la inextricable obligación de purgar. Reiteramos el planteamiento realizado en páginas anteriores al caracterizar al derecho como un *agente expiator* y, a su vez, a la causalidad como *infinita condición de expiación*.

Adicional a lo ya expuesto, las especiales configuraciones del complejo jurídico nariñense permiten encontrar y verificar procesos de despliegue teórico-jurídico complementarios. Así Sañudo, en su título IV,

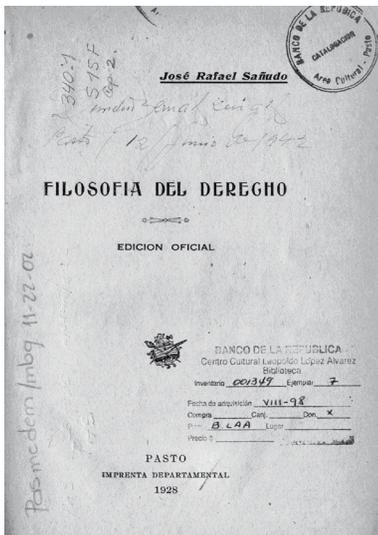


Imagen 02. Filosofía del Derecho<sup>34</sup>

<sup>33</sup> REVISTA MERIDIANO, Órgano de la Facultad de Educación de la Universidad de Nariño., Año 6, Número 17, Director Alberto Quijano Guerrero, Licencia de Publicidad Resolución No 540 de 1967, Pasto, Octubre de 1973.

<sup>34</sup> SAÑUDO TORRES, José Rafael. (1928). *Filosofía del Derecho*, Edición Oficial, Imprenta Departamental, Pasto.

Capítulo I de la Primera Parte, hace un esbozo de los *modos de conocer el Derecho*, y en éste se verifica la presencia de una conjuntiva que se despliega en la dinámica de los principios que orientan a la filosofía escolástica y los principios que direccionan incluso una la reflexión positivo-formalista.

En ese proceso de despliegue creativo, el doctor Sañudo verifica que el derecho no sólo tiene un viso moral y ético derivado de la teoría de la expiación; a éste le suma, visos como el económico y el histórico, ello derivado de los aportes y las reflexiones que el citado ius—filósofo recibió de corrientes como la Escuela Histórica de Savigny y la escuela Pragmática de Bentham.

Será de nuestro conocimiento que la escuela histórica representada por Friederich Karl Von Savigny fundamenta la construcción normativa en la tradición y las prácticas de los pueblos (*volkgeist*). Dicho método para el conocimiento es articulado por el filósofo nariñense en el epicentro conceptual de su teoría de la expiación, lo que nos permitiría en definitiva catalogar la construcción iusfilosófica y teórico jurídica del Maestro Sañudo como un IUSNATURALISMO SACRO EXPIATORIO de carácter FORMALISTA, que no se acopla a la categorización de Josep Kunz o de Diego López, y que amerita una redimensión de los lentes tradicionales con los que se aprecia la historia del pensamiento jurídico latinoamericano.

## 8. COLOFÓN.

Después de navegar por los interregnos epistemológicos de la estrategia de la deconstrucción, la mimesis derridiana, la transculturación literaria latinoamericana, la filosofía como filosofía sin más de Leopoldo Zea, la heterogeneidad, y la migración cultural de Ángel Rama o Cornejo del Polar, los campos del derecho de Pierre Bourdieu, la Teoría Impura del Derecho de Diego Eduardo López Medina, la Filosofía del Derecho en Latinoamérica de Josef Kunz, los grandiosos desarrollos de Norberto Bobbio y Luis Prieto Sanchís y, obviamente, la enciclopédica sabia hermenéutica del maestro José Rafael Sañudo Torres, me es permitido concluir que desde el hermoso y enigmático Sur Nariñense, y desde lo cósmico de la raza latinoamericana, SE DESPLIEGAN PROCESOS CREATIVOS DE PENSAMIENTO JURÍDICO en el marco de la mimesis contextual derridiana.

## 9. BIBLIOGRAFÍA.

- CASTORIADIS, Cornelius. (2002). *Figuras de lo pensable. (Las encrucijadas del laberinto)*. México, Fondo de Cultura Económica.
- DE PERETTI PEÑARANDA, Cristina. (1989). *Jacques Derrida Texto y deconstrucción*. Barcelona, Editorial Anthropos.
- DERRIDA, Jacques (1995). *Espectros de Marx. El Estado de la Deuda, el Trabajo del duelo y la Nueva Internacional*. Madrid, Editorial Trotta.
- DERRIDA, Jacques. (1984) *La filosofía como institución*. Barcelona, Ediciones Juan Grana S.A.

- DERRIDA, Jacques. (1989). *La deconstrucción en las fronteras de la filosofía*. Barcelona, Editorial Paidós.
- DERRIDA, Jacques. (1997). *Fuerza de ley. El "Fundamento Místico de la Autoridad"*. Madrid, Editorial Tecnos S.A.
- DERRIDA, Jacques. (1998). *Políticas de la amistad seguido de El oído de Heidegger*. Madrid, Editorial Trotta S.A, Colección Estructuras y Procesos.
- DWORKIN, Ronald. (1984). *Los derechos en serio*. Barcelona, Ariel.
- GARCÍA CANCLINI, Néstor. (1990). *Culturas híbridas. Estrategias para entrar y salir de la modernidad*. México, Grijalbo.
- GERBI, Antonello. (1960) *La Disputa del Nuevo Mundo. Historia de una Polémica 1750 – 1900*. México, Fondo de Cultura Económica.
- GOYES MORENO, Isabel e HIDALGO OVIEDO, Mónica. (2007). *Principios del derecho laboral: líneas jurisprudenciales*. Pasto, Universidad de Nariño.
- GUTIERRES DE PINEDA, Virginia. (1997). *La familia en Colombia: trasfondo histórico*. Segunda Edición. Medellín, Universidad de Medellín.
- HART, Herbert. *Concepto de derecho* (2004). Buenos Aires, Abeledo-Perrot.
- KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho* (1982). Teoría pura del derecho. Mexico, Universidad Nacional Autónoma de México
- KUNZ, Josef L. (1984). *La filosofía del derecho latinoamericana en el siglo XX*. Buenos Aires: Editorial Losada S.A. Biblioteca del Instituto Argentino de Filosofía Jurídica y Social. Traducción de Luis Recaséns Siches. Título en inglés. Latin—American Philosophy of Law in the Twentieth Century, (1950).
- LOPEZ MEDINA, Diego Eduardo (2004). *Teoría Impura del Derecho*. Bogotá, D.C., Legis Editores S.A.
- RAMA, Ángel. (1982). *Transculturación narrativa en América Latina*. México, Siglo Veintiuno Editores S.A.
- RAMA, Ángel. (1984). *La ciudad letrada*. Hanoover, Ediciones del Norte.
- REVISTA MERIDIANO, Órgano de la Facultad de Educación de la Universidad de Nariño,, Año 6, Número 17, Director Alberto Quijano Guerrero, Licencia de Publicidad Resolución No 540 de 1967, Pasto, Octubre de 1973,
- SAÑUDO TORRES, José Rafael. (1928). *Filosofía del Derecho*, Edición Oficial, Imprenta Departamental, Pasto.
- TOURAINÉ, Alan. (2000). *Crítica de la Modernidad*. Bogotá, Fondo de Cultura Económica.
- ZEA, Leopoldo. (1980). *La filosofía Latinoamericana como filosofía sin más*. Octava edición. México D.F., Siglo XXI Editores.
- ZEA, Leopoldo. (1985). *El Problema de la Identidad Latinoamericana*. México, Universidad Nacional y Autónoma de México.

*Revista* **CRITERIOS**

---



Fecha de recepción: julio 3 de 2009  
 Fecha de aprobación: agosto 4 de 2009

# **Frente a La Violencia Intrafamiliar**

## **La Acción de Tutela Procede y no Procede**

Por: **Mario Fernando Ortega Jurado**  
 Director del Programa de Derecho de la  
 Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales  
 de la Universidad Mariana  
 Abogado, Universidad de Nariño  
 Especialista en Derecho Administrativo,  
 Universidad de Nariño.  
 Especialista en Derecho de familia,  
 Universidad Nacional de Colombia  
 Especialista en Instituciones Jurídicas de la  
 Seguridad Social,  
 Universidad Nacional de Colombia  
 Acreditado como conciliador. Abogado  
 egresado de la Universidad de Nariño  
[mfortega@umariana.edu.co](mailto:mfortega@umariana.edu.co) o [mfoj\\_](mailto:mfoj_profesor@hotmail.com)  
[profesor@hotmail.com](mailto:mfoj_profesor@hotmail.com)

### **RESUMEN**

En el trabajo se analiza todas las sentencias de la Corte Constitucional referentes a la procedencia o improcedencia de la acción de tutela, cuando es interpuesta por uno o varios particulares (víctimas), contra otro particular (agresor) por haber cometido actos de violencia intrafamiliar.

Se acude a la técnica del análisis estático y dinámico del precedente jurisprudencial, teniendo en cuenta la *ratio decidendi* de cada fallo y sus variaciones en la toma de la decisión; se presenta como resultado la gráfica de la línea jurisprudencial evidenciando su evolución en el periodo comprendido entre el año de 1992 (primeras sentencias proferidas por el Alto Tribunal) a 2006 (últimas sentencias proferidas), estableciendo su estado actual y extrayendo las sub-reglas que rigen estos asuntos.

### **PALABRAS CLAVES**

Acción de tutela – Violencia Intrafamiliar – Precedente Jurisprudencial – Ratio Decidendi.

### **ABSTRACT**

They are analyzed all judgments of the Constitutional Court concerning to the appropriateness or inappropriateness of the writ for the protection of constitutional rights, when it is brought by one or more individuals (victims) against another private party (offender) for having committed acts of domestic violence.

This research is supported by the techni-



que of static and dynamic analysis of legal precedent, taking into account the ratio decidendi of each verdict and its variations in the decision; as a result of a graph of the line showing the evolution of jurisprudence in the period from 1992 (first sentences uttered by the High Court), to 2006 (last sentences uttered), establishing its current state and extracting the sub-rules that govern these cases.

### KEY WORDS

Write for the protection of Constitutional Rights, Domestic Violence, Precedents, Ratio Decidendi.

*Merecer la vida no es callar y consentir tantas injusticias repetidas... Es una virtud, es dignidad, y es la actitud de identidad más definida.*

*Eladia Blázquez*

### INTRODUCCIÓN

Con el surgimiento del llamado “Nuevo Derecho”, de la mano con el Neo constitucionalismo y aunado al desarrollo de los DDHH, se ha evidenciado una necesidad ecuménica por proteger los derechos fundamentales, teniendo en cuenta que éstos se presentan como una limitante no sólo al poder estatal, sino también al actuar de los demás particulares a quienes se les exige el respeto por los mismos. Para lograr esta importante meta se ha creado acciones de raigambre administrativa y judicial; lasti-

mosamente la familia es un espacio en el cual se produce un alto grado de vulneración de derechos, cuando se presenta casos de violencia al interior. Sobre el tema se tiene un sinnúmero de estudios desde diversas perspectivas: psicológica, social, sociológica, antropológica, histórica y jurídica.

Con el presente estudio se hace un análisis de las sentencias proferidas por la Corte Constitucional, en lo que respecta a su función de revisión de las decisiones de las acciones de tutela, interpuestas por unos particulares (víctimas de violencia intrafamiliar), contra otros particulares (agresores); se hace relación al total de sentencias revisadas sobre los asuntos abordados por el Alto Tribunal; esto es, trece fallos, sintetizados con la graficación de la línea jurisprudencial frente a un escenario constitucional que involucra derechos fundamentales.

El estudio, en el campo del abogado litigante, es importante para efectos de observar la viabilidad o no, del amparo tutelar, útil para los operarios judiciales al darles una idea clara de cuál es el estado actual del patrón fáctico abordado, e igualmente, relevante para los docentes y educandos del Derecho por ofrecer una clara visión jurisprudencial de un escenario que, lastimosamente, es muy común en nuestras comunidades y familias, y que se hace interesante abordar, para observar el tratamiento jurídico constitucional que se le ha dado.

## METODOLOGÍA DEL ESTUDIO

Análisis dinámico y análisis estático de sentencias; con el primero se puede extraer la sub-regla creada por la Corte Constitucional en el asunto sometido a su conocimiento. La doctrina especializada manifiesta al respecto:

*“El derecho de origen jurisprudencial tiene una característica sobresaliente; su desarrollo se logra de manera lenta y progresiva por cuanto es necesario, para lograr la identificación de la sub-regla vigente en un momento dado (o lo que es lo mismo, para identificar el lugar del “balance constitucional” dentro de dos extremos posibles) hacer un análisis temporal y estructural de varias sentencias relacionadas entre sí.”*<sup>1</sup>

El análisis dinámico del precedente permite establecer una mirada integral y no insular de las sentencias proferidas, de allí su importancia, puesto que orienta con respecto al estado en que se encuentra y cómo ha evolucionado la aplicación del derecho en un escenario constitucional<sup>2</sup> específico.

Por el otro lado, el análisis estático del precedente judicial, se centra en la revisión de cada sentencia proferida por el Tribunal, aplicando la técnica, según la cual es necesario identificar los siguientes ítems:

- La denominación de la sentencia<sup>3</sup>
- Los supuestos fácticos relevantes

- El problema jurídico principal
- La *ratio decidendi*<sup>4</sup>
- La decisión o fallo

De esta forma se extrae, de manera sintética, la esencia de un fallo, para luego poder establecer con las demás sentencias, si siguen o no el patrón fáctico que se desea investigar.

Para el estudio realizado se encontró un total de trece sentencias de la Corte Constitucional, con las cuales se determinó el

<sup>1</sup> LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. El Derecho de los Jueces. Legis Bogotá, segunda edición, sexta reimpresión 2008. Pág. 139.

<sup>2</sup> La teoría de los escenarios constitucionales es definida por el jurista Diego López Medina así: *“Una línea jurisprudencial no puede partir de un concepto muy abstracto, pero tampoco de las particularidades de cada caso concreto. Una línea jurisprudencial se ubica en un nivel medio de abstracción en el que se identifica un patrón fáctico frecuentemente litigado... Estos patrones fácticos son los “escenarios constitucionales”... Un “escenario constitucional” es el patrón fáctico típico (con su correspondiente campo de intereses contrapuesto) en el que la corte ha especificado, mediante sub-reglas el significado concreto de un principio constitucional abstracto.”* Ibídem Pág. 148.

<sup>3</sup> Para el caso de las sentencias de la Corte Constitucional se refiere a las sentencias T (tutela), las C (constitucionalidad) o las SU (sentencias unificadoras o integradoras)

<sup>4</sup> “es ratio aquel argumento que consciente y explícitamente le permite a la Corte llegar a la decisión; el obiter, de otro lado, son argumentos incidentales, secundarios, subdesarrollados o, incluso, meramente sugeridos que no se requiere para la conclusión alcanzada. ... *ratio decidendi* hace referencia a aquellos apartes del fallo que, luego de plena consideración por parte de la Corte sobre el fundamento de las normas acusadas, “guardan unidad de sentido”, “están inescindiblemente unidos”, con el dispositivo o parte resolutoria de la sentencia“ Ibídem Págs. 223 y 224.



escenario constitucional y se construyó la respectiva línea jurisprudencial con su evolución y estado actual, extrayendo la sub-regla jurisprudencial que soluciona el problema jurídico propuesto.

### CASOS

Del análisis jurisprudencial que ha servido de substrato para el estudio, evidencian como los principales casos de violencia intrafamiliar revisados por la Corte, los siguientes:

- Violencia física que comprende: golpes, rasguños, heridas producidas con objeto corto punzante<sup>5</sup>, golpes que causan lesiones graves y fracturas<sup>6</sup>, golpes con objeto contundente (cables, revolver, destornilladores), intento de ahorcamiento, intento de asfixia con jabón<sup>7</sup>; desalojo forzoso del lugar de habitación<sup>8</sup>
- Ultrajes verbales: Insultos<sup>9</sup>, amenazas de muerte<sup>10</sup>
- Violencia sexual: forzar a mantener relaciones sexuales<sup>11</sup>

Debe tenerse en cuenta que estos actos son cometidos por particulares entre sí, con la peculiaridad de que dichas personas hacen parte de la misma familia. Aquí puede surgir la duda de qué entender por familia, respuesta que encontramos resuelta en el artículo 2º de la ley 294 de 1996, la cual desarrolla el artículo 42 de la Constitución Política, que reza:

*“La familia se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.*

*Para los efectos de la presente ley, integran la familia:*

- a) *Los cónyuges o compañeros permanentes*
- b) *El padre y la madre de familia, aunque no convivan en un mismo hogar*
- c) *Los ascendientes o descendientes de los anteriores, los hijos adoptivos y*
- d) *todas las demás personas que, de manera permanente, se hallaren integradas a la unidad doméstica”*

### LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LA ACCIÓN DE TUTELA

La acción de tutela en nuestro país se ha convertido indubitablemente en la acción judicial más importante, establecida desde la Constitución Nacional de 1991, demostrando el cambio que introdujo la nueva

<sup>5</sup> Sentencia T-487 de 1994

<sup>6</sup> Sentencia T-552 de 1994

<sup>7</sup> Sentencia T-421 de 1996

<sup>8</sup> Sentencia T-707 de 1999 y T-182 de 1999

<sup>9</sup> Sentencias: T-552 de 1994; T-421 de 1996; T-789 de 2001

<sup>10</sup> Sentencia T-608 de 2001

<sup>11</sup> Sentencia T-421 de 1996; T-282 de 2002

dogmática frente a los derechos humanos expresados como fundamentales; sin embargo esta acción no es ilimitada y todopoderosa, puesto que desde un principio le fueron fijados unos claros parámetros para evitar al máximo su abuso y descontrol. Baste citar al respecto los comentarios que realiza la Dra. Catalina Botero Marino:

*“...en Colombia – como en otros sistemas de control mixto de constitucionalidad – la tutela tiene aparejadas al menos cinco funciones importantes y estrechamente relacionadas: (1) proteger – de manera residual y subsidiaria – los derechos fundamentales de los habitantes frente a las acciones u omisiones de las autoridades públicas o de los particulares que puedan violarlos; (2) afianzar y defender, de manera coherente y ordenada, la supremacía de la Constitución sobre cualquier otra norma jurídica; (3) actualizar el derecho legislado – en especial el derecho preconstitucional – orientado a todos los servidores públicos para que lo interpreten y apliquen a la luz del derecho constitucional; (4) unificar la interpretación sobre el alcance de los derechos fundamentales; y (5) promover una cultura democrática fundada en la protección efectiva de los derechos de las personas y en los valores del Estado social y democrático de derecho. En suma, en sistemas*

*de control de constitucionalidad mixtos, como el colombiano, la figura de la tutela promueve el acceso a la justicia, la primacía constitucional y la interpretación coherente y unificada de los derechos fundamentales por parte de todos los jueces de la República”<sup>12</sup>*

Teniendo en cuenta, como es obvio, que en los casos de violencia siempre se encuentran involucrados diversos derechos fundamentales, es necesario examinar, cuál es la visión que la Corte le ha dado a estos derechos cuando esa violencia ocurre al interior de la familia<sup>13</sup>; pero no sólo es necesario evidenciar los derechos fundamentales conculcados con dichas agresiones, sino también sondear el por qué la acción de tutela se muestra como un instrumento, idóneo o no, para la defensa efectiva del derecho de las víctimas.

<sup>12</sup> BOTERO MARINO, Catalina La acción de tutela en el ordenamiento constitucional colombiano. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Primera edición. Bogotá D.C., mayo de 2006, Págs. 19 y 20.

<sup>13</sup> Según el inciso final del Art. 86 de la Constitución Política:

*“La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.”*



## ESCENARIO CONSTITUCIONAL CON RELACIÓN A LA VIOLENCIA INTRAFAMILIAR Y POSIBLES TESIS

Para el caso que nos ocupa es necesario definir cuál es el escenario constitucional que se pretende analizar según los pronunciamientos de la Corte. Al efecto debe reunir tres talantes, a saber: (I) que se trate de casos de violencia intrafamiliar; (II) que se encuentren involucrados derechos fundamentales y (III) que se haya reclamado la protección por medio de la acción de tutela. Por ende, en forma de pregunta, el escenario se compendia así:

*¿Es procedente la protección del derecho a la vida, la integridad física, la dignidad humana, la intimidad familiar y la paz doméstica, por medio de la acción de tutela contra particulares, para casos que constituyen hechos de violencia intrafamiliar?*

Como respuesta al interrogante se presenta tres tesis:

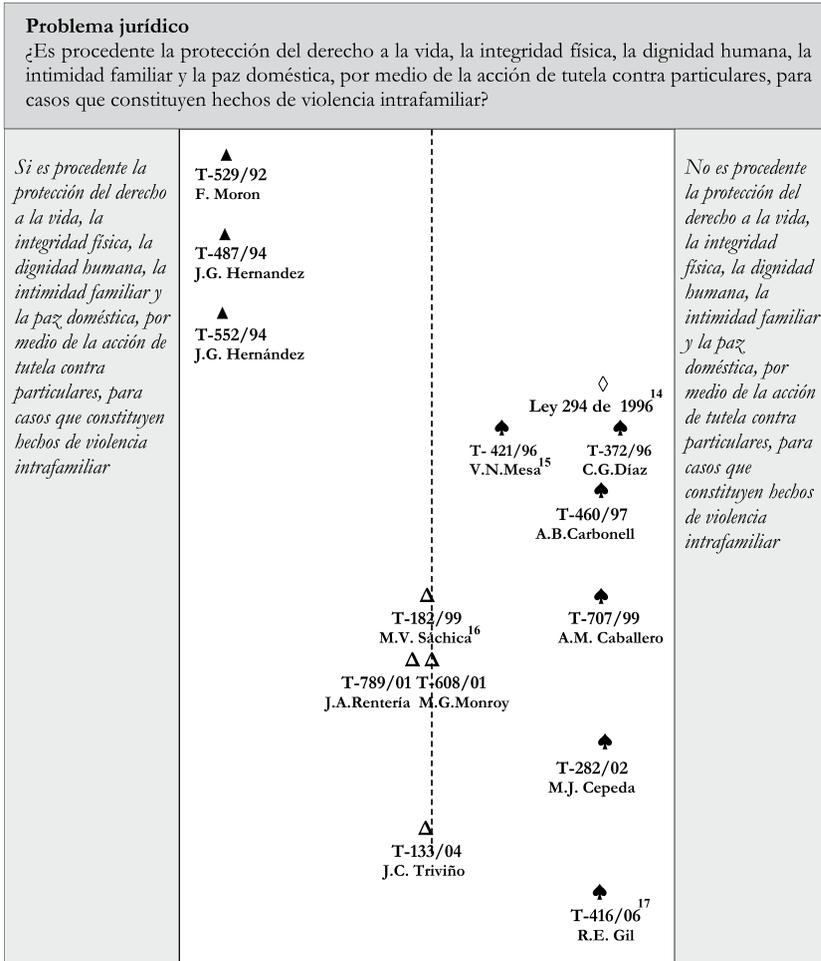
- **Primera:** no es procedente la acción de tutela, toda vez, que existen otros medios idóneos para proteger los derechos constitucionales que se vean amenazados o efectivamente vulnerados en los casos de violencia intrafamiliar.
- **Segunda:** si es procedente la acción de amparo constitucional, porque la tutela se erige como el medio judicial idóneo para la protección de los derechos fundamentales amenazados o efectivamente vulnerados.

- **Tercera:** la acción de tutela sólo es procedente y de forma transitoria en algunos casos en los cuales, a pesar de existir medios idóneos en el sistema jurídico, suficientes para repeler los casos de violencia al interior de la familia, éstos pueden presentarse insuficientes por diversas causas.

## SENTENCIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL EN CASOS DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

El Alto Tribunal Constitucional ha revisado un total de trece sentencias referentes a asuntos de violencia intrafamiliar; por lo tanto, se ha realizado el análisis de la totalidad de dichas decisiones, ofreciendo certeza frente a la posición asumida en estos

**Gráfico de la Línea Jurisprudencial. La acción de tutela en los casos de violencia intrafamiliar**



<sup>14</sup> Mediante esta ley (expedida el 16 de julio de 1996) el legislador desarrolló el artículo 42 inciso 2° de la Constitución Política, estableciendo un tratamiento integral frente a las diferentes modalidades de violencia en la familia, a efectos de asegurar a ésta su armonía y unidad.

<sup>15</sup> Con respecto a esta sentencia, tenemos un caso especial, toda vez, que la demanda fue interpuesta cuando aun no estaba vigente la ley 294 de 1996, pero cuando entró a ser revisada por la Corte Constitucional, dicha preceptiva legal entró a regir; el análisis realizado sobre el fallo, en el presente trabajo, es que se ubicó en la parte derecha, esto es, no procede la tutela, porque la *ratio decidendi* de la sentencia se inclina hacia dicha decisión, a pesar de que en la parte resolutoria se concede por excepción el amparo reclamado.

<sup>16</sup> Concede la tutela pero de forma transitoria, manteniendo la *ratio decidendi* de las sentencias precedentes, pero añadiendo la salvedad en la transitoriedad.

<sup>17</sup> Esta sentencia, en cuanto al escenario constitucional, aplicaría desde la perspectiva de una analogía amplia o abierta, puesto que ciertamente no se trata de un acto de violencia intrafamiliar entre las demandantes y la parte demandada con la acción de tutela, pues los actos de violencia intrafamiliar se presentan al interior de la casa de habitación de la demandada y lo que se solicita es que dichos actos perturban la tranquilidad y la paz del vecindario.



casos. A continuación se presenta la gráfica que condensa la línea jurisprudencial:

### ETAPAS

En la gráfica de la línea del precedente jurisprudencial en el escenario constitucional objeto de análisis, se puede identificar tres etapas, así:

➤ **Primera Fase: “Génesis Proteccionista”**

En la génesis de los casos de revisión de tutela avocados por la Corte, entre los años de 1992 y 1994, los fallos se inclinaron a declarar como procedente la acción de tutela por vulneración de derechos fundamentales como la vida, integridad física, dignidad humana, entre otros. Por esto la *ratio decidendi* en este periodo, se enuncia así:

*“El respeto a la vida y a la integridad física de los demás, en un sentido moral y jurídicamente extenso que no se reduce sólo a la prevención policiva o a la represión penal del agresor, comporta el deber de no maltratar, ofender, torturar, ni amenazar a las personas, mucho menos a aquella con quien se comparte la unión doméstica de procreación y desarrollo de los hijos y de la familia, y la promesa de mutuo fomento material y espiritual.”<sup>18</sup>*

La ratio es tomada de la sentencia T-529 de 1992, la cual se instituye como sentencia hito<sup>19</sup> e igualmente como sentencia fundadora<sup>20</sup>. Este pronunciamiento se tuvo en cuenta en otros fallos posteriores como son las sentencias T-487 de 1994, T-552 de 1994, T-372 de 1996, T-421 de 1996, T-789

de 2001 y T-133 de 2004, lo que pone de relieve su importancia.

La característica principal durante este periodo es que los *jueces de instancia* por lo general negaban la viabilidad del amparo constitucional y las razones argüidas eran las siguientes:

- En las relaciones familiares no se presentaba circunstancias de permanente indefensión, o estado de indefensión.
- No se cumplía para la procedencia de la acción de tutela con el requisito de la subsidiaridad, por cuanto existían otros medios de defensa de los derechos fundamentales, tales como las quejas y denuncias ante las inspecciones de policía, las fiscalías y los jueces penales.

Sin embargo estas razones no fueron acogidas por la Corte, siguiendo criterios jurisprudenciales previos emitidos en otros casos.

- Dijo la Corte:

*“Ha entendido la Corporación que la indefensión alude a la*

---

<sup>18</sup> Sentencia T-529 de 1992 M.P. Fabio Morón Díaz.

<sup>19</sup> Se refiere a aquellas sentencias que tienen un peso estructural fundamental dentro de la línea jurisprudencial.

<sup>20</sup> Es sentencia fundadora de la línea aquella que por primera vez aborda un escenario constitucional y lo resuelve.

*existencia de una relación en la que la persona ofendida carece de los medios de defensa necesarios para repeler los ataques del agresor”<sup>21</sup>*

- Con respecto a la falta de subsidiaridad, por existir otros mecanismos, la Corte dijo:

*“Como las acciones policivas no son judiciales sino administrativas y lo que pretende el Constituyente es crear y poner en favor de todas las personas una vía judicial específica, sumaria y preferente con objetivos y fines, también específicos, no existe fundamento para enervar la procedencia de esta última por la presencia de aquellas, que sólo son vías específicas. Por el contrario, el juez que conoce de la tutela puede ordenar a dichos funcionarios, con todo el carácter y la fuerza de una decisión judicial de inmediato cumplimiento, que con sus recursos y capacidades hagan viable y efectiva en un caso concreto la protección de aquellos derechos constitucionales que se hallan amenazados o vulnerados por la acción de un particular”<sup>22</sup>.*

### ➤ Segunda Fase: “Influencia Legislativa”

Otro ciclo lo encontramos entre los años de 1996 y 1998, etapa que tiene gran im-

portancia, toda vez que fue aquí cuando el Congreso de la República expidió la ley 294 de 1996, por la cual se desarrolla el artículo 42 de la Constitución Política y se dicta normas para prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar. Esta norma en su artículo 4º establece:

*“Toda persona que en el contexto de una familia sea víctima de daño físico o psíquico, amenaza, agravio, ofensa o cualquier otra forma de agresión por parte de otro miembro del grupo familiar, podrá, sin perjuicio de las denuncias penales a que hubiere lugar, pedir al juez de familia o promiscuo de familia, promiscuo municipal o civil municipal, si faltare el de familia, una medida de protección inmediata que ponga fin a la violencia, maltrato o agresión, o evite que ésta se realice cuando fuere inminente”.*

Con la expedición de la ley 294 se crea una acción específica y directa encaminada a la protección exclusiva de quienes son víctimas de maltrato dentro de su propio hogar, cuyo trámite es mucho más sumario que el de la tutela y, por ende, la protección que brinda a los derechos del ofendido, es más inmediata y eficaz.

Y el artículo 11 íbidem, prescribe:

*“Recibida la petición, si estuviere fundada en al menos indicios leves, el Juez competente dictará, dentro de las cua-*

<sup>21</sup> Sentencia T-372 de 1996 M.P.: Carlos Gaviria Díaz.

<sup>22</sup> Sentencia T-487 de 1994 M.P.: José Gregorio Hernández Galindo



*tro horas hábiles siguientes, una medida provisional de protección en la cual conminará al agresor para que cese todo acto de violencia, agresión, maltrato, amenaza u ofensa contra la víctima, so pena de hacerse acreedor a las sanciones previstas en esta ley para el incumplimiento de la medida de protección. Contra la medida provisional de protección no procederá recurso alguno.”*

De esta forma se torna evidente que, para los casos de violencia intrafamiliar, el legislador había previsto un mecanismo judicial idóneo y eficaz, capaz de rebatir los actos de violencia generados al interior de la familia. En este orden de ideas, se había superado las simples medidas policivas y se contaba con un instrumento mucho más fortalecido y sobre todo de carácter judicial; esto dio lugar a que surgiera, en los pronunciamientos de la Corte Constitucional, un criterio diferente para fallar los casos de revisión de las acciones de tutela y por ende las decisiones y la *ratio* iban a variar.

Se destaca como *ratio decidendi* de este periodo, la siguiente:

*“Bajo estas circunstancias, la acción judicial creada para la protección de la armonía familiar, desplaza a la acción de tutela y la hace improcedente, como se declarará en la parte resolutive de esta providencia.”*

Este extracto argumentativo es tomado de la sentencia T-372 de 1996, la cual va a tener la característica de ser hito<sup>23</sup> y a la vez sentencia modificadora de línea, aclara-

rando que la variación del precedente en el cual se pasa de un polo a otro, esto es, de conceder el amparo constitucional, a negarlo, tiene una evidente razón basada en un cambio medular en el ordenamiento jurídico sobre violencia intrafamiliar, que lo constituye la mencionada ley 294 de 1996<sup>24</sup>; esta norma crea nuevas formas de defensa en los casos de violencia doméstica que obligan al cambio de ratio y del *decisum*.

### ➤ Tercera Fase: “Posición Moderada”

Finalmente encontramos un último periodo en el cual, aunque ciertamente se mantiene la *ratio decidendi* de la segunda fase, se tiene unos componentes argumentativos nuevos, producto de supuestos fácticos adicionales, antes no referenciados. Hasta el 2009<sup>25</sup>; son un total de 7 fallos entre los cuales, si bien algunos han sido decididos a favor del accionante, no podría sostenerse que la *ratio decidendi* haya variado, sino que dichas decisiones están enmarcadas dentro de la sombra decisional o balance consti-

<sup>23</sup> Esta sentencia va a ser tenida en cuenta en futuros fallos tales como: T-460 de 1997; T-707 de 1999 y T-789 de 2001.

<sup>24</sup> Norma que posteriormente será modificada por la ley 575 del 2000.

<sup>25</sup> Lastimosamente la Corte Constitucional no ha revisado fallos de tutela referentes a casos de violencia intrafamiliar entre los años 2007 a 2009, o al menos hasta el momento de realizado el presente estudio; sin embargo, debido a que no se ha presentado situaciones que den lugar a un cambio radical en el precedente, creemos que se mantiene la ratio que se pasa a destacar en la tercera etapa de la línea jurisprudencial y por ende un fallo próximo debe caer bajo la sombra decisional o balance constitucional.

tucional<sup>26</sup>. Es precisamente dicho balance el que permite, en el presente caso, el surrimiento de una tercera tesis, que aunque se inclina hacia la derecha del gráfico, es decir, negar la procedencia de la acción, la decisión por la que opta racionalmente el fallador, es otorgar la protección solicitada; pero ello sugiere unos requerimientos especiales que deben ser analizados y que están directamente relacionados con los siguientes casos:

1. La posibilidad de otorgar la tutela de forma transitoria, como lo sostuvo la sentencia T-182 de 1999, en los siguientes términos:

*“...es cierto que existen otros medios de defensa judicial para proteger los derechos fundamentales de las niñas a una integridad física y psíquica, a una alimentación equilibrada, a tener una familia y una vivienda, a recibir cuidado y amor y a ser protegidas contra toda forma de violencia física o moral, frente a las actuaciones de su padre quien los desconoce, medios que no se encuentran totalmente agotados”.*

Sin embargo, ante la posible ocurrencia de un perjuicio irremediable por la situación que se ha probado en el curso de este proceso en perjuicio de menores, se **concederá el amparo de tutela a sus derechos en forma transitoria**, por el término de cuatro (4) meses, contados a partir de la notificación de la presente providencia, mientras se adelanta las respectivas solicitudes ante las autoridades correspondientes para que determinen si la conducta del padre constituye

*motivo de sanción por incumplimiento a lo dispuesto por las mismas en los procesos referentes y, en caso afirmativo, adopten las medidas previstas por la ley para proteger a las menores. Venido ese término cesarán los efectos de la protección.*

En similar posición se otorga la protección constitucional transitoria del caso revisado con la sentencia T-608 de 2001.

2. La sentencia T-789 del 2001 apareja una ratio decidendi diferente, por la cual también se otorga la acción de tutela y la razón está referida a que, si bien, la parte demandante, previamente a interponer la acción de amparo, había agotado los mecanismos establecidos en la ley 294 de 1996 (modificada por la ley 575 de 2000), las medidas tomadas por el respectivo funcionario se tornan insuficientes; es decir no son lo bastantemente idóneas y, por ello, se requiere que los derechos fundamentales amenazados o conculcados con las acciones de violencia intrafamiliar,

<sup>26</sup> El “balance constitucional”... consiste en lo siguiente: la idea estricta del precedente parecería exigir que el siguiente fallo de un caso análogo dentro de una línea precedencial bien definida, tendría que caer “en el mismo sitio.”

“Este entendimiento estricto del precedente es, sin embargo, inexacto. El deber de fidelidad al precedente no significa que el siguiente caso tenga que ser ubicado “en el mismo lugar”. Por regla general basta, para cumplir con el deber de seguir el precedente, con “ubicar” el caso dentro de un sub-segmento (más o menos amplio) del espacio abierto. La doctrina del precedente exige que el siguiente fallo caiga dentro de la sombra decisional del fallo anterior, sin que tenga que coincidir exactamente con él.” LÓPEZ MEDINA. Op cit., Pág. 144.

sean efectivamente protegidos; por ello la tutela se aviene como viable. En palabras de la Corte, la ratio sería la siguiente:

*“El artículo 42 consagra que “cualquier forma de violencia en la familia se considerará destructiva de su armonía y unidad y será sancionada conforme a la ley”. En virtud de este artículo fue expedida la ley 246 de 1996, modificada con posterioridad por la ley 572 de 2000 y desarrollada por el decreto reglamentario 652 de 2001 que despliega el tema de violencia intrafamiliar y las medidas de protección<sup>27</sup> que deben tomar las comisarias de familia cuando ésta se presente. Es ante esta instancia y no a la tutela<sup>28</sup>, frente a la cual se debe acudir en caso de serias desavenencias a nivel familiar<sup>29</sup>. Es de anotar que los mecanismos consagrados por la ley para la prevención de la violencia intrafamiliar son expeditos e idóneos, incluso más que la misma tutela<sup>30</sup>. Sin embargo, cuando agotadas estas medidas no fueran idóneas para la protección de los derechos fundamentales de los miembros de la familia, o en caso de que se le esté dando una dilación injustificada a la toma o aplicación de las decisiones de estas instancias de protección, procederá la tutela.”*

La sentencia de la Corte Constitucional que, en nuestro parecer recoge ciertamente tanto la regla general como las excep-

<sup>27</sup> El artículo 5 de la ley 294 de 1996 consagra como medidas definitivas de protección:

- a) Ordenar al agresor el desalojo de la casa de habitación que comparte con la víctima, siempre que se hubiere probado que su presencia constituye una amenaza para la vida, la integridad física o la salud de cualquiera de los miembros de la familia.
- b) Ordenar al agresor abstenerse de penetrar en cualquier lugar donde se encuentre la víctima, cuando a discreción del funcionario dicha limitación resulte necesaria para prevenir que aquel moleste, intimide, amenace o interfiera de cualquier otra forma con ella o con los menores cuya custodia provisional le haya sido adjudicada.
- c) Prohibir al agresor esconder o trasladar de la residencia a los niños y personas discapacitadas en situación de indefensión, o miembros del grupo familiar, sin perjuicio de las acciones penales a que hubiere lugar.
- d) Acudir obligatoriamente a un tratamiento reeducativo y terapéutico en una institución pública o privada que ofrezca tales servicios, a costa del agresor, cuando éste ya tuviera antecedentes en materia de violencia intrafamiliar.
- e) Ordenar al agresor, si fuere necesario, el pago de los gastos médicos, psicológicos y psíquicos que requiera la víctima.
- f) Ordenar, cuando la violencia o maltrato revista gravedad y se tema su repetición, una protección temporal especial de la víctima por parte de las autoridades de policía, tanto en su domicilio como en su lugar de trabajo, si lo tuviere.

<sup>28</sup> Ver sentencia T-372-96 M.P. Carlos Gaviria Díaz. En este caso no se tuteló el derecho a la paz, dignidad e integridad física de una anciana que vivía con su hijo de 41 años quien era drogadicto y por quien era maltratada, por considerar que las medidas que podían tomar las comisarias de familia eran más rápidas y eficaces que la misma tutela. Ver también sentencias T-421/96 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa., T-707/99 M.P. Alejandro Martínez Caballero. En ese caso se negó la tutela a una mujer mayor de 85 años que solicitaba se ordenara el desalojo de uno de sus hijos de la finca en la cual ella residía porque le estaba perturbando su paz. Se consideró que las medidas para estos casos deberían ser tomadas por las comisarias de familia.

ciones a la misma, la encontramos en la T-133 de 2004, la cual menciona como no apta la tutela para defender derechos fundamentales en casos de violencia doméstica, pero igualmente menciona las dos excepciones que ya se ha expresado; esto es, la posibilidad de la procedencia de la tutela, pero como mecanismo transitorio y la procedencia del amparo, cuando los mecanismos utilizados no son idóneos; así se destaca en palabras del Alto Tribunal Constitucional:

*“Aún bajo la vigencia de la ley 294 de 1996 y de las normas que la modifican y reglamentan, esta Corporación ha admitido la procedencia de la acción de tutela como mecanismo transitorio en procura de la protección de la paz y la tranquilidad intrafamiliar y hasta tanto el comisario de familia o el juez, según el caso, tome las medidas definitivas de protección (Sentencia T-608-01). De igual manera, la Corte, aún tras la entrada en vigencia de la citada ley, ha concedido amparo constitucional cuando agotadas las medidas en ella previstas, no fueron idóneas para la protección de los derechos fundamentales de los miembros de la familia o se le dio una dilación injustificada a su toma o aplicación (Sentencia T-789-01).*

*De acuerdo con lo expuesto, entonces, la acción de tutela es impropia cuando se trata de la protección de derechos fundamentales afectados por la violencia in-*

*tra familiar, salvo como mecanismo transitorio o ante la inidoneidad de las medidas de protección o su dilación injustificada”*

## CLASIFICACIÓN DE LAS SENTENCIAS

Del análisis del precedente jurisprudencial estudiado, podemos clasificar las sentencias que la conforman de la siguiente forma:

- a. Sentencia fundadora de línea: Sentencia T-529 de 1992.
- b. Sentencias hito: En la primera fase la sentencia T- 529 de 1992, en la segunda fase la sentencia T-372 de 1996 y en la última fase, recogiendo la doctrina de la Corte, la sentencia T-789 de 2001
- c. Sentencias modificadoras de línea: T-372 de 1996, recordemos que la razón del cambio jurisprudencial reposa en la variación legislativa que produjo la ley 294 de 1996.
- d. Sentencias confirmadoras de la línea: En la fase de la “Génesis Proteccionista” te-

<sup>29</sup> En este sentido la línea jurisprudencia de la Corte Constitucional tuvo un cambio ya que antes de la expedición de la mencionada ley, consideró la Corte que procedía la tutela como mecanismo de protección para los casos de violencia intrafamiliar por carecerse de otro procedimiento idóneo para su protección. Ver sentencia T-529/92 M.P. Fabio Morón Díaz

<sup>30</sup> El comisario de familia tiene como obligación tomar una medida de protección **inmediata** que ponga fin a la violencia o evite que esta se realice cuando fuera inminente. (art 4 ley 294 de 1996). Las peticiones de protección se avocarán de forma inmediata y si estuvieren fundadas, se tomarán medidas provisionales de protección en un término de 4 horas hábiles siguientes a la petición. (art 11 ley 294/96).

nemos las sentencias T-487 de 1994 y la T-552 de 1994; en la fase de la “*Influencia Legislativa*” encontramos las sentencias T-421 de 1996 y la T-460 de 1997 y en la última etapa de la “*Posición Moderada*”, son sentencias de esta clase la T-282 de 2002 y la T-133 de 2004.

### SUB-REGLAS JURISPRUDENCIALES

Una vez realizado el análisis estático y dinámico de las sentencias con respecto a los casos de procedencia e improcedencia de la tutela, cuando un particular ejerce actos de violencia intrafamiliar y graficada la línea jurisprudencial, es necesario expresar las sub-reglas<sup>31</sup> que constituyen el precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional en el patrón fáctico objeto de estudio:

1. Los casos de violencia intrafamiliar deben ser resueltos conforme lo establece la ley 294 de 1996, modificada por la ley 575 del 2000 y el decreto reglamentario 652 del 2001. Esto implica que los casos serán avocados por los Comisarios de Familia del lugar donde ocurrieron los hechos y a falta de éstos, el Juez Civil Municipal o Promiscuo Municipal<sup>32</sup>, sin dejar pasar por alto, que las medidas de protección para los casos de violencia intrafamiliar pueden también ser transitorias<sup>33</sup> e impuestas por jueces de familia y por fiscales que conozcan sobre el tema.
2. *Prima facie* la acción de tutela contra particulares que son agresores en los casos de violencia intrafamiliar es improcedente.

3. En los casos en que es urgente la medida y, teniendo en cuenta que está de por medio la protección integral de la familia como un deber ineludible del Estado y de la sociedad, se concede la protección por medio de la tutela para alcanzar la defensa de la paz y la tranquilidad familiar (Sentencias T-608 de 2001 y T133 de 2004). Por ello la tutela se concede por un término máximo de 4 meses y las medidas tendrán vigencia hasta que la autoridad competente para estos casos, tome las disposiciones definitivas.
4. Es igualmente procedente la acción de tutela, si una persona víctima de actos de violencia intrafamiliar acudió ante la autoridad competente reclamando la respectiva protección, pero las medidas tomadas no fueron idóneas para el resguardo de los derechos fundamentales de los miembros de la familia o, en los casos en que se presente dila-

---

<sup>31</sup> Dentro del actual debate entre “formalistas” y “antiformalistas” en el Derecho, una de las discusiones más álgidas se presentó con respecto a las fuentes del Derecho, frente a lo cual el “nuevo Derecho” y bajo cuya óptica se desarrolla este trabajo, establece que “*hoy en día aparece el juez constitucional, a través de su jurisprudencia, como un creador consciente de sub-reglas constitucionales y no simplemente como un aplicador pasivo de los textos superiores.*” Palabras tomadas de la introducción que hace el Dr. Diego López Medina en su obra “El Derecho de los Jueces”.

<sup>32</sup> Art. 4° de la ley 294 de 1996 modificado por el Art. 1° de la ley 575 de 2000.

<sup>33</sup> Parágrafo 1° y 2° del Art. 5° de la ley 294 de 1996 modificado por el Art. 2° de la ley 575 del 2000.

ciones injustificadas a la toma o aplicación de las decisiones por la autoridad competente.

### CONCLUSIÓN

En síntesis, se evidencia que el tratamiento en los pronunciamientos de la Corte con respecto a los casos de procedencia de acción de tutela, cuando se trata de hechos que constituyen violencia intrafamiliar, no ha sido pacífico; por ello se ha dado lugar a tres fases con sus correspondientes tesis, una para cada periodo. Es importante manifestar, sin embargo, que la causa de la variación decisional de un extremo al otro para luego pasar a la moderación, está influenciada por el cambio legislativo que, en materia de violencia doméstica, estableció un trámite y unos mecanismos que presentan idoneidad y prontitud, al menos en teoría, para proteger los posibles derechos conculcados con dichos actos violentos. No obstante, la doctrina constitucional en el supuesto fáctico objeto de estudio, también evidencia que en ciertas ocasiones se requiere de la acción de amparo como mecanismo de protección transitoria o para subsanar los retardos e ineficacias de las medidas establecidas por la ley 294 de 1996 y que el respectivo funcionario no ha logrado materializar y concretar con efectividad.

### BIBLIOGRAFÍA

- BERNAL GONZÁLEZ, Alejandro. Revista Vademécum de Familia, Librería Jurídica Sánchez Ltda. Alejandro Bernal Ediciones. Medellín. Año 1 No. 1 Primer Trimestre de 1997 y año 4 No. 14 Segundo Trimestre del 2000.
- BOTERO MARINO, Catalina La acción de tutela en el ordenamiento constitucional colombiano. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Ediprime Ltda. Primera edición. Bogotá D.C., mayo de 2006.
- LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. El Derecho de los Jueces. Legis Bogotá, segunda edición sexta reimpresión 2008.
- PARRA BENÍTEZ, Jorge. Derecho de Familia. Editorial Temis S.A. Bogotá D.C. 2008
- UPRIMNY YEPES, Rodrigo y otros. Derechos Humanos y Derechos Internacional Humanitario. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Imprenta Nacional de Colombia. Segunda edición. Bogotá D.C., septiembre de 2008.
- Sentencia de la Corte Constitucional T-529 de 1992 M.P. : Fabio Morón Díaz
- Sentencia de la Corte Constitucional T-487 de 1994 M.P. : José Gregorio Hernández Galindo
- Sentencia de la Corte Constitucional T-552 de 1994 M.P. : José Gregorio Hernández Galindo
- Sentencia de la Corte Constitucional T-421 de 1996 M.P. : Vladimiro Naranjo Mesa
- Sentencia de la Corte Constitucional T-372 de 1996 M.P.: Carlos Gaviria Díaz



- Sentencia de la Corte Constitucional T-460 de 1997 M.P. : Antonio Barrera Carbonell
- Sentencia de la Corte Constitucional T-182 de 1999 M.P. : Martha Victoria Sáchica de Moncaleano
- Sentencia de la Corte Constitucional T-707 de 1999 M.P. : Alejandro Martínez Caballero
- Sentencia de la Corte Constitucional T-608 de 2001 M.P. : Jaime Araujo Rentería
- Sentencia de la Corte Constitucional T-789 de 2001 M.P. : Marco Gerardo Monroy Cabra
- Sentencia de la Corte Constitucional T-282 de 2002 M.P. : Manuel José Cepeda Espinosa
- Sentencia de la Corte Constitucional T-133 de 2004 M.P. : Jaime Córdoba Triviño
- Sentencia de la Corte Constitucional T-416 de 2006 M.P. : Rodrigo Escobar Gil.



Fecha de recepción: junio 15 de 2009

Fecha de aprobación: agosto 3 de 2009

## ***La Farsa de las Publicaciones Universitarias<sup>1</sup>***

Por: **Pablo R. Arango**

(Bogotá, 1975)

Profesor de Filosofía,

Universidad de Caldas

### **RESUMEN**

En este artículo se hace una descarnada crítica a las publicaciones universitarias poniendo en tela de juicio su validez y calidad. Su pensamiento al respecto podría sintetizarse en esta afirmación suya: “un montón de papeles arrumados, mal escritos, que no aportan nada nuevo y que nadie lee, es la síntesis de la producción académica colombiana en los últimos años. ¿Qué hay detrás de este exceso de nada? Un catedrático y editor universitario escarba entre montañas de pies de página y encuentra unas cuantas verdades”.

### **PALABRAS CLAVE**

publicaciones universitarias, revistas especializadas, libros, artículos.

### **ABSTRACT**

In this paper, a stark criticism of university publications putting into question its validity and quality. Your thoughts about this statement could be summarized in his: “a stack of papers piled, poorly written, that do not add anything new and that nobody reads, is the synthesis of Colombian academic production in recent years. What’s behind all this excess? A university professor and editor digs through mountains of footnotes and found a few truths. “

### **KEY WORDS**

university publications, journals, books, articles.

<sup>1</sup> Tomado de la Revista “El Malpensante” No. 97 de mayo de 2009. Pg. 24 – 33.



Un montón de papeles arrumados, mal escritos, que no aportan nada nuevo y que nadie lee, es la síntesis de la producción académica colombiana en los últimos años. ¿Qué hay detrás de este exceso de nada? Un catedrático y editor universitario escarba entre montañas de pies de página y encuentra unas cuantas verdades.

Según Colciencias, sólo en el área de “ciencias humanas” hay actualmente 96 revistas especializadas en Colombia (en esas ciencias incluyen, por motivos bastante misteriosos para mí, la teología). Se supone que estas publicaciones tienen como fin principal mostrar las ideas y descubrimientos de los investigadores, eruditos, críticos y demás miembros de una comunidad académica. Se espera, por lo tanto, que contribuyan al avance de las disciplinas mediante la discusión abierta de cualquier tópico que se presente. También se supone que cualquier neófito o diletante con curiosidad encuentre en ellas iluminaciones sobre los fenómenos estudiados, pues tratándose de ciencias humanas, puede esperarse que sus materias sean más o menos de comercio cotidiano para todos. Sin embargo, lo anterior sólo son pajaritos en el aire. Porque lo que uno encuentra cuando consulta esas revistas es una serie de escritos contrahechos, triviales, auto-complacientes y, desde luego, casi ninguna discusión o crítica genuinas. Quizá esto explique por qué la mayoría de estas revistas especializadas tiene tan pocos lectores –si es que los tienen.

Con los libros ocurre algo similar: es muy difícil, por lo menos para mí, establecer

cuántos títulos publican anualmente las universidades y los profesores universitarios, pero hay claros indicios de que son demasiados. Como en el caso de las revistas, la circulación de estos títulos es muy reducida, y no precisamente por la especialización, sino más bien por un fenómeno similar al de las publicaciones periódicas: los autores no escriben para ser leídos, sino para engrosar su currículum y aumentar su sueldo. El público lector, por su parte, tampoco se interesa por los títulos de las editoriales universitarias. Hace un tiempo, unos amigos decidieron vender libros universitarios, pues creían, con redomada buena fe, que allí debían existir obras de primerísima calidad. Escogieron cerca de 600 títulos atendiendo a lo que podía considerarse de interés para el público general. Después de un año de bregar con toda suerte de promociones, pautas y presencia en ferias del libro, consiguieron vender la exorbitante cifra de 18 ejemplares. ¿Por qué ocurre esto? ¿Por qué la gente mira con tanta suspicacia cualquier impreso universitario? ¿Qué puede explicar la existencia, en el mundo académico, de tantos escritores y tan pocos lectores? Por increíble que parezca, las respuestas a estas preguntas dependen de dos leyes.

### **El Decreto 1444**

En 1992 el gobierno colombiano expidió un decreto que establecía, entre otras cosas, una serie de estímulos para los profesores de las universidades públicas. La intención de la norma era persuadir a los docentes para que, además de dar clase, hicieran contribuciones al conocimiento, asumiendo

do ingenuamente que tales aportes no se habían dado por falta de instigación.

El decreto decía que a los profesores que publicaran “trabajos, ensayos y artículos de carácter científico, técnico, artístico, humanístico o pedagógico [...] libros de investigación, libros de texto [...] y materiales impresos a nivel universitario” se les subiría el sueldo en distintas proporciones. El decreto asignaba puntajes del siguiente modo:

*Por trabajos [...] publicados en revistas especializadas del exterior de nivel internacional [...] hasta ocho puntos por cada trabajo [o], publicados en revistas nacionales especializadas de circulación nacional, hasta cinco puntos por cada trabajo [...] Por libros que resulten de una labor de investigación [...] hasta veinte puntos por cada uno [...] Por libros de texto, hasta doce puntos cada uno. Por publicaciones impresas a nivel universitario de carácter divulgativo o de sistematización del conocimiento [...] hasta cinco puntos por cada una.*

La manera de otorgarle definitivamente los puntos a un profesor consistía en mandar el “trabajo” para que fuera evaluado por un “par académico” –esto es, otro profesor– quien lo calificaba, con base en lo cual los comités constituidos en las universidades para la definición del aumento de sueldo tomaban la decisión final. Así, para expresarlo en valores actuales, si un profesor publicaba un libro y el comité y los pares académicos lo avalaban, se le subía el sueldo mensualmente en \$182.600, equivalentes a 20 puntos (un aumento que

tiene efectos en las pensiones, cesantías, primas y demás arandelas, lo cual equivale a una suma mayor).

Naturalmente, la avalancha de contribuciones cayó como un tsunami de papel y tinta. Mucha gente a la que nunca en su vida se le había ocurrido poner por escrito lo que se le pasaba por la cabeza, comenzó a publicar y a publicar. No sólo se produjo toneladas de publicaciones en medios tradicionales (libros y revistas), sino que gracias a la infeliz expresión “materiales impresos a nivel universitario” se reclamó aumentos salariales por la más variada cantidad de majaderías que un nacido de mujer haya visto u oído. A un colega, por ejemplo, le pidieron que le asignara puntos a un profesor por haber redactado el acta de una reunión!

Con semejante incentivo para publicar, no es de extrañar lo que pasó: cundieron las autoediciones, las editoriales que publicaban a un reducido grupo de autores o incluso a uno solo, las revistas y, desde luego, los escritores. Pasó que áreas en las que anteriormente se publicaba poco, como la educación física, adquirieron una fertilidad insólita (libros sobre epistemología del movimiento, o sobre epistemología de la educación física, o “materiales impresos a nivel universitario” que no eran más que notas de preparación de clase). Pasó que el evaluador de un trabajo era después evaluado por el autor de ese trabajo, creándose así un círculo de jueces mutuos. Pasó que gente que nunca antes había tenido contacto ni interés por la investigación publicaba artículos sobre “metodolo-



gía de la investigación” o “reflexiones sobre la naturaleza de la investigación”. Pasó lo que tenía que pasar: los profesores de las áreas más propensas a la charlatanería aumentaron sus salarios muy por encima de otros que trabajaban en disciplinas donde resulta más difícil hacer pasar moneda falsa (una queja común de los profesores de ciencias naturales o de matemáticas era que para ellos era más duro publicar un artículo, mientras un poeta o un pedagogo podían publicar varios libros al año).

Algunos duplicaban su salario en apenas un lustro. También se conformó carruseles, como en política: un profesor ponía como coautor intelectual de un artículo a un colega, y éste le retribuía a su vez poniéndolo como coautor de los propios, de tal modo que ambos recibían el premio. La tentación de aumentar el sueldo mediante publicaciones era tan grande que algunos no aguantaron: hubo plagios descarados e impunes. Aún hoy, trabajan en la Universidad de Caldas profesores que fueron denunciados por plagiar *un libro entero*, lo cual no les ha impedido ser decanos y tener registrados en Colciencias dos grupos de investigación clasificados por esta institución en las más altas categorías de calidad.

Durante el gobierno de Andrés Pastrana esta zona de distensión se terminó, o eso fue lo que muchos creyeron. En 2002 el presidente expidió un nuevo decreto: el 1279, que derogó *l’Ancien Régime* de estímulos que he venido comentando, e instituyó uno nuevo.

## El Decreto 1279

El principal cambio que introdujo esta norma consistió en imponer algunas reservas en cuanto a los escritos que un profesor puede presentar para subir su sueldo. Delegó en Colciencias la responsabilidad de establecer una jerarquía para las revistas especializadas. Esta entidad creó entonces un índice, denominado Publindex, con las siguientes categorías (en orden descendente): A1, A2, B y C. Para catalogar las revistas, el sistema ordena previamente los artículos según la siguiente taxonomía:

- i) de investigación científica y tecnológica (*“que presentan, de manera detallada, los resultados originales de proyectos terminados de investigación”*);
- ii) de reflexión (*“que presentan resultados de investigación terminada desde una perspectiva analítica, interpretativa o crítica”*);
- iii) de revisión (*“resultado de una investigación terminada donde se analiza, sistematiza e integra los resultados de investigaciones publicadas o no publicadas [...] Se caracteriza por presentar una cuidadosa revisión bibliográfica de por lo menos 50 referencias”*);
- iv) artículo corto (*“documento breve que presenta resultados originales preliminares de una investigación científica o tecnológica, que por lo general requieren de una pronta difusión”*);
- v) reporte de caso (*“presenta los resultados de un estudio sobre una situación particular con el fin de dar a conocer las experiencias técnicas y metodológicas consideradas en un caso específico. Incluye una revisión sistemática comentada de la literatura sobre casos análogos”*);
- vi) revisión de tema (*“resultado de la revisión crítica de la literatura sobre*

un tema en particular”); vii) cartas al editor (“posiciones críticas, analíticas o interpretativas sobre los documentos publicados en la revista”); viii) editorial (“documento escrito por el editor, un miembro del comité editorial o un investigador invitado sobre orientaciones en el dominio temático de la revista”); ix) traducción (“traducciones de textos clásicos o de actualidad o transcripciones de documentos históricos o de interés particular en el dominio de publicación de la revista”); x) documento de reflexión no derivado de investigación (sin explicación, desde luego); xi) reseña bibliográfica; xii) otros.

Luego se clasifica las revistas según el tipo de artículos que publican. Por ejemplo, para que una revista sea ubicada en la categoría más alta, la A1, debe cumplir, entre otras, estas condiciones: “Haber publicado mínimo 13 artículos de los tipos i), ii) o iii) anualmente; haber utilizado [...] mínimo diez árbitros distintos [los árbitros son evaluadores que le dan al comité editorial una opinión sobre los artículos]; el 60% de los autores, como mínimo, debe ser externo al Comité Editorial y al grupo de árbitros; el 20% del Comité Editorial, del grupo de árbitros, o de los autores de artículos de los tipos i), ii) o iii), debe pertenecer a instituciones extranjeras”; los artículos deben “tener resumen analítico en dos idiomas en cada uno de los documentos de los tipos i), ii) o iii) [y] [...] palabras clave en cada uno de los documentos de los tipos i), ii) o iii)”. Exigen además: “Declarar la afiliación institucional de los autores en el 60% de los documentos de los tipos i), ii), o iii)”.

Dada esta clasificación, la norma define la asignación de los puntos de tal modo que, por ejemplo, por “trabajos, ensayos y artículos de carácter científico, técnico, artístico, humanístico o pedagógico” se otorga hasta quince puntos de aumento si son publicados en una revista A1, y tres puntos si es en una revista C. Una carta al editor o una editorial recibe cuatro puntos y medio si se publica en una revista A1 y el 90% de un punto si sale en una de categoría C.

Los artículos publicados en revistas que no estén incluidas en la clasificación no reciben el premio del aumento de sueldo, pero los autores pueden reclamar una bonificación en metálico por una única vez. Los “materiales impresos a nivel universitario”, gracias a Dios, cambiaron de nombre, pero no desaparecieron. Ahora se llaman “Publicaciones impresas universitarias” y no sirven para aumentar el sueldo, pero sí, como en el caso anterior, para recibir bonificaciones. Además, se estipuló que los libros sólo serían premiados si son publicados por “editoriales de reconocido prestigio” (un libro de investigación puede recibir hasta veinte puntos, uno de ensayo hasta quince, uno de texto hasta doce).

### Los problemas

Las reformas del nuevo decreto buscaban suprimir la premiación de basura que fue característica del decreto anterior, pero no lo han logrado. Para comenzar, debo decir que, en lo que concierne a los libros, casi cualquier editorial es considerada de “reconocido prestigio” por los comités que asignan los puntajes. Éste ha sido uno de



los puntos de mayor controversia en tales comités. En la Universidad de Caldas, por ejemplo, se han ideado varias fórmulas: clasificar como editoriales prestigiosas a todas las imprentas universitarias y no universitarias que paguen pauta publicitaria (una medida inocua, ya que el mismo autor puede pagar la publicidad, a sabiendas de que con el aumento salarial recuperará la inversión en pocos meses); pedirles a los editores cartas donde certifiquen el ámbito de circulación del libro (local, nacional o internacional), que es otro recurso inofensivo, ya que los editores de las editoriales independientes son en muchos casos o bien amigos de los autores, o bien simplemente una fachada. En resumen, lo que ha pasado es que editoriales que sólo son litografías contratadas por los autores resultan, en virtud de los alegatos de los profesores, ocupando, por lo menos en las decisiones de los comités, la misma posición de prestigio que sellos como Taurus o Random House: “editoriales de reconocido prestigio”. Bien vistas las cosas, es apenas normal: el participio pasado se hace verdadero, como por *fiat*, con el reconocimiento que hacen los comités.

Pero, si estoy en lo cierto, lo primero que debería causar sospechas sobre la calidad de una editorial es precisamente que sea universitaria. Todo el problema se reduce a dos factores, en mi humilde opinión. Por un lado, la idea absurda de que los estímulos monetarios son un mecanismo deseable para mejorar la calidad de la producción intelectual y, por el otro, la fijación de las burocracias académicas en requisitos apenas nominales. A este respecto, las exigencias

de Colciencias para catalogar las revistas son sintomáticas. Por ejemplo, el imperativo de que los autores de los artículos digan a qué institución pertenecen, constituye una dudosa declaración de principios según la cual la calidad de la publicación probablemente aumente, si los autores de los artículos trabajan en su mayoría en alguna universidad o institución académica.

Hay que ver, además, la forma en que presentan sus manuscritos los autores. Debido a que en muchos casos la publicación depende casi exclusivamente de la opinión de los pares y, por tanto, el editor oficia apenas de secretario, los profesores no tienen los escrúpulos más elementales de cualquier otro escritor, por malo que sea. Hace unos años a un amigo editor se le pidió que revisara una tesis de doctorado –que había sido distinguida con el galardón de “laureada” en la Universidad Nacional–, porque el premio implicaba la publicación. Encontró cerca de 5.000 errores elementales de ortografía, mala sintaxis, fallas de concordancia, notas incorrectas y atribuciones falsas, además de que se repetía cuatro veces una cita bien larga (¿cómo pueden tan siquiera aprobar esto, y ya no digamos premiarlo?, me preguntó). Pobre, no sabía casi nada de la vida todavía.

También ocurre que, en muchas investigaciones, desde el comienzo se aprueba (sin haber todavía ningún resultado, sólo una vaga promesa) una plata para la “socialización” del estudio –para publicarlo, sencillamente–. Al finalizar el proyecto, entonces, los investigadores ya tienen la plata para publicar otro libro. Cuando el editor abre

el maletín que le han llevado los autores y con su aguzado olfato percibe el hipnótico olor de los billetes, todo el asunto de la evaluación y los pares se agiliza mucho.

### Algunos ejemplos

Para simplificar, utilizaré ejemplos de publicaciones hechas durante la vigencia del nuevo decreto en universidades públicas y acreditadas como “de alta calidad” no sólo por el gobierno, sino también por el contribuyente incauto. Después de todo, se supone que esta norma es mucho más rigurosa que la anterior, lo cual permite inferir razonablemente que en la época anterior las publicaciones eran por lo menos tan malas como las que comento a continuación.

Muchos de los escritos de ciencia social sobre algunos de nuestros problemas más acuciantes son un ejemplo perspicuo del tipo de escritura pomposa y vacua al que me refiero. Un caso representativo es el de los análisis perpetrados por investigadores universitarios sobre problemas como el desplazamiento forzado. Un ejemplo sobresaliente lo ofrece un libro de investigación que busca hacer una “cartografía semiótica para la comprensión de territorios de migración forzosa” (interesante, además, porque uno de los autores es extranjero: un “par internacional”, en jerga). El libro fue publicado por la Universidad de Caldas en 2007. He aquí una de las conclusiones:

*La categoría de desplazado se inscribe en el ámbito de la ambivalencia. Por un lado se convierte en instrumento de discriminación positiva mediante el que se busca el resar-*

*cimiento estatal para una población que ha sido vulnerada con responsabilidad –por acción u omisión– del Estado. Por otro lado, se convierte socialmente en un estigma que recae sobre una población que se acoge a esta denominación.*

Se trata de la evasión pseudo sofisticada característica de los “científicos” sociales de cierta corriente que ha venido ganando cada vez más fuerza en las universidades. Desde el título el eufemismo campea: “migración forzosa” atrae la imagen de una bandada de pájaros felices buscando tierras más calientes, cuando se suponía que nos iban a hablar de hordas de campesinos amedrentados y desvalijados (¿no fue *migrante*, si mal no recuerdo, la palabra que usó José Obdulio Gaviria para referirse a nuestros campesinos expoliados y amenazados? ¿Habrà leído este “estudio” el inefable consejero?). Para rematar, en la cita se ve que el “estudio” terminó convertido en un análisis de los eufemismos.

Los autores plantean la fundamental pregunta: “¿Podríamos afirmar categóricamente que el desplazamiento es una realidad reciente en la historia del país sin incurrir en un acto de negación de la historia?”. Obviamente, contestan:

*Esta pregunta necesariamente desemboca en una disyuntiva fundamentada, por un lado, en el reconocimiento de la similitud existente entre formas de movilidad generadas por las expresiones conflictivas importantes, sucedidas –por dar una fecha arbitraria e inexacta– desde la conformación de la República, y, por el otro lado, por la acep-*



*tación de la eficacia simbólica inherente a la instauración de una realidad “nueva”, realidad que mediante el contundente acto de proclamación de una ley otorga un reconocimiento particular a unas condiciones que no son tan novedosas, dentro del fenómeno en sí, aunque se reconoce otros elementos en su objetivación contemporánea.*

Noventa páginas y una cantidad de mapas después, esto es lo que tienen para decirnos los investigadores: que el desplazamiento forzado existía aun antes de que hubiera leyes para “castigarlo”. Cuatro autores, un proyecto de investigación y un libro para realizar este descubrimiento.

La autora de un libro publicado en 2004 por la Universidad Nacional de Colombia y por el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, que propone un “nuevo paradigma”, el de “pensamiento ambiental”, hace las siguientes observaciones sobre las implicaciones que tendría dicho paradigma para la planeación urbana:

*La multiculturalidad, la fragmentación y la llamada desterritorialización, son tres eventos rizomáticos de la vida urbana contemporánea, que intentamos interpretar y comprender hermenéuticamente con el ánimo de proponer alternativas ético-estéticas de acción. Para realizar este ejercicio hermenéutico tenemos que partir de que vale todo aquello que vamos a interpretar y a comprender. Este todo vale permite que no despreciemos nada, ningún actor, ningún escenario, ninguna interrelación, ninguna actuación en la ciudad. Este todo vale no descalifica a priori a nadie ni a nada. Permi-*

*te la posibilidad de que todo y todos los que intervienen sean escuchados y valorados. Paradójica y contrariamente a los que creen que el todo vale es fuente de impunidad, silencio cómplice o desprecio, el todo vale como momento inicial del proceso hermenéutico, permite que todos y todo tengan un valor, un lugar, un sitio y una importancia semejantes, en las decisiones urbanas. En otro momento del proceso de comprensión e interpretación de estos u otros acontecimientos urbanos, cada escenario, cada actor, cada interrelación y cada actuación, tendrán un valor distinto, lo cual significa que todo vale, pero de manera diferente. Para llegar a ese momento que es el momento de la diferencia, habrá tenido que transcurrir un intenso proceso comunicativo, donde las racionalidades y el juego de poderes, lo mismo que las fuerzas de las sensibilidades y de las formas de seducción, hayan ejercido una especie de convencimiento que permita priorizar esta cosa (Heidegger) o asunto sobre otros.*

Quisiera saber cómo “priorizaría” la autora esta “cosa” que acabo de citar. Le parece a uno que el final de un texto como éste debería ser la frase del Parceró del barrio Popular N° 8 de Medellín: “Si me entendieron me explican, tan amables”.

He aquí la explicación de lo que se propone el autor de un artículo (otro “par internacional”) publicado por una revista de la Universidad de Antioquia, clasificada en C por Colciencias:

*Contra el orden y el conformismo lingüísticos, para ser, actuar e interpretar de otro modo,*

*hay que ser un filólogo. No en el sentido del especialista y del literato, quienes pretenden apropiarse de las palabras, o como la hermenéutica tradicional o las concepciones lingüísticas positivistas, que marginan la materialidad de las palabras o las reducen en un estudio con pretensiones objetivas, sino en el sentido del cuerpo-amante-enamorado de ellas, quien ama y siente el cuerpo de las palabras, de ese cuerpo sensible, maleable, revelador de la alteridad, lugar de la libertad; quien no las utiliza, porque el cuerpo de las palabras no le pertenece al discurso, a la comunicación, sino que las ama subvirtiéndolas, explotándolas, colapsándolas hasta el sinsentido mismo.*

Creo que es fácil estar de acuerdo en que el autor logró lo que describe en la parte final. Y si estando enamorado de las palabras las junta de ese modo, no quiero ni pensar lo que haría si las odiara.

Con el acendrado centralismo de nuestro país, si mis ejemplos provinieran de una universidad en una provincia selvática olvidada sería comprensible que hubieran sido publicados. Pero no, fueron impresos en tres universidades nacionales públicas acreditadas como instituciones de alta calidad.

### **Moralejas:**

Un problema con el sistema de evaluación, que persiste con el Decreto 1279, es que los “pares” lo son en un sentido muy literal: por lo general escriben tan mal como los autores que evalúan. Además, debido al reducido tamaño de las “comunidades académicas” y a la realización frecuente de foros

y encuentros, lo más probable es que el sistema de evaluación (que en muchos casos se intenta hacer de forma anónima, de tal modo que ni el evaluador ni el evaluado sepan sus nombres respectivos) no logre preservar el anonimato. Es muy común que un autor se refiera, en el cuerpo de un artículo o libro, a otros trabajos que él mismo ha publicado; como en las muestras de escritura que he dado, muchos de los autores tienen, más que un estilo, un *modus operandi* (a la manera de los asesinos en serie), con lo cual resulta muy fácil saber quién escribió qué después de unos cuantos párrafos; y, finalmente, los profesores pueden conocer por varias vías el nombre de quien está evaluando su escrito: pueden halagar a las secretarías de los comités o, como ha ocurrido en la Universidad de Caldas, simplemente elevar un derecho de petición para saber el nombre.

No es raro entonces que la mayoría de las editoriales de las universidades públicas se preocupe poco o nada por publicitar sus títulos y autores, puesto que la principal función de tales sellos es servir de resorte para el aumento del sueldo de los profesores (hace poco le reclamé a un autor por lo mal escrito que estaba su “libro”, y me contestó: “¡Ah!, es que no soy escritor”). También sucede que de un libro se publica tirajes de menos de cien ejemplares, apenas los suficientes para cumplirle al profesor –que de otro modo seguiría presionando con el argumento de que su obra fue bien evaluada–, para el depósito legal y la biblioteca. La obra queda registrada, el autor satisfecho, el comité editorial se quita un problema de encima y, finalmente, nadie la lee. Por eso,



cuando se publica buenos libros, tampoco reciben la atención que se merecen, pues las editoriales universitarias se han marginado a sí mismas del mercado.

Otro indicio de que algo anda mal tiene que ver con la casi total ausencia de crítica escrita. El único síntoma fiable de la existencia de comunidades académicas es la discusión pública. Pero en las revistas especializadas es muy raro encontrar que un colega le conteste a otro, lo cual podría significar que la mayoría de la gente trabaja en asuntos distintos, o que están de acuerdo en casi todo o, lo más probable, que no se leen. Y recordemos que en ciencias sociales y humanas hay mucho más de noventa revistas y más de cuatro mil grupos de investigación registrados por Colciencias.

Esta situación parece la parodia de la parodia que hace un capítulo de la novela *Asuntos de un hidalgo disoluto*, de Héctor Abad Faciolince. En él, el protagonista cuenta la moraleja que le dejó una corta incursión en la política nacional. Siendo candidato al Senado, viajó por todo el país y llegó a la conclusión de que lo que se necesita para triunfar en la política colombiana no es un programa político, sino repartir trago. Dijera lo que dijera, si repartía la cantidad suficiente de licor, lo aplaudían. Siguiendo con la caricatura, en la academia colombiana, por lo menos en lo que Colciencias llama ciencias sociales y humanas, usted puede poner por escrito casi cualquier cosa, y probablemente nadie le dirá nada. En la Universidad de Caldas una vez circuló una “publicación impresa universitaria” sobre el concepto y la práctica de la evaluación, en

la que el autor declaraba sin derramar una lágrima que “una mala evaluación es más nociva que la bomba atómica que arrasa poblaciones enteras”. La reacción fue el silencio.

En los grupos de investigación, para los cuales Colciencias tiene una jerarquía similar a la de las revistas, la situación es un mal chiste. En el caso de las ciencias sociales y humanas, por ejemplo, el escalafón era, hasta hace poco, una pirámide invertida: la mayoría de los grupos estaba en los niveles más altos de calidad. Actualmente, Colciencias está reclasificando los grupos, con la restricción de que no serán puntuados los libros de investigación a menos que hayan sido reseñados, entre otras medidas. Con esto se espera poner la pirámide al derecho, pero mucho me temo que en pocos años los autores de libros se asegurarán de que algún colega les publique una reseña, y viceversa: el reseñista cobrará después su cuota en recensiones de sus propios libros. Con el corolario hilarante de que si un libro recibe una reseña demoledora, o diez, el sistema de Colciencias le aumenta el puntaje ¡sólo por haber sido comentado!

Casi sobra decir que el sistema tiene serios problemas para aproximarse a lo que vale la pena. Los evaluadores de una revista son también escritores en otras y, así, hay una motivación mutua para reducir las exigencias. Una consecuencia es que la publicación en revistas de baja circulación y calidad dudosa que logran cumplir requisitos apenas formales aumenta automáticamente el sueldo de los autores, mientras que la publicación en medios de más am-

plia circulación y prestigio, como *Gatopardo* o, para exagerar, *The New Yorker*, donde es mucho más difícil publicar, no tiene efectos en el salario. Además, un evaluador puede contar con un currículo estupendo y escribir desastrosamente (las citas que puse son de autores con doctorados realizados en el extranjero). Recurrir a evaluadores extranjeros tampoco resuelve nada, pues no nacer en Colombia puede ser una ventaja en la vida, es cierto, pero no tiene nada que ver con la buena escritura.

Cuando el gobierno propuso el Decreto 1279 hubo un aluvión de airadas protestas por parte de profesores y sindicatos. El razonamiento que expresaron con más frecuencia para oponerse fue que los problemas con el 1444 estaban en la forma de aplicarlo y no en su contenido. Agregaban que el nuevo decreto atentaba “contra el futuro de la Ciencia y la Tecnología en Colombia” (así se expresan en una carta, dirigida al ministro de Educación, los miembros de más de diez grupos de investigación de la Universidad de Antioquia).

Todo esto está desencaminado: la sola idea de “estímulos a la producción intelectual” es un error. El resultado más visible de la creación de esa política de estímulos fue una riada de papel, de malos escritores y de publicaciones que nadie lee. Por lo menos en humanidades, con toda certeza lo que se hubiera dejado de publicar si tal política no hubiera existido, no vale la pena. Tampoco resulta sorprendente, entonces, que las obras más importantes del siglo pasado publicadas en Colombia, en áreas como literatura y filosofía, hayan sido escritas al

margen o a pesar de las academias (las de Nicolás Gómez Dávila, Fernando González, García Márquez, etc. Es cierto que ellos no escribieron lo más importante durante la época de los decretos, pero también es cierto que sus obras perduran justamente por ser antiacadémicas: no especializadas y, sobre todo, bien escritas). Algunos han argüido que el problema reside en la comparativamente baja remuneración de los profesores universitarios. Pero esto se resuelve aumentando los sueldos, no poniendo un cebo para que un batallón de chapuceros se ponga a publicar.

Una consecuencia adicional de este estado de cosas es que las universidades han resultado incapaces de cumplir una de las funciones sociales que deberían desempeñar: contribuir a la discusión pública inteligente. No es raro, por ejemplo, que la mayor parte de la ciencia social académica que se hace en el país, sea perfectamente irrelevante para nuestros gobiernos. ¿Qué puede haber de preocupante para un régimen en el tipo de disertaciones que cité sobre los desplazados? En la universidad, la sociedad debería ser capaz de aprender cómo se conduce una discusión de manera lógica e informada. Lo que presentamos, en cambio, es una serie triste y risible de monólogos. No es sorprendente, entonces, que el resultado consista en egresados borregos o frustrados; ni que a casi nadie le importe la ingente cantidad de cosas que publicamos. Hacen bien, después de todo: en la mayoría de los casos, son una pérdida de tiempo, plata y esfuerzo. Mientras tanto, las universidades y el gobierno siguen cacareando sus discursos



ociosos sobre la excelencia académica, el crecimiento de los grupos de investigación y las revistas “indexadas” (así dicen). Lo hacen de buena fe, estoy seguro, no están mintiendo. Es el clímax del simulacro, la farsa en estado puro: una mascarada que no oculta nada, el maquillaje sin rostro, la bufonada de la seriedad.



Fecha de recepción: junio 1 de 2009

Fecha de aprobación: agosto 4 de 2009

# ***“La Parábola del Mal Samaritano.”***

## ***Apuntes sobre la Lesión en el Derecho de Contratos***

Por: **Alfredo Bullard G.**

Profesor de Derecho Civil y Análisis Económico del Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú y Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.  
abullard@bullardabogados.com.pe

### **RESUMEN**

La parábola del buen Samaritano confía en que el altruismo es capaz de resolver nuestros problemas, en particular la situación en las que las personas necesitan ser rescatadas por otras. Este trabajo, valiéndose como herramienta del Análisis Económico del Derecho, nos muestra que en el mundo real los seres humanos actúan motivados por incentivos, orientados a maximizar sus beneficios y que, por tanto, el altruismo generará que la oferta de rescate se encuentre por debajo de la demanda, lo que determinará que se dé un número subóptimo de rescates de los que son necesarios, reduciendo con ello el bienestar social.

Pero, además, la lesión parte de una teoría objetiva del valor, olvidando que ya la economía nos enseña que el valor es un concepto siempre subjetivo, lo que hace que

esta figura sólo pueda operar en contra de la más elemental lógica económica.

El artículo sugiere que en el mundo real es mejor confiar en la parábola del mal Samaritano, derogar la lesión y confiar a la autonomía privada y a otras reglas legales al atender la situación de las personas que necesitan ser rescatadas.

### **PALABRAS CLAVE**

lesión, autonomía privada, contratos, valor, rescate, desproporción, violencia, intimidación, altruismo

### **ABSTRACT**

The parable of the Good Samaritan believes that altruism is capable of solving our problems, in particular, the situation



in which people need to be rescued by others.

This research, based on the tools of economic analysis of law, shows that in the real world, human beings are motivated by incentives trimmed to maximize profits and therefore the altruism will cause that the rescue bid is lower than demand, which is determined by a suboptimal number of rescues that are necessary, and thus reducing social welfare.

The lesion comes from the objective theory of value, forgetting that economics teaches us that the value is always a subjective concept, which makes this figure can only operate against the most basic economic logic.

#### KEY WORDS

injury, private autonomy, contracts, value, rescue, disproportion, violence, intimidation, altruism.

### 1. INTRODUCCION

Un hombre descendía de Jerusalén a Jericó y cayó en manos de unos ladrones los cuales le despojaron de sus pertenencias, lo hirieron y se fueron dejándolo medio muerto. Un sacerdote que bajaba por aquel camino lo vio y pasó de largo. Lo mismo hizo un levita que al verlo también siguió su camino. Un samaritano, que venía por el mismo camino, se detuvo y se acercó a preguntarle qué había pasado. El herido contó lo ocurrido, y el samaritano se ofreció a ayudarlo a cambio de que le pagara cien (100) denarios. El herido, temeroso de

que nadie más pasara por el camino o que quienes pasaran se negaran a ayudarlo, aceptó. El samaritano lo subió a su asno y lo condujo hasta un mesón donde curó sus heridas, lo vistió y cuidó de él.

Al día siguiente, una vez que el herido se había recuperado y había entrado en contacto con sus sirvientes, quienes le trajeron dinero y vestido, el samaritano le reclamó su recompensa. La víctima de los ladrones se negó a pagarle. Si bien reconocía que había hecho una promesa dijo que la misma había sido obtenida aprovechándose de su estado de necesidad apremiante y que, por tanto, si se le demandaba ante los tribunales el pago del monto acordado por el rescate iba a alegar lesión y, de acuerdo al artículo 1447 del Código Civil, él podía rescindir el acuerdo.

Efectivamente, el samaritano demanda reclamando el rescate. El juez, sin embargo, acoge la defensa del rescatado y niega el pago de la compensación acordada.

Al poco tiempo, el mismo samaritano pasa por el mismo camino y encuentra nuevamente a la misma persona que una vez más había sido asaltada por ladrones y dejado medio muerto en el camino. Se acerca al herido quien le pide que le ayude, y le ofrece pagarle los cien denarios del rescate anterior más cien denarios adicionales. El samaritano le contesta que no pensaba perder su tiempo. El sabía que una vez el herido se recuperara volvería a alegar lesión y no podría cobrar nada. Así, dejó al herido abandonado a su suerte.<sup>1</sup>

A diferencia de la parábola del buen samaritano<sup>2</sup>, en esta parábola el samaritano era egoísta. Si bien no se negó inicialmente a ayudar al herido, lo hacía motivado por un interés económico. Una vez que descubrió que ese interés económico no podía verse satisfecho perdió todo incentivo para ayudar a la víctima de los ladrones.

La parábola del buen samaritano contiene una hermosa enseñanza que ojalá muchos sigan. Pero no muchos son como el buen samaritano. Las historias de solidaridad con el prójimo suelen relatarse como excepciones a la regla. Quien rescata al prójimo sin mayor interés que su propia humanidad suele ser retribuido con el reconocimiento público, con una medalla de honor al mérito, o simplemente con la satisfacción personal de haber sido una buena persona.

Pero, aparentemente, en el mundo real este reconocimiento público, estas medallas, o

estas satisfacciones parecerían ser insuficientes para motivar los actos de rescate del prójimo que serían deseables. Los actos de solidaridad son escasos en relación a los actos que se motivan por el interés económico. De alguna manera parecería que el principio de solidaridad no está en capacidad de crear los incentivos para que la oferta de acciones de rescate cubra la demanda existente por dichos actos de rescate.<sup>3</sup>

Traslademos la parábola del mal samaritano a algunos casos más actuales.

El barco ballenero Richmond encalló en una costa desértica del Océano Ártico. Como consecuencia del incidente, el barco

<sup>1</sup> La idea de la relación entre el buen samaritano y la lesión la he tomado del trabajo de Landes, William y Richard Posner "Salvors, Finders, Good Samaritans, and Other Rescuers: An Economic Study of Law and Altruism," *Journal Of Legal Studies*, No. 7, p. 82 (1978)"

<sup>2</sup> Biblia, Evangelio de Lucas, capítulo 10 versículos 30-35

<sup>3</sup> Ello explicaría por qué algunas normas del ordenamiento crean algunos incentivos adicionales de sentido inverso. Por ejemplo el artículo 127 del Código Penal sanciona el abandono de personas en peligro, de manera que quien no es "solidario" en ciertas ocasiones tiene que pagar un "precio" por no serlo. Así esa norma señala: "*El que encuentra a un herido o a cualquier otra persona en estado de grave e inminente peligro y omite prestarle auxilio inmediato pudiendo hacerlo sin riesgo propio o de tercero o se abstiene de dar aviso a la autoridad, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de un año o con treinta a ciento veinte días-multa.*"

El mal samaritano posiblemente hubiera podido ser objeto de sanciones penales (como el sacerdote o el levita) por no atender al herido y así enfrentar incentivos adecuados para acudir en ayuda de quien está en estado de necesidad.

De manera similar ciertas normas referidas al transporte aéreo o marítimo imponen obligaciones de "solidaridad" a quienes desarrollan ciertas actividades precisamente para generar incentivos que generen un número de rescates mayor al que generaría la solidaridad pura y simple.

comenzó a hundirse con toda su carga de aceite de ballena. En los días subsiguientes, tres barcos se acercaron al Richmond. Los capitanes de los tres barcos se comportaron como buenos samaritanos respecto de la tripulación, y aceptaron rescatarlos sin costo alguno.<sup>4</sup> Pero no hicieron lo mismo respecto a la carga. Le dijeron al capitán del Richmond que no rescatarían la carga a menos que éste aceptara llevar a cabo una subasta entre los tres capitanes presentes. Presionado por la situación, el capitán del Richmond aceptó la subasta. Uno de los capitanes ofreció un dólar por barril por toda la carga que pudiera recoger, mientras los otros dos ofrecieron 0.75 dólar por barril. Ambos precios se encontraban muy por debajo del valor de mercado del aceite. Cuando los barcos retornaron al puerto con la tripulación y la carga, los dueños del Richmond, de la misma manera como lo había hecho el rescatado en nuestra parábola del mal samaritano, demandaron a los propietarios de los otros tres barcos reclamándoles que se dejara sin efecto el contrato invocando una figura similar a la lesión. La Corte acogió la pretensión de los propietarios del Richmond, dejó sin efecto la subasta y ordenó el pago de una compensación justa por el rescate.<sup>5</sup>

Cabe preguntarse en este caso qué pasará cuando los barcos “rescatadores” vuelvan a encontrar otro barco ballenero hundiéndose en las heladas aguas del Océano Ártico, y cuáles serán sus incentivos para llevar a cabo un riesgoso rescate en esas circunstancias.

Otro caso que se suele usar como ejemplo para la aplicación de la lesión es el del dueño de una famosa pintura que requiere con urgencia dinero para pagar la operación de su hija que se encuentra grave en el hospital. Desesperado por no poder vender el cuadro rápidamente, decide aceptar una oferta por sólo la mitad del valor de tasación del cuadro, cantidad que es pagada en efectivo. Luego de culminada con éxito la operación, reclama la rescisión del contrato alegando lesión pues había aceptado un precio excesivamente bajo motivado simplemente por el estado de necesidad en que el estado de salud de su hija lo había colocado. Su acción tiene éxito y el contrato es dejado sin efecto.

Cabría preguntarse qué pasará cuándo nuevamente requiera dinero para una operación de urgencia y no encuentre a nadie dispuesto a pagar rápidamente el valor de tasación. Quienes conozcan el antecedente del contrato anterior, desconfiarán de hacer ofertas por precios menores, pero pagadas en efectivo de manera inmediata.

Los casos que hemos relatado muestran los complejos riesgos y problemas que se pueden derivar de la aplicación de una figura como la lesión. La figura trata de impedir que los “malos samaritanos” se aprovechen del estado de necesidad de alguna perso-

---

<sup>4</sup> Lo cual no era muy meritorio. Las normas de navegación marítima imponen obligaciones a los capitanes de las naves de auxiliar a las víctimas de un naufragio, por lo que no podría asegurarse que se trató de un acto de pura solidaridad.

<sup>5</sup> Post v.s. Jones 60 U.S. (19 How) 150 Corte Suprema de los Estados Unidos. 1856.

na para obtener contraprestaciones que no guarden un supuesto equilibrio desde el punto de vista económico. Esta figura persigue desincentivar una conducta excesivamente egoísta. Sin embargo, al hacerlo, la lesión crea un incentivo peligroso en sentido contrario. Así, la lesión desincentiva operaciones de rescate que puedan ser motivadas por la oportunidad de obtener un lucro mayor al que se obtendría en una operación de mercado común y corriente. En esa circunstancia es difícil tener una respuesta clara. Por un lado, no se quisiera que la gente se aproveche del estado de necesidad de otros. Por otro lado, se quisiera que quienes están en estado de necesidad encuentren la mayor cantidad de opciones posibles para salir de dicho estado. Y como las leyes de mercado indican, a mayor precio (o a mayor contraprestación) mayor cantidad ofertada.

Como también indican las leyes de economía, los controles de precios tenderán a reducir la cantidad ofertada. La lesión es una suerte de control de precios en el que las prestaciones son evaluadas a fin de determinar si han sido fijadas de manera justa o como consecuencia de un aprovechamiento del estado de necesidad. Pero al hacerlo envía a los agentes económicos el mensaje de que los precios o contraprestaciones que pacten pueden ser evaluados por el juez, de la misma manera en que lo haría un regulador de precios en un servicio público, sólo que incluso con menores herramientas para poder hacerlo. Así como los controles de precios generan escasez y colas para obtener productos, la lesión puede generar

escasez de rescatadores y “colas” de potenciales rescatados esperando un rescate.

El presente trabajo trata de analizar la compleja relación que existe entre los incentivos a que los agentes económicos no aprovechen el estado de necesidad de otros, y los incentivos para que existan suficientes agentes económicos dispuestos a emprender el rescate de quienes están en estado de necesidad. Trata, en consecuencia, de discernir hasta donde el mal samaritano puede ser realmente considerado malo y hasta donde considerar que confiar solo en buenos samaritanos puede resultar iluso.

## 2. LA LESIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO

El Código Civil peruano regula la lesión en los artículos 1447 a 1456. Estas normas establecen un conjunto de principios para su aplicación. Sin embargo, dejan un amplio campo de discrecionalidad al juez.

La definición de la figura está en el artículo 1447<sup>6</sup>, y determina básicamente tres elementos:

- a) Una desproporción entre las prestaciones que al momento de celebrar el

### <sup>6</sup> Artículo 1447.- Acción por Lesión

La acción rescisoria por lesión sólo puede ejercitarse cuando la desproporción entre las prestaciones al momento de celebrarse el contrato es mayor que las dos quintas partes y siempre que tal desproporción resulte del aprovechamiento por uno de los contratantes de la necesidad apremiante del otro.

Procede también en los contratos aleatorios, cuando se produzca la desproporción por causas extrañas al riesgo propio de ellos.



contrato es mayor a las dos quintas partes.

- b) Un estado de necesidad apremiante de una de las partes.
- c) El aprovechamiento por parte de uno de los contratantes de dicho estado de necesidad.

Aunque el Código no lo dice expresamente, es claro que la desproporción está en relación de causalidad con el aprovechamiento del estado de necesidad, es decir, la desproporción se origina en que una de las partes acepta tal desproporción a fin de salvarse del estado de necesidad en que se encuentra.

Otras normas definen algunos aspectos operativos. Por ejemplo el artículo 144<sup>87</sup> dispone que si la desproporción fuera igual o superior a dos terceras partes, se presume el aprovechamiento del estado de necesidad. Así, no basta la simple desproporción en términos generales, debiendo probarse en principio que la desproporción es consecuencia del aprovechamiento. Pero el Código acude en ayuda del supuesto lesionado a través de una presunción que le facilita probar, en caso de desproporciones más marcadas, la existencia del aprovechamiento del estado de necesidad.

Si bien la acción o lesión permite rescindir el contrato, el supuesto lesionante puede “curar” la lesión por la vía de consignar la diferencia de valor entre las prestaciones según el artículo 1450<sup>8</sup>, o reconviniendo el ajuste de valor tal como establece el artículo 1451<sup>9</sup>.

Si uno aplica este esquema en general a los casos que comentamos en la introducción del presente trabajo, veremos que, en teoría, su aplicación es relativamente simple, pero en la práctica plantea problemas bastante complicados.

En el caso del mal samaritano la desproporción se produce entre lo que vale un rescate en esas circunstancias (es decir, subir al asno a la víctima de los ladrones, atenderlo y llevarlo al mesón) en relación a los cien denarios pactados. Si bien desconozco cuanto valía un denario, en la parábola del buen samaritano se dice que éste dejó al dueño del mesón dos denarios con la instrucción de que lo cuide y que, en todo caso, cualquier diferencia que se gaste demás le sería reembolsada a su retorno. Sólo para fines explicativos, asumamos que hoy uno deja a una persona malherida en un hotel para que sea atendida por un tiempo razonable. Posiblemente hablemos de una cantidad que se encuentre alrededor de US\$ 200.00, con lo que un denario equivaldría a US \$ 100.00. Los 100 denarios ofrecidos serían como US\$ 10,000 por el rescate.

---

**<sup>7</sup> Artículo 1448.- Presunción de aprovechamiento.**

En el caso del artículo 1447, si la desproporción fuera igual o superior a las dos terceras partes, se presume el aprovechamiento por el lesionante de la necesidad apremiante del lesionado.

**<sup>8</sup> Artículo 1450.- Consignación del exceso**

Fenece el proceso si el demandado, dentro del plazo para contestar la demanda, consigna la diferencia de valor.

**<sup>9</sup> Artículo 1451.- Reajuste del Valor**

El demandado puede reconvénir el reajuste del valor. En este caso, la sentencia dispondrá el pago de la diferencia de valor establecido, más sus intereses legales, dentro del plazo de ocho días, bajo apercibimiento de declararse rescindido el contrato.

El precio de rescate en este caso puede parecer exagerado para las acciones tomadas (subirlo al asno, llevarlo al mesón, cuidarlo, etc.), aunque puede ser reducido desde el punto de vista de salvar una vida humana. Subir un herido a la cabalgadura del samaritano y darse las molestias de llevarlo hasta el mesón son razones en las que será difícil justificar una remuneración de US\$ 10,000, pero será fácil justificar que alguien pague US\$ 10,000 por salvar su vida. Como veremos más adelante, uno de los grandes problemas que enfrenta la lesión es cómo valorizar las prestaciones, en especial cuando no existe un “mercado de rescates” desarrollado que sirva de referente. Pero el problema, como veremos en el presente trabajo, es aún más complejo.

Asumamos, sin embargo, que la desproporción entre el valor del rescate y lo que se ofreció por el mismo es importante. En tal caso, la acción del rescatado en el Poder Judicial para rescindir el contrato será exitosa, salvo que el mal samaritano contrademande el reajuste del valor de las prestaciones a su real valor.

En el caso del barco ballenero Richmond, las cosas no son muy distintas. De la lectura de la sentencia del caso se desprende que había una desproporción manifiesta entre lo que se pagó por el aceite de ballena y lo que el aceite de ballena valía en el mercado. Esta desproporción fue calificada por la Corte como una que era consecuencia del aprovechamiento del estado de necesidad en que se encontraban los tripulantes del Richmond. En tal sentido, la Corte Suprema de los Estados Unidos

llegó a una solución similar a la que plantea nuestro Código Civil al establecer el pago de un valor razonable de rescate a los propietarios de los tres barcos involucrados, tal como ocurriría si el supuesto lesionado contrademandará el reajuste del valor de las prestaciones.

Finalmente, en el caso del padre que vende la pintura para poder operar a su hija, el comprador que paga un precio menor al de tasación actúa como una suerte de “mal samaritano”. Al generarse dicha desproporción el padre podría solicitar la rescisión del contrato si demostrara que la diferencia de precio obedece a que este “mal samaritano” se aprovechó de su estado de necesidad. Siempre, sin embargo, el comprador de la pintura podrá, de acuerdo a nuestro Código Civil, consignar la diferencia de valor o contrademandar el ajuste de las prestaciones.

Los incentivos de estas soluciones pueden ser, sin embargo, preocupantes para generar un número adecuado de oferentes de rescate, tal como analizaremos a continuación.

### 3. LOS TIPOS DE RESCATE Y LOS INCENTIVOS PARA SU REALIZACIÓN.

Cooter y Ulen clasifican los rescates en tres clases, según los costos que estos implican.<sup>10</sup> A continuación usaremos su clasificación para entender cómo funcionan los

<sup>10</sup> Cooter, Robert y Thomas Ulen. “Derecho y Economía”. Fondo de Cultura Económica. México, 1998. Páginas 338-339.



incentivos para llevar a cabo un rescate y para fijar la remuneración o contraprestación por el mismo. Según estos autores, los tipos de rescate son los siguientes:

- a) Rescate fortuito: es aquel que se efectúa utilizando los recursos que estaban a mano por simple casualidad. Por ejemplo, en el caso del mal samaritano, éste utilizó los recursos con que contaba en ese momento y que no habían sido puestos allí con la intención de efectuar un rescate de un herido por los ladrones. Así, su asno estaba allí porque él lo utilizaba. Su tiempo era el que usaba para recorrer el camino a fin de llegar a su destino. Por mera casualidad tenía lo que la víctima de los ladrones necesitaba. En el caso del barco ballenero, los otros barcos tenían espacio en las bodegas para llevar a cabo el rescate del aceite y lo hubieran tenido a disposición así desconocieran, como efectivamente ocurrió, que iban a tener que rescatar a otro barco encallado en la orilla. En el caso de la pintura y la niña enferma, si el comprador estaba buscando pinturas para su colección y encontró el vendedor en las circunstancias que padecía, utilizó el dinero que hubiera podido usar para comprar cualquier otra pintura en su proceso de búsqueda.
- b) Rescate previsto: este tipo de rescates utiliza recursos destinados a posibles rescates, a pesar que la persona que realiza el rescate, no se dedica usualmente a esta actividad. Ello ocurre, por ejemplo, con quien lleva siempre un galón de gasolina en su maletera para auxiliar a automovilistas que se quedan sin combustible. En el caso del mal samaritano esto ocurriría si éste portara siempre un botiquín y un juego de ropa adicional para atender ocasionalmente a las víctimas de los ladrones en los caminos. Si bien él recorre los caminos no en su calidad de rescatista, toma algunas previsiones por si se aparece la posibilidad de rescatar a alguien. En el caso del barco ballenero, podría ser que sea práctica usual de los barcos mantener siempre un espacio reservado en la bodega por si se encuentra un barco encallado a fin de poder eventualmente rescatar su carga. En el caso de la pintura y la niña enferma podría ocurrir que el comprador de pinturas siempre cuenta con una reserva de dinero especial para “compra a personas en estado de emergencia” a fin de tener disponibilidad inmediata de efectivo, a pesar que su actividad normal en el mercado se refiere a transacciones menos idiosincráticas.
- c) Rescate planeado: un rescate es planeado cuando el rescatador desarrolla como actividad la búsqueda de personas que requieren ser rescatadas. Los recursos que utiliza son consecuencia de una inversión realizada con la intención de dedicarse a dicha actividad. Es lo que hubiera ocurrido si el “mal samaritano” hubiese sido un profesional dedicado al rescate de víctimas de robo, y hubiera estado entrenado y equipado con los recursos necesarios para hacer estos rescates, cobrando por

los servicios que presta. En el caso del barco ballenero este supuesto se daría si el rescate hubiera sido realizado por una suerte de “guardacostas privado” especializado en salvar a la tripulación y a la carga en circunstancias como las que se presentaron. Finalmente, en el caso de la pintura y la niña enferma, sería un rescate planeado si el cuadro hubiera sido dejado en una “casa de empeño” que suele especializarse en entregar efectivo de manera rápida a cambio de valorizaciones relativamente bajas de los bienes empeñados y cobrara intereses relativamente altos.

Como señalan Cooter y Ulen, los distintos tipos de rescate tienen estructura de costos diferentes y por ello requieren incentivos distintos para que se lleven a cabo. Un rescate fortuito no exige a quien hace el rescate efectuar inversiones adicionales en recursos más allá del tiempo que utilizará en llevar a cabo el rescate y el valor de los bienes que se consumen en el rescate mismo. Para llevar a cabo un rescate previsto, el rescatador potencial deberá haber invertido en contar con los recursos que se requeriría para atender un rescate si este se presentara, los mismos que estarán inmovilizados hasta que se presente un rescate. Pero su actividad principal es distinta, y por tanto cubre los costos más importantes con lo que recibe por su actividad común. Así, el mal samaritano llevaría igual su asno a pesar que quizás tendría que gastar algo en contar con un botiquín o un juego de ropa adicional. Los barcos balleneros tendrían que reservar un espacio en la bodega, lo cual tiene un costo, pero igual la inver-

sión en el barco y en la operación de pesca se realizaría igual. Sin embargo en el caso de rescate planeado, las cosas son distintas. El mal samaritano esperaría recuperar los costos invertidos en el asno y en todo su tiempo en recorrer el camino en busca de víctimas de ladrones con las remuneraciones del rescate. El guardacostas privado que rescata al barco ballenero tendría que cubrir con las remuneraciones de rescate el costo de su propio barco y todos los costos operativos en que incurre.

Lo que se deriva de esto es que los individuos esperarán en cada tipo de rescate remuneraciones diferentes para establecer los valores de rescate. Como el rescate fortuito utiliza recursos que por casualidad están disponibles, la remuneración podrá ser moderada pues debería cubrir solo el tiempo del rescatador. Como en el caso del rescate previsto, se utilizan aquellos recursos destinados a atender emergencias, entonces bastaría que el valor del rescate remunerara los recursos invertidos para estar preparado para una emergencia. En cambio, en el caso de rescate planeado el rescatador buscará cubrir todos los costos de los recursos que insume para dedicarse a atender emergencias o rescates.

Basta una somera revisión de la doctrina de la lesión para descubrir que estos aspectos no son siquiera evaluados o considerados, a pesar que son relevantes para determinar la contraprestación. La doctrina de la lesión parte del supuesto de que el problema es sólo el de la proporcionalidad de las prestaciones, sin considerar que el rescate mismo tiene costos que deben ser



compensados. No basta determinar si la tasa de interés que cobra una casa de empeño es razonable comparada con la que se cobra en un banco. La casa de empeño tiene que otorgar el préstamo muy rápido y recuperarlo en la mayoría de los casos con la venta del bien empeñado. Sus costos son mayores, y eso explica no sólo el nivel de las tasas de interés que cobra, sino además porqué valorizan los bienes por debajo de su valor de mercado.

De manera similar, un guardacostas privado podría pretender cobrar más que un barco ballenero que pasó por casualidad, simplemente porque el guardacostas tendrá que recuperar, además de la inversión en el barco, el tiempo muerto en el que navega por las aguas del Océano Ártico buscando barcos encallados.

Y los jueces no tienen capacidad ni recursos para discernir qué tipo de rescate se enfrenta en cada caso, ni por qué en uno se cobra más que en otro. Y ello sin considerar aún las condiciones de demanda existentes, sino sólo los costos del rescatador. De hecho ello suele ser determinado de mejor manera a través del propio mercado.

Los jueces podrían, en consecuencia, estar reduciendo los incentivos para que existan ofertas de rescate disponibles. Sin duda, sería mejor que se motive la competencia entre rescatadores por la vía de permitir cobros de rescates más elevados y así haya más oferta disponible.

Pero las normas de lesión restringen esa posibilidad de generar competencia. Y generan por tanto incentivos incorrectos.

#### 4. ¿CUÁNTO VALEN LAS COSAS? LA TEORÍA DEL VALOR.

Sin embargo, quizás el mayor error conceptual que se encuentra bajo la defensa de la figura de la lesión es su mala comprensión de la teoría del valor. Para los defensores de la lesión las cosas tienen un valor objetivo, determinable y único, sin comprender que toda valorización es subjetiva, y por tanto dos personas diferentes pueden asignar exactamente al mismo bien dos valores diferentes, según sus propias preferencias, sus limitaciones presupuestarias y las circunstancias en las que se realiza la operación.

El problema del valor trasciende las fronteras de lo jurídico, e incluso de lo económico, para llegar a los terrenos de lo filosófico y hasta de lo ético. Este trabajo sostiene que la teoría de la lesión carece por completo de una teoría del valor sostenible. Como veremos, el principal error está en conceptualizar el valor como algo objetivamente determinable. La lesión opera sobre la base que es posible, de manera matemática, determinar la desproporción entre dos valores. Nada más falso. No es posible que un juez pueda afirmar que los valores de dos prestaciones están en desproporción en un contrato. No existe una regla única de medición de valor. Cada individuo tiene su propia escala de valores, y en consecuencia dos valorizaciones de dos personas diferentes no pueden ser comparadas entre sí, como dos valoriza-

ciones del mismo bien llevadas a cabo por la misma persona pero en momentos diferentes, tampoco pueden ser comparadas entre ellas.

Para efectos de entender la teoría del valor, es pertinente seguir el trabajo de Benegas Lynch en el que describe las distintas formas de entender el valor.<sup>11</sup>

Una posición excesivamente simple de valor, y que parecería encontrarse implícita en la teoría de la lesión, parte de la idea de la reciprocidad en el intercambio. Para esta posición el valor de lo que se entrega debe ser equivalente al valor de lo que se recibe. De allí se deriva la teoría del “precio justo”, es decir, que existe un precio que cada cosa tiene en justicia.

De esta posición se deriva la idea que hay un valor objetivo que puede ser determinado por un tercero en toda transacción. De hecho, se pierde de perspectiva que no es posible el intercambio sin desigualdad de valorización. Como bien dice Benegas Lynch, si una persona le atribuye idéntico valor al bien “A” que posee respecto del bien “B” que posee otra persona, no sería posible la transacción entre estas personas respecto a estos bienes.<sup>12</sup> Si los valores son iguales ninguno gana nada. Entonces ¿Por qué acordarían un intercambio? Esta teoría pierde de vista un concepto importante: las partes intercambian para obtener una ganancia. Esto quiere decir que están dispuestos a pagar menos que la valorización que tienen de un bien para así obtener como ganancia la diferencia entre su propia valorización y el precio pactado. Si los

bienes que se intercambian valieran igual para las partes, el intercambio carecería de sentido. Sólo la existencia de valores diferentes para cada parte explica por qué las personas intercambiamos cosas.

Dada la imposibilidad de explicar el valor en términos de reciprocidad de intercambios, se formuló una posición que es ampliamente difundida, incluso en nuestros días, y que también parte de una concepción objetiva de valor. Para esta posición, el valor es la sumatoria del costo de todos los elementos que intervienen en la producción de un bien. Las cosas valen lo que cuesta producirlas. Esta posición adolece sin embargo del mismo problema. Si las cosas valen lo que cuestan, ¿cómo se puede explicar que un empresario incurra en los costos de producir un bien si no es entendiendo que puede encontrar a alguien que asigne a dicho bien un valor superior? De la diferencia entre lo que esta persona está dispuesta a pagar y lo que al empresario le costó producir el bien se deriva la ganancia. Los precios no se determinan sólo por condiciones de oferta (costos) sino por condiciones de demanda (preferencia de los consumidores, limitaciones presupuestarias de los mismos, etc.). De esta teoría, sin embargo, se derivan algunas figuras o situaciones que son “primo hermanas” de la teoría de la lesión. Por ejemplo, cuando en los periódicos aparecen noticias en las que se dice que las empresas están cobran-

<sup>11</sup> Benegas Lynch, Alberto (hijo). “Fundamentos de Análisis Económico” Abeledo Perrot, undécima edición, Buenos Aires, Argentina.. Páginas 63-72.

<sup>12</sup> Benegas Lynch, Alberto op. cit. página 64



do muy por encima de sus costos, o que hay abusos de las empresas de transporte porque los pasajes suben en la época de Navidad, tales afirmaciones parten de una teoría de costo-valor. Lo mismo ocurre con muchas teorías regulatorias, o con los conocidos controles de precios que pretenden fijar el valor en base a la sumatoria de costos incurridos para producir algo. Así, bajo esta concepción, es malo cobrar por encima de los costos. La teoría del costo-valor no puede explicar el precio de los pasajes en temporada alta simplemente porque estos suben no por condiciones de oferta sino por condiciones de demanda. Si la gente está dispuesta a pagar más no es porque las cosas cuesten más, sino porque gozan de una mayor preferencia en determinadas circunstancias.

El problema de entender el valor en términos objetivos es que se pierde la perspectiva de que valor es en sí mismo subjetividad. En realidad el valor es determinado en parte por la utilidad, entendiendo por ésta la capacidad que el sujeto ve en un objeto determinado para satisfacer sus necesidades en un lugar y espacio definidos. Pero la utilidad sola no puede explicar todo el problema del valor. Como bien se pregunta Benegas Lynch ¿cómo era posible que un bien indispensable y, por ende, de gran utilidad como el pan tuviera menor valor que los brillantes, los cuales no resultan esenciales para la supervivencia del hombre?<sup>13</sup>.

Es recién con la Escuela Austríaca que se formuló y desarrolló la teoría de la utilidad marginal, en que la utilidad tiene sentido en relación a la escasez, entendiendo por

escasez el significado de **determinada cantidad** para **determinado individuo en determinada circunstancia**. Es ello lo que vincula la escasez a la utilidad. Esto resuelve la antinomia que señalábamos líneas arriba entre el valor del pan y el valor de los brillantes. El pan y los brillantes valen según lo que una determinada cantidad de dichos bienes significa para un determinado individuo en una determinada circunstancia. Los sujetos no valoran los brillantes o el pan en general sino en particular<sup>14</sup>. Si tengo mucho pan, una unidad adicional de pan vale menos para mí. Si el pan no me gusta también vale menos. Si no tengo hambre también vale menos. Y el mismo ejercicio se puede hacer con los brillantes. Si los brillantes valen más que el pan es porque son relativamente más escasos dada la demanda existente. Pero si estoy muerto de hambre en un desierto con una bolsa de brillantes atada al cinto, estaré dispuesto a cambiar una valiosa joya a cambio de una hogaza de pan para sobrevivir. Y ello porque en la circunstancia de encontrarme hambriento en medio del desierto el pan se vuelve, en términos relativos, más escaso que los brillantes para satisfacer mis necesidades concretas.

El propio Benegas Lynch explica cómo se define la utilidad marginal y por qué una cosa no vale igual ni entre individuos distintos ni para un mismo individuo en todas las circunstancias:

---

<sup>13</sup> Benegas Lynch, op. cit. pag. 67

<sup>14</sup> Benegas Lynch op. cit. pag. 67-68

*“Supongamos que un individuo cuenta con un stock total de diez baldes de agua, cada uno de los cuales sirve como medio para atender fines de distinta jerarquía establecida de mayor a menor. Se deduce de la “acción humana” que el individuo preferirá primero lo que considera más urgente y así sucesivamente en escala descendente. Supongamos que el primer balde de agua es para aplacar su sed, el segundo para darle de beber a sus animales, el tercero para bañarse, el cuarto para regar el jardín, etc. Si se ve obligado a desprenderse de un balde de agua (no importa específicamente cuál, puesto que todos son intercambiables) se desprenderá de aquel que utiliza como medio para atender a su décimo fin en orden de prioridades. Esta última unidad se denomina marginal puesto que se encuentra en el margen, y la satisfacción que provee esa unidad marginal se denomina utilidad de la unidad marginal o, simplemente, utilidad marginal. Por ende, ceteris paribus<sup>15</sup>, cuanto mayor la cantidad del bien del mismo tipo su utilidad marginal decrecerá, y cuanto menor la cantidad del bien del mismo tipo, aumentará la utilidad marginal. De lo anterior se desprende que el valor de un bien está determinado por su utilidad marginal, lo cual se denomina “ley de la utilidad marginal” que, como hemos mencionado, constituye una implicancia lógica de la acción humana. Todos los deseos que el individuo piensa satisfacer los ordena*

*en su escala de valores según su utilidad marginal, aun tratándose de bienes heterogéneos”<sup>16</sup>*

En términos sencillos, el valor es lo que cada persona valoriza en cada oportunidad, y por ello un mismo bien puede tener valores totalmente distintos. Toda valoración es efectuada por un individuo en base a sus preferencias, en determinadas circunstancias, y en atención a sus limitaciones presupuestarias.

En una ocasión viajé a un seminario y debía dictar una conferencia. Al llegar al hotel, luego que el vuelo se había atrasado y tenía apenas una hora para alistarme y llegar al auditorio, descubrí que había olvidado las corbatas. Desesperado por que no podía presentarme sin corbata al seminario bajé y busqué por los alrededores dónde podía comprar una corbata. Rápidamente descubrí que no había tiendas cerca del hotel ni a una distancia razonable. Regresé al hotel y en la tienda del mismo encontré una corbata, pero su precio era sumamente elevado (más de cien dólares), y la verdad los colores no eran precisamente de mi agrado. Pero era la única opción. La utilidad marginal de

<sup>15</sup> Mantener los demás factores constantes incluyendo aquí el valor al ir aumentando o disminuyendo los bienes permite explicar el sentido de la utilidad marginal, concepto que para nada significa que el valor se mantiene constante, muy por el contrario, significa que varía (no es propio en este campo recurrir a la expresión “variables” puesto que, precisamente, no hay constantes). Sin embargo, en los “modelos” antes criticados cuando estudiamos temas metodológicos, las conclusiones arribadas implican la existencia de constantes.

<sup>16</sup> Benegas Lynch, op cit, pag. 68-69.



dicha corbata era alta para mí porque en ese momento era un bien escaso (había olvidado las corbatas) en relación a mi necesidad (tenía que presentarme en el seminario), y ello me generó una valorización elevada dadas las circunstancias existentes. No tuve más alternativa que comprarla a un valor que nunca hubiera pagado, sólo porque en ese momento mi valorización de dicha corbata era distinta. Mis preferencias y necesidades exigían una corbata. La escasez de las mismas era evidente, y las circunstancias eran apremiantes. El resultado fue una valorización muy superior a la que ordinariamente hubiera tenido. De alguna manera la tienda del hotel operó como un rescatador que me salvó de un estado de necesidad. Y si la diferencia de valor con una corbata similar en otro establecimiento superara los dos tercios, el Código Civil hubiera presumido el aprovechamiento de mi estado de necesidad. ¿Podría al día siguiente devolver la corbata alegando lesión? No parece muy lógico, pero hay una pregunta aún más difícil de responder: ¿Qué valor usar para definir la desproporción en las prestaciones, si hay infinitos valores posibles de un determinado bien según las circunstancias? Si no podemos responder esa pregunta, y creo que ello no es posible, la figura de la lesión pierde todo sentido.

##### **5. VALOR Y LESIÓN: UN PROBLEMA SIN SOLUCIÓN.**

El error de partida de la lesión se origina en la creencia de la Ley (y su autor, es decir el legislador) de que un juez está en capacidad de corregir los valores y preferencias

que inspiran un acuerdo contractual cuando no son supuestamente justos, como si el valor y las preferencias individuales fueran fruto de concepciones objetivas. Pero como es fruto de concepciones subjetivas, no hay tercero en el mundo, por más imparcial que sea, que pueda resolver el dilema del valor justo de manera correcta. Se parte de la creencia sin sustento de que las cosas valen por sí mismas, como si no fueran las preferencias y circunstancias individuales las que les asignan valor.

Como ya dijimos todos tenemos valorizaciones diferentes. Pero ello no es comprendido por el Código Civil. Por eso nuestras normas asumen que el juez está en mejor situación de las partes para decidir qué es bueno para ellas. Por el contrario son las partes, incluso bajo circunstancias difíciles, las que tienen que decidir sobre su propio destino, no sólo porque tienen mejor información sobre qué es bueno para ellos, sino porque es justo y se condice con la naturaleza de las decisiones humanas.

En la lesión el juez debe decirnos cuánto valen “objetivamente” las cosas. No se comprende que el valor de las cosas es básicamente algo subjetivo, imposible de objetivar. Depende de que cada cual y de cómo cada cual valore algo. Al lector una corbata le puede parecer horrible y no se la compraría ni la aceptaría así se la regalen. A otro la misma corbata le puede parecer muy bonita y la compraría pagando un alto precio. Algunos valorizamos en cero lo que otros valorizan en 100.

¿Cómo se pueden tomar decisiones sobre valorizaciones que pueden ser tan dispersas y distintas? ¿Cuál es el valor que debe considerarse? ¿Cómo se determina? ¿Cómo puede saber un juez cuánto vale objetivamente una corbata cuyo valor es finalmente una expresión de subjetividad? El contrato es un mecanismo de revelar valores subjetivos. Si alguien pagó un precio por algo es que lo valoriza en más de lo que pagó, y si alguien estuvo dispuesto a vender es porque lo valoriza en menos del precio pactado. Nada falso o verdadero puede decirse de esa valorización más allá de definir quiénes llegaron al acuerdo. Corresponderá a las preferencias individuales de cada uno explicar, en su fuero interno, por qué tomaron tal o cual decisión y en función a que valorización.

Algún lector estará quizás pensando que la posición que sostenemos es excesivamente teórica. Finalmente, incluso aceptando que cada uno tiene su propia valorización, existen en la mayoría de mercados un precio de mercado, es decir un elemento objetivamente determinable que puede ser usado por un juez. Bastará ir a la bolsa de un bien determinado (como la Bolsa de Valores para las acciones) o a un tasador o analizar las cotizaciones de un producto para definir el valor de mercado. Y ese será un referente objetivo que el juez podría utilizar.

Pero no es cierto que el valor de las cosas sea el precio de mercado. Ello equivale a decir que todos quieren de Presidente a Alejandro Toledo porque ganó una elección. La elección del Presidente es sólo el resul-

tado de la agregación de preferencias a través del sistema electoral, pero está lejos de reflejar cómo valorizamos cada uno de los peruanos al Presidente electo. El precio de mercado es sólo un precio derivado de la agregación de las preferencias, a través de la interacción de oferta y demanda, de un grupo de personas dispuestas a pagar con las de otro grupo de personas dispuestas a vender. Pero cada una de esas personas tiene valorizaciones distintas, y la agregación de preferencias no necesariamente es idéntica a lo que cada uno de los integrantes de ese mercado valora.

Si los valores fueran objetivos no habrá intercambio porque todo valdría igual para todos. Al precio de mercado miles no venden bienes y miles no los compran. Al precio de mercado sólo un grupo de consumidores adquieren un bien y muchos los dejan de lado. Para un analfabeto un libro no vale nada; el precio de mercado le es irrelevante. Para un amante de Mozart un disco puede valer mucho más que los quince dólares que cuesta en el mercado. Para una persona que necesita un válvula para una operación del corazón de la que depende su vida, su valor puede ser igual al que asigna a su vida misma, y para quien goza de perfecta salud su valor es menor que el que asigna a una entrada al cine. Y ello porque las valorizaciones individuales no coinciden necesariamente con el precio de mercado. Es más, casi nunca lo hacen.

El propietario de una casa, que vive en ella, la valoriza por encima del valor de mercado. Si no ya la hubiese vendido. Si le obligarán a recibir el precio de mercado se estaría transfiriendo un bien de un uso



más valioso a uno menos valioso, conduciéndonos a una mala asignación de recursos. Él no quiere venderla a ese precio porque para él no vale eso sino más. Para esa persona el valor de uso es mayor al precio que arroja el mercado.

Bajo esa perspectiva, hablar de lesión carece de sentido. Si una persona recibió por un cuadro un precio bajo porque tenía que operar a su hija de emergencia, es difícil entender cómo se determina que el valor no es el adecuado. Si el precio es bajo puede obedecer a dos razones: la primera es que exista una suerte de monopsonio por parte del que lo compró, es decir que sea el único comprador posible en el mercado. Pero esa es una situación realmente extraña. En los mercados de pinturas, como en la inmensa mayoría de mercados, suelen haber muchas alternativas. Y si se diera un monopsonio sería difícil usar un referente de mercado precisamente porque ese referente no existiría al no existir un mercado competitivo. Si esa fuera la justificación el juez se convertiría en una especie de agencia antimonopolio o un regulador de servicios públicos.

La otra posibilidad es que no haya muchas ofertas disponibles para ser pagadas rápidamente. El precio es determinado también por el tiempo de pago y por los costos de identificar alternativas, es decir por condiciones de oferta y demanda que incluyen la disponibilidad temporal de la oferta. La gente está dispuesta a recibir precios menores si le toma mucho tiempo obtener otra oferta. Eso se castiga en el precio porque ese es el costo de oportunidad de celebrar la ope-

ración hoy y no dentro de unos meses. Allí surgen las oportunidades para la aparición de casas de empeño que entregan efectivo rápido a intereses altos y valorizaciones de bienes bajas. Y funcionan por que identifican a personas cuya valorización de dinero es alta porque lo necesitan para pagar algo como la operación de su hija. Y es que cuando uno necesita urgentemente un rescate, sus preferencias para pagar (o sacrificarse) para obtener rescate son altas.

Pero lo más serio de la lesión, si el comprador presume que se la van a aplicar, será que no querrá contratar con quien tiene urgencia de dinero para operar a un ser querido. Finalmente podría rescindirse su contrato. El resultado es que, como consecuencia de las normas de lesión, el propietario urgido de dinero tendrá aún más problemas para obtener una oferta en el momento que más necesita el dinero. Así el efecto termina perjudicando al potencial rescatado más que al rescatador. El mercado castiga así la lesión privando de los incentivos para que el rescate se produzca.

## **6. LA LESION COMO UNA DISTORCION DEL MERCADO.**

Quienes propugnan la existencia de la lesión tienen una comprensión incompleta de cómo funciona el mercado. Si bien nuestro Código Civil trata la lesión en el Libro de Fuentes de las Obligaciones, lo que es cierto es que, por su naturaleza, se asemejaría más a un vicio de la voluntad y como tal debería regularse en el Libro de Acto Jurídico. En el sistema anglosajón, el equivalente a la lesión es conocido como “eco-

conomic duress” o “intimidación o violencia económica”, y parte del supuesto de que una situación económica determinada presiona la voluntad de una de las partes para hacerla aceptar términos que no aceptaría fuera de esa situación.

La figura toma sentido cuando entendemos que “duress” es como en el sistema anglosajón se entiende a la violencia o intimidación. La diferencia radica, sin embargo, que en la violencia o intimidación, la presión sobre la voluntad de una de las partes proviene de un acto de la otra. Así, si una persona se me acerca en la calle y me amenaza con una pistola diciéndome “la cartera o la vida”, mi acto de entregar la cartera difícilmente será calificado como una donación voluntaria porque la razón de mi aparente declaración de voluntad es un acto indebido y no admitido por la ley que coarta mi autonomía privada.

Aquí surge una distinción esencial con la lesión. En la lesión el hecho que restringe mis opciones no proviene de la otra parte, sino de circunstancias que son ajenas a la voluntad de las partes involucradas. En el caso del mal samaritano son los ladrones los que ponen a la víctima en estado de necesidad. En el caso del barco ballenero es el naufragio accidental del buque. En el caso de la pintura es la enfermedad de la niña. Cuando hablamos de violencia o intimidación por parte de una de las partes respecto de la otra, el privar de eficacia al contrato genera incentivos para que los hechos que restringen la voluntad de una de las partes no se den. Pero en los casos de lesión el privar de eficacia al contrato no incentivará

a los ladrones a no asaltar a los caminantes, ni evitará que los barcos encallen, ni que las niñas se enfermen. En un caso de lesión, la solución al problema ajeno a las partes es provista por el rescatador a cambio de una contraprestación.

Lo que motiva el cuestionamiento al contrato celebrado en esos términos parecería ser el aprovechamiento del estado de necesidad, es decir, el uso de la solución que puede dar el rescatador al problema como una forma de obtener una ventaja mayor a la que se obtendría en circunstancias normales.

Creo que allí surge, precisamente, el error de concepción. Si el valor es determinado, entre otros factores, por las circunstancias particulares de la transacción, ello explica precisamente que no sea dable comparar el valor pactado con el valor que se daría en circunstancias distintas. No puede pues compararse el rescate efectuado por el mal samaritano con el valor de un paseo en asno contratado en otras circunstancias. Son precisamente las circunstancias las que determinan los valores de intercambio.

Mientras que en la violencia o en la intimidación hay un problema de eficiencia, en la lesión hay sólo un problema distributivo. Se mejora la eficiencia si evitamos que las personas utilicen amenazas indebidas en contra de la voluntad de los demás. Si yo le coloco una pistola en la espalda a alguien para que me entregue la billetera nada me demuestra que el ladrón valora el contenido de mi billetera más que yo. Sólo demuestra que yo valoro mi vida más que mi billetera.



Si yo permitiera esos actos nada asegura una mejor asignación de los recursos.

En cambio, si se produce una operación de rescate en la que yo he accedido al pago de una cantidad de dinero para que se efectúe, está demostrado que, en las circunstancias, valorice el rescate más de lo que ofrecí o acepte pagar por él. Y ello porque las valorizaciones no pueden ser sustraídas de las circunstancias y el contexto en el que se producen. Podemos considerar que el precio no es justo sólo si sacamos la negociación del momento y lugar en el que se dio, y pensamos que es mejor que la transferencia se haga a un valor determinado en circunstancias distintas. Pero ello es mera distribución, y habría que preguntarse si dicha distribución tiene algún fundamento realmente equitativo.

El caso del barco ballenero Richmond nos permite entender esta circunstancia. ¿Vale el aceite de ballena colocado sobre el puerto igual que el aceite de ballena en la bodega de un barco que se está hundiendo en el Océano Ártico? ¿Cuánto pagaría por un aceite de ballena en esas circunstancias? Cada minuto que pasaba el aceite en la bodega del Richmond valía menos. Una vez hundido el barco valdría cero, y cada instante se acercaba más a ese valor. Sin el rescate no habría valor que vender. En consecuencia, no es legítimo considerar que el precio pactado es injusto o inadecuado porque se encuentra por debajo del valor que dicho aceite tendría en el puerto. No se trata de aceite en el puerto sino de aceite en un barco que se hunde.

En las circunstancias en que se da la operación ambas partes ganan. Los propietarios del Richmond pueden recuperar algo del valor de un aceite condenado a no valer nada. Los rescatadores ven compensada sus actos de rescate con la compra de aceite barato. Nadie perdió. Los dos ganaron. Entonces ¿porqué dejar sin efecto el contrato? No es válido hacerlo asumiendo que el aceite se hubiera podido vender en el puerto a otro precio. En las circunstancias particulares del caso ello no era posible. Por eso, sólo hablamos de distribución.

La pérdida que sufre el Richmond no es causada por los rescatadores. Por el contrario, los rescatadores minimizan esa pérdida. La pérdida es causada por el naufragio y la acción de rescate recupera el valor condenado a perderse. Por ello, trasladar al rescatador parte de la pérdida causada por el naufragio es desincentivarlo a rescatar.

Dalzell<sup>17</sup>, al analizar el problema, señala que muchas veces la diferencia entre un contrato coartado y un contrato libre se hace en el punto equivocado. Según él, la comparación entre el consentimiento dado en un contrato válido y uno obtenido coartando la voluntad de la otra parte suele hacerse considerando que el segundo es menos genuino por ser producto de una restricción a la voluntad derivada de evitar un daño. Sin embargo, como el propio Dalzell señala, la motivación en todo contrato de los que

---

<sup>17</sup> Dalzell John. Duress by Economic Pressure en Kronman Anthony T. y Richard A. Posner "The Economics of Contract Law". Little, Brown and Company, Boston and Toronto, 1979. . Pag. 67-68

llamamos derivados de la voluntad o de la autonomía privada, está también referida a la selección de uno de diversas líneas posibles de acción. Así, nos dice:

*“Yo acepto pagar diez centavos por una pieza de pan, no porque yo desee darle al panadero diez centavos, sino porque es la única manera como puedo obtener el pan. Yo estoy eligiendo entre dos alternativas, darle diez centavos o quedarme sin pan. Si mi voluntad estuviera libre de restricciones, sin duda preferiría obtener el pan y quedarme con el dinero. Mi libertad está simplemente en la oportunidad de decidir cuándo voy a desprenderme de los diez centavos o cuándo voy a quedarme sin el pan – escoger entre dos vías de acción, ninguna de las cuales es enteramente satisfactoria-. Esto es, yo soy libre de seleccionar el menor de dos males; en este sentido la situación que nos concierne es exactamente la situación en la que me encuentro cuando contrato mientras me apuntan con un arma. La no deseada alternativa de comprar el pan puede ser comparada con la de ser asesinado; aún más, si yo fuese forzado a entregar mi última posesión en el mundo para obtener dinero dudáramos en llamar a dicho acto coerción.*

*Parece más razonable decir que un contrato o un pago obtenido mediante coerción es defectuoso, no por la diferencia en la naturaleza del consentimiento sino por la manera impropia*

*en que se ha presentado la alternativa; esto es, la presión utilizada.”*

Como sugiere Dalzell, el problema no está en que quien contrata lo haga entre opciones restringidas y que siempre tenga que optar entre dos males. En un mundo de recursos escasos siempre nuestra voluntad está restringida por tal escasez. El problema está en qué motiva la escasez de opciones. Es entendible, bajo tal perspectiva, que cuando la limitación proviene de los actos de una de las partes dirigidos a presionar a la otra, y que tal presión sea ilegítima, se prive de eficacia al contrato. Pero lo mismo no ocurre cuando tal presión proviene de un factor externo, y lo que hizo la otra parte es ofrecerle la posibilidad de aliviar tal presión.

No existen pues bases para cuestionar un acto de los que la legislación peruana califica normalmente como lesión. Si uno entiende la ley de oferta y demanda, y entiende que las condiciones de oferta y demanda responden a la relación entre utilidad y escasez, entenderá que los valores resultantes de un contrato celebrado bajo el estado de necesidad de una de las partes (es decir, bajo una situación de escasez extrema) es una mera aplicación de las leyes de oferta y demanda. Lo otro, es confiar en un mecanismo similar al control de precios.

## **7. CONCLUSION: POR QUÉ EL MAL SAMARITANO ES UN BUEN SAMARITANO**

De todos los resultados posibles de la parábola del mal samaritano, la muerte de la víctima de los ladrones es el peor de todos.



La parábola del buen samaritano contiene una enseñanza valiosa. Pero la del mal samaritano también contiene una enseñanza importante. Admiramos al buen samaritano porque salvó la vida de su prójimo sin pedir nada a cambio. El mal samaritano también salvó la vida de su prójimo, sólo que pidió una compensación para hacerlo.

Corresponde a la religión y a la ética motivar conductas altruistas. La solidaridad es finalmente un principio que es deseable exista en todo ser humano, como quizás coincidamos todos. El valor de la solidaridad está en que se ejerce libre de coerción. Por eso no existe solidaridad impuesta. Ello sería mera obligación. Admiramos al buen samaritano porque era libre de no ser bueno. Pero no por eso podemos condenar como malo a quien pidió algo a cambio de ayudar. No le corresponde al Derecho crear buenos samaritanos. Sólo le corresponde establecer reglas que mejoren el bienestar de los individuos. Y la lesión no contribuye a ese fin.

Económico del Derecho. Abeledo Perrot. Undécima Edición. Buenos Aires (p 63-72) 567 páginas.

- DALZELL, John. Duesress by Economics Pressure. En: KRONMAN, Anthony y POSNER, Richard. The Economics of Contract Law. Little Brown and Company. Boston and Toronto. 1979. (p 67-68). 274 páginas.

## BIBLIOGRAFÍA

- LANDES, William y POSNER, Richard. "Salvors, Finders, Good Samaritians, and Other Rescuers: An Economic Study of Law and Altruism. En Journal of Legal Studies. N° 7. 1978. (p 82.)
- COOTER, Robert y ULEN, Thomas. Derecho y Economía. Fondo de Cultura Económica. México. 1998. (p 338-339). 686 páginas.
- BENEGAS LYNCH, Alberto (hijo). Fundamentos de Análisis



Fecha de recepción: junio 2 de 2009

Fecha de aprobación: agosto 4 de 2009

## ***Paralelo entre la Constitución de 1886 y la Constitución de 1991.***

Por: **Oscar Arturo Montenegro Coral**

Abogado, Universidad de Nariño  
 Magister en Docencia Universitaria,  
 U. Pedagógica Nacional  
 Docente del Programa de Derecho,  
 U. Mariana  
[omonte03@yahoo.es](mailto:omonte03@yahoo.es)

### **RESUMEN**

Sin duda que la historia constitucional colombiana se ha marcado con una gran variedad de constituciones, reformas constitucionales y proyectos de nuevas constituciones que, por diferentes motivos, no alcanzaron su cúspide exitosa para entrar en esta rica historia constitucional del país.

Todos estos proyectos constitucionales le han aportado algo significativo a nuestro régimen constitucional y lo han nutrido de una rica experiencia legislativa y judicial hasta consolidarlo como régimen capaz de orientar la vida jurídica, política, social y económica de Colombia.

Sin embargo, dos de las constituciones que han marcado considerablemente el régimen constitucional colombiano son la Constitución de 1886 y la Constitución de 1991, actualmente vigente.

El presente artículo pretende establecer un paralelo entre estos dos modelos constitucionales, que sin duda se han constituido en los máximos exponentes del constitucionalismo colombiano. La comparación se hará desde aspectos fundamentales como el contexto en el cual fueron creados y cómo entraron en vigencia los principales actores intervinientes en esos procesos, los procedimientos que se siguió desde la iniciativa para promulgarlos, hasta su entrada en pleno vigor y, finalmente, los contenidos básicos establecidos en estas dos constituciones.

### **PALABRAS CLAVES**

Constitución Política, Constitucionalismo Colombiano, Régimen Constitucional, Asamblea Nacional Constituyente, Estado Colombiano, Sistema de gobierno.



## ABSTRACT

---

This article intends to establish a parallel between the Constitution of 1886 and the Constitution of 1991 which have undoubtedly become the most important ones in Colombian constitutionalism. The comparison will be done from fundamental aspects such as the context in which they were created and how the main actors entered into force in these processes, the procedures followed from the initiative to enact them and, finally, the basic contents settled in these two constitutions,

## KEY WORDS

---

Political Constitution, Colombian constitutionalism, constitutional regime, constituent National Assembly, Colombian State, system of Government.

## 1. CONTEXTO

La Constitución de 1886 hace parte de las constituciones colombianas del siglo XIX, que se originaron dentro de un marco de violencia partidista entre liberales y conservadores para asumir el poder de este naciente Estado Colombiano, que aún no había consolidado su forma de Estado, su régimen político y menos su régimen constitucional y legal.

La Constitución de 1886 tiene como antecedente a la Constitución de 1863, establecida en la Convención de Rionegro, con una marcada influencia del liberalismo radical que pregonoó el federalismo como forma de Estado bajo la denominación de Confederación de los Estados Unidos de Colombia.

Esta Constitución reconoció una amplia soberanía a los Estados que conformaban la Confederación; se consideraba incapaces a las comunidades religiosas para adquirir bienes raíces, y el nuevo Estado se conservaba el derecho de suprema inspección sobre cultos religiosos lo cual, sin duda, restringió considerablemente los derechos y prerrogativas que la Religión Católica había alcanzado en constituciones anteriores, y ocasionó un fuerte aislamiento entre el poder civil y el eclesiástico de la Igle-

sia Católica; prohibió la pena de muerte y restringió a los Estados la posibilidad de imponer penas, centralizando fuertemente este aspecto; se dio un gran debilitamiento del poder ejecutivo, por cuanto los nombramientos de sus funcionarios debían someterse a la aprobación del Senado, y el gobierno no tenía iniciativa legislativa; estableció un periodo de gobierno corto: el Jefe de Estado sólo tenía dos años para ejercer su mandato, lo cual impedía culminar con éxito un plan de desarrollo.

Luego que el radicalismo liberal encontró la máxima expresión en la consolidación de las libertades propias de esa ideología, el Estado central se redujo en provecho de los poderes locales y regionales, por la desconfianza hacia ese poder y la gran tensión social, lo cual condujo, en 1886, a la necesidad de construir un estado nacional y recuperar su autoridad.

Los anteriores aspectos, y otros más, consagrados en la Constitución de 1863 fueron retomados por la Constitución de 1886, pero con una visión jurídica y política totalmente diferente. Para contrarrestar el federalismo, se lo sustituye por un centralismo político con descentralización administrativa bajo la denominación de República de Colombia; la iglesia católica retoma su protagonismo y vuelve a adquirir los derechos que tradicionalmente había tenido, y sus jerarcas se convierten en aliados y asesores del gobierno; se fortalece enormemente el ejecutivo, hasta tal punto que se consagra como régimen político el presidencialismo, con periodos más extensos para ejercer su mandato, con la potestad autónoma de

elegir a sus funcionarios, y la facultad de poder presentar proyectos de ley.

En cuanto al entorno político, la década de los ochenta del siglo XIX, se caracterizó porque en Colombia se dio un agudo enfrentamiento ideológico y militar entre facciones radicales del liberalismo y seguidores del partido conservador apoyados por movimientos políticos independientes y liberales que se habían apartado del liberalismo radical.

En 1884 el país estaba en crisis con motivo de estos enfrentamientos, lo cual condujo a una guerra civil entre estas fracciones políticas, guerra que termina en 1885 con la derrota de los liberales radicales y el triunfo de los liberales independientes y los conservadores encabezados por Rafael Núñez y Miguel Antonio Caro, respectivamente.

Núñez, para celebrar la victoria, da el “balconazo” el 11 de septiembre de 1885, en donde expresa que la Constitución de 1863 ha dejado de existir, y convoca inmediatamente a un Consejo Nacional de Delegatarios con el propósito de crear una nueva constitución que permita sustituir los Estados Unidos de Colombia, tratar de solucionar la disputa entre los dos bandos políticos que se habían configurado, y encontrar un orden público que estabilice a la sociedad luego de la desenfadada liberación causada por el régimen liberal radical.

Después de la victoria en 1885, el presidente Rafael Núñez convoca arbitrariamente a la Convención de Delegatarios, quebrantando el orden constitucional de 1863, en



lo que respecta a la manera como se debía cambiar o reformar la constitución, lo que permite establecer sin ninguna duda que la Constitución de 1886 tuvo una cuna de arbitrariedad y decisiones de facto, muy propias de aquella época, y que la iglesia católica contribuyó de manera decisiva en la promulgación y posterior desarrollo de esta carta Magna.

Por su parte, los antecedentes y el entorno en el cual la Constitución de 1991 llega a la vida constitucional de nuestro país, son totalmente diferentes a los de la Constitución de 1886, en gran parte por la evolución natural que toda comunidad social tiene en el lapso no menos significativo de 105 años, que es la diferencia entre las promulgaciones de las dos constituciones, tiempo más que suficiente para que una sociedad cambie radicalmente en muchos aspectos debido al gran desarrollo y avance en lo concerniente a la educación, la tecnología, la investigación científica, las comunicaciones, la economía, etc., cambios que se hicieron más evidentes y significativos en la segunda mitad del siglo XX, tanto en nuestra patria como en el mundo entero, y que necesitaban de grandes transformaciones en la vida jurídica y política de Colombia.

En cuanto a los antecedentes constitucionales que marcaron la Constitución de 1991, es pertinente destacar que ésta se empezó a engendrar con los fracasos de anteriores ideas reformistas como la Pequeña Constituyente de Alfonso López Michelsen en el año de 1978, el proyecto de reforma constitucional de Julio César Tubay Ayala, el

proyecto que contenía las recomendaciones del informe Bird – Wiesner, propuesto en el gobierno de Belisario Betancur, y luego los cuatro intentos de reforma planteados por el gobierno de Virgilio Barco: el primero plebiscitario, el segundo fundado en el Acuerdo de San Carlos, un tercero, por vía legislativa a través del trámite constitucional a cargo del Congreso de la República, y el cual se frustró por el mito de tumbar la extradición y, el cuarto, a través del Decreto de Estado de Sitio que ordenó la contabilización de la séptima papeleta, fórmula que inicia la consolidación y el feliz término de la nueva Constitución Política de 1991.

En el entorno social de finales de la década de los ochenta y principios de la década de los noventa, del siglo XX, es importante destacar el fortalecimiento y auge de dos fenómenos que sin duda marcaron la sociedad de aquella época, y que incluso hoy en día siguen siendo protagonistas de varios acontecimientos sociales, políticos, económicos y jurídicos de Colombia; son ellos: el narcotráfico y las guerrillas, especialmente la guerrilla urbana. Fue evidente que estos dos fenómenos contribuyeron decididamente en la convocatoria, discusión, promulgación y posterior entrada en vigencia de la Constitución de 1991, con mecanismos poco ortodoxos y legales y más bien inmersos en la clandestinidad y en la fuerza de facto para alcanzar sus intenciones.

La pobreza social también fue un detonante de mucha envergadura que necesitaba de reformas urgentes para disminuir su incesante crecimiento y los graves efectos

que generaba en la mayoría de los colombianos. Al respecto es de considerar que el 75 % de la población, aproximadamente 13 millones de habitantes, se hallaban sumidos en la pobreza, y unos 7 millones estaban por debajo de la miseria absoluta; esto nutría la delincuencia común que a la vez apoyaba a los grupos alzados en armas, haciendo cada más creciente la proliferación de grupos emergentes al margen de la ley. Lo anterior contrastaba con las comodidades y el confort que daba el narcotráfico, haciéndolo más apetecido por varios colombianos que buscaban obtener dinero fácil.

La globalización en general, y especialmente la globalización económica, hicieron parte fundamental del entorno en el cual nace la Constitución del 91. Este fenómeno implicaba la necesidad inaplazable de unas reformas sociales, económicas, políticas y jurídicas, que le permitieran al Estado adaptarse a las nuevas condiciones que se estaban dando a nivel mundial, y que hacían imperante la construcción de un nuevo Estado que respondiera al modelo del neoliberalismo que se fortalecía cada vez más en Colombia

El entorno político era sombrío: la época se caracterizó por un gran auge de movimientos y partidos políticos, especialmente de izquierda moderada y extrema que exigían una amplia apertura política con garantías suficientes para entrar en el ámbito político y electoral, en igualdad de condiciones que los partidos políticos tradicionales, liberales y conservadores.

Este auge se dio, en gran parte, por el desprestigio de las instituciones del Estado, especialmente del Congreso de la República, y la decadencia de los partidos políticos tradicionales que aún mantenían rezagos del Frente Nacional, que para la época legalmente no existía, pero que en la práctica todavía conservaba varias de sus características vigentes.

El asesinato de Luis Carlos Galán en 1989 marcó sin ninguna duda un cambio fuerte en el rumbo del país, por cuanto aceleró de alguna forma los cambios constitucionales y legales que ya se vislumbraban con anterioridad. Entre sus efectos están las diferentes manifestaciones de los estudiantes, especialmente con la marcha del silencio, una semana después de la muerte de Galán, que en cierta medida dio origen a la séptima papeleta que impulsó decididamente la creación de la nueva constitución colombiana.

## 2. ACTORES

El paralelo entre estas dos importantes expresiones constitucionales debe hacer referencia a los actores o personajes que en forma individual o colectiva participaron decididamente en estos procesos que dieron vida a estas dos importantes constituciones, ya sea de manera activa como gestores, impulsores y desarrolladores, o también de manera pasiva al no ver reflejadas en ellas sus aspiraciones, bien por motivos políticos, sociales e incluso militares.

En lo que respecta a la Constitución de 1886, se dio un protagonismo político y



militar que se evidenció con gran fortaleza después de la derrota militar y política de los liberales radicales y el triunfo de los liberales independientes, cuyo caudillo más importante fue el Presidente Rafael Núñez, con el apoyo de un sector del partido conservador del cual es preciso destacar al ilustre Miguel Antonio Caro, quienes hicieron parte de un movimiento social y político denominado “La Regeneración”.

Rafael Núñez fue el ideólogo del movimiento de “La Regeneración”, cuyas ideas y acciones, basadas en el positivismo spenceriano o darwinismo social, procuró plasmar en la Constitución de 1886, junto a las ideas tradicionales de Miguel Antonio Caro. Éste último, gracias a su gran inteligencia, se apoderó del escenario político en el cual surgiría la nueva constitución e impuso sus ideas ortodoxas y dogmáticas lo cual trajo una gran desilusión al Presidente Núñez al ver que su propuesta de constitución no fue siquiera considerada.

Como otro actor muy importante en la Constitución de 1886, es de destacar la participación activa de la iglesia católica la cual había sido despojada de muchos de sus derechos y bienes por el liberalismo radical y ahora volvía a recuperar sus bienes y derechos y la enorme importancia social, cultural y política que había tenido en épocas anteriores hasta el punto de llegar a firmar, posteriormente, un acuerdo con el Estado colombiano ampliamente favorable para ella (concordato).

En cuanto a la Constitución de 1991, los actores son muy distintos y variados porque

responden a otros contextos, necesidades, ilusiones y problemáticas. Al respecto, Darío Restrepo, de una manera clara, concisa y pedagógica, expresa de la siguiente manera cuales fueron los personajes sobresalientes en el ámbito de la promulgación y posterior desarrollo de esta Constitución, destacando lo que alcanzan y lo que ceden de sus intereses.

- Las élites tradicionales quienes ceden apertura de derechos políticos a otras élites y logran legitimación del poder político.
- Élites de ex – guerrilleros, quienes ceden los medio y fines de su revolución y logran apertura de espacios políticos y posibilidades para reformar constitucionalmente el Estado y el sistema político.
- Los narcotraficantes, que ceden su guerra contra el Estado y logran poner fin a la extradición y a la guerra de exterminio de ellos y sus familias.
- Los indígenas, quienes fueron los que más se beneficiaron de la nueva constitución cediendo su cuestionamiento y rechazo a la legitimidad del régimen político pero a cambio logrando reconocimiento como minorías étnicas y respeto a su territorio, cultura, autoridades y justicia.
- Las minorías religiosas que logran la libertad de cultos y reconocimiento jurídico.

### 3. PROCEDIMIENTO

Los pasos y formas como se idearon, discutieron y promulgaron las dos constituciones objeto de este paralelo, tienen ciertas similitudes, como el ser discutidas y redactadas por Asambleas Delegatarias, pero con muchas diferencias que surgieron de los contextos y actores que participaron en sus elaboraciones.

La Constitución de 1886 empieza su gestación con la victoria militar de los regeneratistas sobre los liberales radicales en 1885, año en el cual, después de la victoria, el Presidente Rafael Núñez reunió el Consejo de Delegatarios integrado por personas de ambos partidos políticos para redactar la nueva constitución que sustituiría la Carta Política de los Estados Unidos de Colombia, omitiendo los trámites que para esto estaban consagrados en ella lo que le da a la Constitución del 86 una cuna de arbitrariedad y de facto.

La prepararon 18 delegatarios de diferentes regiones, pero fue inspirada por Rafael Núñez y especialmente por don Miguel Antonio Caro. Núñez la anunció al país mediante afirmaciones contundentes como: La muerte de la Constitución Liberal de Rionegro (1963), la aparición del nuevo modelo político – administrativo, la invocación a la reflexión y conciencia nacional.

Se presentaron tres proyectos de Constitución, el de José María Samper, el de José Domingo Camacho y el de Rafael Reyes; después de varios debates se comisionó a Miguel Antonio Caro para la redacción fi-

nal, cuyo texto fue aprobado el 4 de agosto de 1886 y sancionado por el ejecutivo el 5 de agosto del mismo año.

La Asamblea de Delegatarios desempeñó funciones de Constituyente por cuanto expidió la nueva constitución y funciones de Asamblea Legislativa en cuanto redactó algunas leyes.

Por su parte, la redacción y aprobación de la Constitución de 1991, se puede afirmar que inicia con los diferentes intentos reformatorios que se dieron en la década de los 70 con los gobiernos de López Michelsen y Turbay Ayala y en la década de los 80 con los gobiernos de Belisario Betancur y Virgilio Barco, frustrados por las decisiones de la Corte Suprema que impidieron su culminación exitosa.

Sin embargo, el proceso final de preparación, redacción y aprobación de esta Constitución inicia en el gobierno de Virgilio Barco, quien en varias oportunidades había expresado la necesidad de reformar el artículo 218 de la Constitución de 1886, que establecía como único camino para reformarla la vía del Congreso e introducir otras fórmulas para hacerlo. Esto no tuvo el respaldo del partido Social Conservador por lo que sus intentos fracasaron.

Posteriormente, en 1988 los partidos políticos celebraron el Pacto de la Casa de Nariño acordando conformar una comisión de ajuste institucional, designada por el Congreso y la cual prepararía las reformas constitucionales que se sometería a decisión popu-

lar el 9 de octubre del mismo año mediante un referendo.

Como en intentos anteriores, en esta oportunidad el Consejo de Estado, mediante providencia de 4 de abril de 1988, declaró inconstitucional el referendo con el cual se pretendía reformar la Constitución.

Sin embargo, el 25 de agosto de 1989, después del asesinato del candidato a la presidencia Luis Carlos Galán, se organizó “La Marcha del Silencio”, especialmente con estudiantes universitarios que pregonaban nuevos mecanismos de reforma constitucional que se concretaron en la que se llamó “La Séptima Papeleta” que se incluyó en las elecciones de 1990 y obtuvo un respaldo popular muy significativo hasta el punto de que el gobierno expidió el decreto legislativo 927 de 1990, mediante el cual se ordena el conteo de los votos en favor de la aprobación y convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente.

Una vez elegido César Gaviria Trujillo como Presidente de Colombia, motivó a las directivas de los partidos políticos sobre la importancia de la nueva constitución y les envió un temario que a su juicio debería ser tratado por la Asamblea Nacional Constituyente.

El 2 de agosto de 1990, Gaviria y las directivas de los partidos políticos firman el acuerdo sobre los puntos básicos que debe tratar la Asamblea. El 24 de agosto del mismo año se expide el decreto 1926 por medio del cual se plantea el temario y la composición de la Asamblea, y los requisitos para ser miembro de ella.

Posteriormente, este decreto fue objeto de estudio por la Corte Suprema de Justicia para que conociera de su exequibilidad. En consecuencia, la Sala Plena declaró exequible dicho decreto, aunque declaró inconstitucional el temario que se le fijaba a la Constituyente, y la caución que debían depositar los aspirantes a la misma.

Después del fallo de la Corte, el trabajo preparatorio de la Asamblea Nacional Constituyente se circunscribe a tres puntos fundamentales: las propuestas para ser consideradas por la Asamblea, la confección de las listas, y las elecciones. Las propuestas llegaron de distintas fuentes: primero las que surgieron de las mesas de trabajo promovidas por el Presidente Gaviria; segundo, las expuestas por los propios candidatos a la Asamblea Nacional Constituyente; tercero, los proyectos formales entregados por concedores del tema y, cuarto, el documento oficial expedido por el gobierno.

La Constituyente estuvo integrada por 70 delegatarios, elegidos a finales de 1990, representantes de las cuatro principales fuerzas políticas (el sector oficialista del Partido Liberal, el Partido Social Conservador, el Movimiento de Salvación Nacional, y la Alianza Democrática - M19) y de movimientos alternativos del bipartidismo, como los movimientos indígenas, religiosos, comunales y cívicos, estudiantes, intelectuales, exguerrilleros, etc., para que inicie su trabajo el 5 de febrero de 1991 y lo termine el 4 de julio del mismo año. Esta Constitución rige desde el 7 de julio de 1991, y es la que

actualmente está vigente con algunas reformas que se le han hecho.

#### 4. CONTENIDO

Finalmente se comparan los principales temas que fueron aprobados por las dos constituciones encontrando varias similitudes en aspectos fundamentales como el Estado Centralista, el régimen presidencialista, la división tripartita del poder, entre otras, pero que sin ninguna duda tienen grandes diferencias.

En la Constitución de 1886, es importante destacar estos temas:

- ❖ **Sistema Unitario.-** Bajo el nombre de República de Colombia, su soberanía reside exclusivamente en la Nación; se unifica la legislación y la nación; su orden lo conserva el Ejército Nacional, y aparecen los departamentos que sustituyen a los Estados soberanos.
- ❖ **Ejecutivo Nacional.-** Conformado por Presidente y Vicepresidente, elegidos por las Asambleas Electorales para periodos de 6 años; se elige por el Congreso un designado cada bienio; el vicepresidente por derecho propio era el Presidente del Consejo de Estado; se prohibía la reelección del Presidente para el periodo inmediato, únicamente si hubiese desempeñado el cargo dentro de los 18 meses anteriores a la nueva elección.
- ❖ **Legislativo.-** Establece reuniones bienales para el Congreso, que durarán 120 días cada una; el Congreso estará conformado por el Senado, con tres Senadores para cada departamento, y la Cámara, con un representante por cada cincuenta mil habitantes, otorgándole un carácter popular a la Cámara y haciendo más estable al Senado; los senadores se elegían para un período de 6 años y los representantes para un periodo de 4; la iniciativa legislativa la tenían los congresistas y los ministros del despacho.
- ❖ **Rama Judicial.-** Se conservó el nombre de Corte Suprema para el más alto Tribunal de Justicia, otorgándole la facultad de decidir sobre la validez o nulidad de las ordenanzas departamentales suspendidas por el gobierno o denunciadas como lesivas de derechos civiles; se definió el carácter vitalicio de los magistrados de la Corte y de los Tribunales Superiores, pues sólo es posible su retiro por mala conducta; se autoriza establecer la Jurisdicción Contencioso Administrativa.
- ❖ **Sistema electoral.-** Se restringió el sufragio a los varones mayores de 21 años que ejerzan profesión, arte u oficio, o tengan ocupación lícita u otro medio legítimo y conocido de subsistencia, quienes elegían directamente concejales y diputa-



dos; y únicamente quienes sabía leer y escribir o tenían renta anual de quinientos pesos, o propiedad inmueble de mil quinientos, eran aptos para elegir directamente los representantes a la cámara y para votar por los electorales encargados, a su vez, de sufragar para Presidente y Vicepresidente.

- ❖ **Relaciones Iglesia- Estado.-** Se restablecen ampliamente; la religión católica, apostólica y romana es esencial para el orden social, por lo que el Estado debe protegerla y hacerla respetar; la educación pública será organizada y dirigida de acuerdo a esa religión. Faculta al gobierno para celebrar convenios con la Santa Sede, lo cual da origen al Concordato aprobado por la ley 35 de 1868. La educación pública será gratuita pero no obligatoria; otorga personería jurídica a la iglesia católica; permitía la libertad de cultos siempre que no atente contra la moral cristiana.
- ❖ **Derechos civiles y garantías sociales.-** Establece derechos como: Habeas Corpus, libertad de prensa con responsabilidad, derecho de petición, de reunión asociación; prohíbe la esclavitud y la confiscación de bienes; establece el monopolio del gobierno para introducir, fabricar y poseer armas y municiones de guerra; restablece la pena de muerte para sancionar algunos delitos comunes graves.
- ❖ Por su parte la Constitución del 91 es más amplia en su contenido, lo cual se ve desde la ampliación de su articulado: de los 218 artículos de la Constitución de 1886, se pasó a 380.  
  
Entre algunos de los contenidos que se reformaron se destacan los siguientes:
  - ❖ **La nueva Carta de Derechos,** con los derechos tradicionales y unos nuevos, especialmente en lo social, colectivo y medioambiental.
  - ❖ **Aspectos políticos,** con grandes reformas al Congreso (conformación, incompatibilidades, prohibiciones, especialización, etc.), al sistema electoral y de partidos.
  - ❖ **Participación ciudadana,** que pasó de la democracia representativa a la democracia participativa, cristalizada con un buen número de mecanismos participativos.
  - ❖ **Pluralismo,** pues del bipartidismo del Frente Nacional y sus secuelas posteriores, se pasa al pluralismo político. Se deja de lado el confesionalismo y se respetan los diferentes cultos.
  - ❖ **Aspectos económicos,** donde se da más participación a la planeación económica y se hace reconocimiento constitucional a sectores como el de seguros y de bolsa.

- ❖ **Rama Ejecutiva**, donde el Presidente es símbolo de la unidad nacional, jefe de Estado y de gobierno, y suprema autoridad administrativa. Se crean la figura del Vicepresidente y la Comisión Nacional del Servicio Civil.
- ❖ **Rama Judicial**: a las altas Cortes existentes como el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia se aumentan otras importantes instituciones como: el Consejo Superior de la Judicatura, la Corte Constitucional, para salvaguardar la Constitución, la Fiscalía General de la Nación, como máxima autoridad investigativa.
- ❖ **Autonomía de localidades**, fortaleciendo procesos de autonomía política (elección popular de alcaldes y gobernadores), financiera (régimen de participaciones) y administrativa.
- ❖ **Relaciones Estado – sociedad**, donde se pasa del Estado de Derecho al Estado Social de Derecho; prevalece el bien común sobre el particular, otorga a los ciudadanos mayores mecanismos de participación, y crea más y efectivos instrumentos de protección de sus derechos.
- ❖ **Sistema Jurídico**, donde predomina el aspecto constitucional sobre el legal mediante la figura de la Supremacía Constitucional; fortalece el precedente jurídico como fuente fundamental de interpretación y aplicación del derecho.

*Revista* **CRITERIOS**

---



Fecha de recepción: 3 de junio de 2009  
 Fecha de aprobación: 4 de agosto de 2009

## Cuando las Cosas Hablan: El “Res Ipsa Loquitur” y La Carga de la Prueba en la Responsabilidad Civil

Por: **Alfredo Bullard G.<sup>1</sup>**

Profesor de Derecho Civil y Análisis  
 Económico del Derecho, Pontificia  
 Universidad Católica del Perú y  
 Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.  
 abullard@bullardabogados.com.pe

### RESUMEN

Según el autor del artículo “los tratadistas y académicos vinculados al área de responsabilidad civil se han preocupado mucho en definir los aspectos conceptuales de elementos como el nexo causal, el daño, la antijuricidad o el factor de atribución. Pero la verdad de las cosas es que los problemas vinculados con la responsabilidad civil, tanto contractual como extracontractual, son más fácticos que jurídicos. El problema principal de todo caso de responsabilidad civil, lejos de ser si se aplica factores de atribución objetivos o subjetivos o si existe causalidad adecuada, es realmente saber cómo ocurrieron las cosas”.

Plantea entonces una reflexión sobre una de las instituciones del sistema anglosajón denominada *res ipsa loquitur*, que no es otra cosa que la creación de una ficción le-

gal que permite “hablar a las cosas”. Esta “doctrina del *res ipsa loquitur* o “*la cosa habla por sí misma*”, es utilizada para aquellos casos en los cuales no se puede probar cuál fue el hecho generador del daño, pero debido a las circunstancias en las cuales el mismo ha ocurrido, se puede inferir que éste ha sido producto de la negligencia o acción de determinado individuo”.

### PALABRAS CLAVE

res ipsa loquitur, responsabilidad civil, daño, negligencia.

<sup>1</sup> El autor desea agradecer sinceramente la valiosa colaboración de Gisella Domecq en la investigación y elaboración de este artículo.



## ABSTRACT

---

Authors, who write on liability, generally focus on legal concepts necessary for its implementation. The analyses of issues such as the allocation factor, in causal connection, damage or the illegal, seem to be the most important. But the accidents and the responsibility derived for them is, rather than a legal issue, a factual issue. Knowing what really happened is in most cases more important than knowing what legal theory is used. Therefore the burden of proof and facts to prove the standards are essential to the proper functioning of the system. This article, using as a tool the Economic Analysis of Law, discusses the doctrine of Res Ipsa Loquitur of Anglo-Saxon origin, and that really brings us to the importance of simple rules to prove the existence of negligence and make that, in fact, liability system operating costs are reduce and can thus fulfill its economic function of reducing the number and severity of accidents.

## KEY WORDS

---

Res ipsa loquitur, civil responsibility, damage, negligence.

El número en el que Themis cumple 40 años, coincide felizmente con mi publicación número 20 en esta revista. No participé en la primera época, aquella en la que

un grupo de destacados estudiantes (algunos de los cuales serían luego mis profesores) emprendieron la aventura que luego se convertiría en la publicación jurídica de más éxito y respeto del país. Tenía menos de un año de edad cuando apareció el primer número y 22 años cuando publiqué mi primer artículo de Derecho (en Themis y en mi vida). Desde entonces he tenido la suerte de publicar en promedio más de una vez al año en esta revista. Siento por ello que Themis me ha acompañado toda la vida, compañía que llegó a una especial intimidad académica en los tres años en que participé como miembro y luego como miembro del Consejo Directivo de la revista.

La forma "Themis" de ser aquella que se impregna en todos los que han pasado por la revista, es fácil de reconocer. Es tan fácil que no voy a perder espacio describiéndola. Ha sobrevivido a cambios de enfoque, de extensión de formato, de estilo y de diagramación. Tiene que ver con el orgullo que se siente cada vez que se abre las páginas de un nuevo número y ver que es mejor que el anterior y mucho mejor que aquellos que fueron publicados cuando uno mismo estaba en la revista. Tiene que ver con el orgullo que se siente al escuchar los comentarios de profesores y abogados de todas partes del mundo que, luego de superar la impresión que les genera la presentación física y estética del número, se impresionan más con el contenido. Y luego quedan deslumbrados al saber que todo lo hacen los estudiantes, desde conseguir los artículos hasta conseguir el financiamiento, lo que no tiene precedentes en otros

lugares del planeta. Tiene que ver con el orgullo de reconocer en sus páginas los nombres de los mejores juristas y académicos del mundo, o con el orgullo de ver a quienes tienen a cargo hoy la revista, más orgullosos y comprometidos de lo que estuvo uno mismo.

Es que Themis es, paradójicamente, una esperanza que se puede recordar. Basta mirar su pasado para reconocer su futuro. Basta mirarla hoy para saber que será mejor mañana. Y les aseguro que en ese mañana los que están hoy, no verán la mejora con envidia, sino con orgullo. Finalmente, la revista siempre seguirá siendo suya.

#### I. En el mundo de la Bella y la Bestia.

En la célebre película de Walt Disney, basada en el cuento clásico de “La Bella y la Bestia”, las “cosas” del castillo de la Bestia “estaban vivas” y hablaban. Así, como consecuencia del hechizo del que fue víctima el príncipe del castillo, no sólo se vio transformado en un monstruo, sino que todos los sirvientes se vieron convertidos en “menaje” animado, desde teteras, relojes y candelabros, hasta platos, muebles y alfombras. Pero cada una de estas cosas tenía vida, hablaba y podía contarnos qué había ocurrido en cada momento. Era difícil pasear sin que alguna parte de los bienes del inmueble pudiera decir que te habían visto pasar. Con tanto “testigo” nada puede pasar desapercibido.

¿Se imagina el lector si ocurriera un accidente en el castillo y el causante intentara eludir su responsabilidad amparándose en la falta de pruebas que acrediten cómo ocurrió el daño? Sin duda, el causante tendría serios problemas en eludir su responsabilidad, pues una serie de “testigos” presenciales del accidente declararían cómo fueron las cosas. La alfombra declararía que la caída de la víctima por las escaleras se debió al descuido del propietario de mantenerla estirada para evitar que hubiera un tropiezo, o el microondas diría que efectivamente el manual no explicaba adecuadamente su funcionamiento, o el auto que sus frenos no fueron revisados oportunamente. Si las cosas o las situaciones a ellas vinculadas hablaran, siempre sabríamos qué fue lo que pasó.

Los tratadistas y académicos vinculados al área de responsabilidad civil se han preocupado mucho en definir los aspectos conceptuales de elementos como el nexo causal, el daño, la antijuricidad o el factor de atribución. Pero la verdad de las cosas es que los problemas vinculados con la responsabilidad civil, tanto contractual como extracontractual, son más fácticos que jurídicos. El problema principal de todo caso de responsabilidad civil, lejos de ser si se aplican factores de atribución objetivos o subjetivos o si existe causalidad adecuada, es realmente saber cómo ocurrieron las cosas. La mayor orfandad no está por tanto en la teoría y, ante la necesidad de resolver un caso vinculado a un accidente, sin duda el juez cambiaría con gusto tomos enteros de doctrina por



tener una filmación del momento preciso en el que ocurrió el daño, algo con lo que rara vez se cuenta.

De hecho, gran parte de la evolución de los sistemas de responsabilidad civil están marcados, antes que por especulaciones teóricas, por facilitar la prueba de lo ocurrido. Por ejemplo, si bien hay otros factores que explican el surgimiento de la responsabilidad objetiva, quizás el más importante se vincula a la reducción de los costos de prueba al no requerirse saber cómo ocurrieron las cosas, bastando probar quién causó el accidente para atribuirle responsabilidad.

En el sistema anglosajón, una de las instituciones que justamente se han perfilado para reducir los costos de probar es el llamado *res ipsa loquitur*, y que no es otra cosa que la creación de una ficción legal que permite “hablar a las cosas”, casi como en el castillo de la Bella y la Bestia.

Por supuesto que el principio no permite que un sofá declare como testigo, pero sí permite deducir de los hechos y circunstancias ciertas presunciones que alivian los problemas de demostración de los hechos de manera significativa, a través de un simple mecanismo inteligente de inversión de la carga de la prueba. Ello permite superar los problemas de la prueba de la culpa sin apartarse, en estricto, del modelo de la culpa.

## II. ¿Qué es el *Res Ipsa Loquitur*?

La doctrina del *res ipsa loquitur* o “la cosa habla por sí misma”, es utilizada para aquellos casos en los cuales no se puede probar cuál fue el hecho generador del daño, pero debido a las circunstancias en las cuales el mismo ha ocurrido, se puede inferir que éste ha sido producto de la negligencia o acción, de determinado individuo.

De alguna manera, el principio es un paso previo a la responsabilidad objetiva; sólo que en lugar de animarse a señalar que el causante es siempre el responsable, mantiene el concepto de culpa, pero idea un mecanismo para presumir, ante ciertos hechos, que la culpa de una persona fue la causa del accidente.

El concepto central es que quien está en control de una actividad está en mejor aptitud que quien no la controla para saber qué es lo que pasó. Si se obligara a la parte no controladora a asumir la carga de la prueba, entonces quien más información tiene tendría el incentivo para no producir ninguna prueba sobre lo ocurrido. Bajo tal situación, los costos de producir prueba aumentarían, y la posibilidad de saber quién fue responsable se alejaría de la realidad.

Quien mejor ha desarrollado los criterios de aplicación del *res ipsa loquitur* es la jurisprudencia de los países que pertenecen al sistema anglosajón. Reseñar algunos de los casos más celebres de aplicación de la doctrina quizás sea la mejor manera de introducirnos a la misma.

Uno primero, bastante gráfico, es el caso *Ybarra v. Spangard*.<sup>2</sup> Al señor Ybarra le diagnosticaron una apendicitis que exigía que fuera operado. Fue internado en el hospital donde fue dormido con anestesia para efectos de la operación. Al despertar luego de la operación, el Sr. Ybarra sintió un intenso dolor en un brazo y en el hombro. El dolor se extendió y la situación se fue agravando, llegando a desarrollarse una parálisis y atrofia de los músculos alrededor del hombro. Los exámenes posteriores determinaron que el Sr. Ybarra había sufrido una seria lesión como consecuencia de un trauma o herida derivada de una presión aplicada entre su hombro derecho y su cuello.

Al estilo más propio de “Fuente Ovejuna”, ninguno de los intervinientes en la operación y tratamiento de Ybarra desde que fue anestesiado hasta que despertó dio ninguna explicación de qué había ocurrido. Ello motivó que Ybarra demandara a todos ellos. La defensa de los demandados fue que el Sr. Ybarra no había presentado ninguna prueba de qué había ocurrido, ni cuál de ellos había causado el problema, ni menos aún qué negligencia había existido. Criticaron entonces el intento de Ybarra de tratar de establecer una suerte de responsabilidad “en masa”. Ante tal situación, el demandante invocó la doctrina del *res ipsa loquitur*, señalando que debía presumirse la negligencia de los demandados dado que, sin perjuicio que no podía explicar qué pasó en concreto, era evidente que su lesión sólo podía ser consecuencia de la negligencia de ellos.<sup>3</sup>

La Corte se encontró con un dilema difícil de resolver. En estricto, no había forma de probar cuál de todos los intervinientes había causado con su negligencia el daño. Pero era evidente que entre ellos estaba el o los culpables. El paciente se encontraba sin ninguna posibilidad de probar o entender qué había ocurrido porque había estado inconsciente. Y los únicos que podían aportar pruebas se negaban a hablar.

La Corte declaró fundada la demanda. Consideró que era evidente que había existido negligencia a pesar que no era posible especificar los hechos concretos en la que ésta habría consistido. Señaló además que la única forma de crear los incentivos para que se dieran explicaciones y rompieran su silencio, era hacer a todos los demandados conjuntamente responsables. Así, ante el silencio de los demandados, los jueces hicieron hablar a las cosas, o más propiamente, a las circunstancias que rodearon la acción dañosa. Y las circunstancias levantaban su dedo acusador en contra de los intervinientes.

El principio que comentamos fue propuesto por primera vez en el caso *Byrne v. Boadle*<sup>4</sup>. Se trata de un caso antiguo (1863) en el que el demandante fue herido por

<sup>2</sup> 25 Cal.2d 486, 154 P.2d 687, 162 A.L.R. 1258. Supreme Court of California, 1944.

<sup>3</sup> El caso es muy similar a *Maki v. Murria Hospital* (91 Mont. 251, 7 P.2d 228, 231) con la única diferencia que en este último caso el paciente despertó con lesiones derivadas de una caída de la camilla en la que estuvo recostado mientras estuvo anestesiado.

<sup>4</sup> Se puede encontrar una reseña de este caso en [http://www.indexuslist.de/keyword/Res\\_ipsa\\_loquitur.php](http://www.indexuslist.de/keyword/Res_ipsa_loquitur.php) (1ro de Abril de 2005).



la caída de un barril de harina desde una ventana en un segundo piso. La Corte presumió que el simple hecho de que hubiera caído un barril en tales circunstancias, en sí mismo, demostraba que existía negligencia, a pesar que no se supo cómo efectivamente ocurrieron los hechos. El lenguaje de la Corte fue bastante claro al enunciar su razonamiento:

***“Somos de la opinión que la regla debe ser dictar un veredicto a favor del demandante. (...) es cierto cuando se dice que existen muchos accidentes de los que no puede derivarse una presunción de negligencia, pero creo que sería un error establecer una regla según la cual no puede surgir nunca una presunción de negligencia del hecho de un accidente. Supongamos en este caso que el barril rodó fuera del almacén y cayó sobre el demandante ¿Cómo podría demostrarse con certeza cuál fue la causa de lo ocurrido? Es la obligación de la persona que guarda barriles en un almacén de tomar cuidado para que no rueden hacia fuera, y creo que en tal caso debería, fuera de toda duda, establecer prima facie evidencia de negligencia. Un barril no se puede rodar fuera de un almacén sin alguna negligencia, y decir que el demandante que fue herido es el que debe traer testigos me parece descabellado.”***<sup>5</sup>

Otro de los casos más citados es *Ristau v. Frank Coe Company*.<sup>6</sup> El empleado de una empresa la demandó por los daños perso-

nales ocasionados durante las actividades de carga del producto de la demandada en vagones. La rotura de un caballete le generó serias heridas al demandante. El demandante invocó la doctrina del *res ipsa loquitor* sosteniendo que demostrada la rotura del caballete no podía sino presumirse que la misma se debía a negligencia de su propietario. Efectivamente, en el expediente no existía prueba que mostrara cómo habían ocurrido los hechos. La Corte acogió la posición del demandante.

En el caso inglés *Barkway v. South Wales Transport Co. Ltd*<sup>7</sup> la Corte estableció con mucha claridad el sentido del principio

***La doctrina depende de la ausencia de explicación, y, en consecuencia es un deber de los demandados, si es que desean protegerse, dar una explicación adecuada de la causa del accidente; sin embargo, si los hechos son suficientemente conocidos, la pregunta deja de ser una referida a si los hechos hablan por sí mismos, y la solución debe encontrarse en determinar cuándo, sobre la base de los hechos establecidos, debe o no inferirse negligencia.”***<sup>8</sup>

<sup>5</sup> Ibid, loc cit. (traducción libre)

<sup>6</sup> 120 App.Div. 478, 104 N.Y.S. 1059. Supreme Court of New York, Appellate Division, Second Department, 1907.

<sup>7</sup> [1950] 1 All ER 392, HL.

<sup>8</sup> Ibid, loc cit. (traducción libre).

Así, se diferencia los casos en los que se sabe qué pasó (en cuyo caso el juzgador debe analizar si la conducta demostrada era o no negligencia) de los casos en los que se sabe que hubo un daño pero no se sabe a ciencia cierta cómo ocurrieron las cosas.

En el mismo caso uno de los vocales deja claro que es discutible que se trate propiamente una doctrina, para ser más una simple aplicación del sentido común:

***“La máxima no es más que una simple regla de prueba que afecta al responsable. Se basa en el sentido común, y su propósito es hacer viable la justicia que debe hacerse cuando los hechos referidos a la causalidad y al cuidado ejercido por el demandado están fuera del conocimiento del demandante, pero están o deberían estar en conocimiento del demandado”<sup>9</sup>***

Efectivamente, el *res ipsa loquitur* tiene pretensiones más modestas que la de ser considerado como una “doctrina”. Es simplemente la aplicación de un principio de sentido común tan sencillo como “si el demandado parece ser el único que pudo causar con culpa el daño, entonces él es el culpable.”

Esta idea fue repetida con singular claridad en el caso *Lloyde v. West Midlands Gas Board*<sup>10</sup>. Así, luego de plantearse la duda sobre si el *res ipsa loquitur* podía ser descrito como una doctrina, la Corte dijo que era una:

***“exótica, pero conveniente frase para describir lo que no es en esencia más que una aproximación del sentido común (...) sobre la atribución de los efectos de las pruebas en determinadas circunstancias.”***

(...)

***“Este significa que el demandante establece prima facie negligencia cuando: (i) no le es posible probar de manera precisa cual fue el acto u omisión relevante que determinó en la sucesión de eventos que condujo al accidente; pero (ii) sobre las pruebas tal como se han determinado en tiempo relevante es más probable que no que la efectiva causa del accidente fue algún acto u omisión del demandante o de alguien por el que el demandante es responsable, cuyo acto u omisión constituye una falla del demandado en tener el cuidado adecuado para la seguridad del demandante.”<sup>11</sup>***

Como bien se desprende del tratamiento dado por la jurisprudencia, antes que un principio del sistema de responsabilidad civil, se trata de un principio operativo probatorio, destinado a reducir los costos de prueba en un caso en el que se identifican elementos que reducen sustancialmente el costo de un error que atribuya responsabilidad al que no la tiene. En otras palabras,

<sup>9</sup> Ibid, loc cit. (traducción libre).

<sup>10</sup> 1 WLR 749, CA

<sup>11</sup> Ibid, loc cit. (traducción libre)



bajo la aplicación del principio, se asume que no hacer responsable al demandado tiene un riesgo o costo de error superior al que se enfrenta si se le hace responsable.

La doctrina del *res ipsa loquitur* permite al juez inferir negligencia, en ausencia de pruebas directas<sup>12</sup>, siempre que el demandante cumpla con probar la existencia de ciertos requisitos indispensables para la aplicación de dicha doctrina. Así, Mark A. Abramson y Kevin F. Dugan señalan lo siguiente:

**“(...) Ladoctrina del *res ipsa loquitur* permite al jurado inferir negligencia bajo ciertas circunstancias en la ausencia de una prueba directa.”<sup>13</sup>**

Asimismo, Kenneth S. Abraham señala lo siguiente:

**“Cuando se cumplen los requisitos del *res ipsa loquitur*, en la mayoría de las jurisdicciones el efecto es que se permite al jurado, pero no se le requiere, encontrar que el demandado fue negligente”<sup>14</sup>**

A través de la utilización del mencionado principio, se permite que los jueces infieran la existencia de negligencia por parte del demandado, sin pruebas directas de la existencia de la misma. De ello se desprende claramente que, una vez invocada la doctrina del *res ipsa loquitur*, y luego de que el demandante pruebe los requisitos para la aplicación de la misma, el Juez está en capacidad de declarar la negligencia

del demandado, y por lo tanto ordenar el pago de una indemnización por los daños producidos.

La aplicación de la doctrina del “*res ipsa loquitur*” permite que, aún sin pruebas directas de la negligencia del demandado, la demanda sea admitida, evitando que se genere el efecto “*smoking out*” (“*se hicieron humo*”). Es decir, el demandado no se quedará de brazos cruzados señalando que no existen pruebas en su contra, mediante las cuales se pueda probar su negligencia, cargando sobre los hombros de la víctima el peso de una prueba imposible.

Al comprobarse los requisitos necesarios para la aplicación de la doctrina, el Juez estará en capacidad (tendrá la facultad) de presumir la negligencia del demandado. Siendo ello así, éste tratará de probar de la mejor forma y mediante todos los medios que tenga a su alcance que su conducta no fue negligente.<sup>15</sup>

<sup>12</sup> La doctrina *res ipsa loquitur*, es aplicada cuando la víctima de un daño demuestra que la evidencia del accidente es inaccesible para él, o simplemente que no sabe ni tiene como saber cuáles fueron las causas del accidente.

<sup>13</sup> ABRAMSON, Mark A. y Kevin F. DUGAN: *Res Ipsa Loquitur and Medical Malpractice*, En: <http://www.arbd.com/articles/resipsa.html>. (traducción libre)

<sup>14</sup> ABRAHAM, Kenneth S. *The Forms and Functions of Torts Law*, The Foundation Press, Inc. Westbury, New York, 1997, p. 91. (traducción libre)

<sup>15</sup> Es necesario precisar que uno de los requisitos necesarios para invocar la doctrina del *res ipsa loquitur*, es que el hecho productor del daño se haya producido dentro de la esfera de control del demandado. Siendo ello así, es el demandado quien tendrá mayor cantidad de elementos que lo ayuden a probar que no fue negligente, y que el accidente no se produjo por esta causa.

Sin embargo, como se puede apreciar, esta doctrina no sólo permite presumir la existencia de negligencia, sino, de cierta manera, incluso del nexo causal. Así, en el caso *Ybarra* antes citado, es claro que la Corte no se limitó a presumir que la negligencia existió, sino que la misma era imputable a los demandados, y que fueron sus acciones las que causaron el daño. Ello es lógico sobre todo si se tiene en cuenta que si justamente lo que no se puede identificar son los hechos que acreditan que hubo negligencia, tampoco se puede acreditar que el demandado causó el daño, pues sin conducta específica es difícil determinar que la conducta causó el daño. En esta circunstancia basta que el daño se haya producido bajo la esfera de control del demandante, para que se presuma no sólo la negligencia, sino que ésta causó el daño.

Bajo las reglas comunes de la prueba, cuando no existen elementos de prueba suficientes para probar la negligencia del demandado, no es extraño que éste obtenga una sentencia favorable, alegando únicamente dicha inexistencia.<sup>16</sup> La doctrina *res ipsa loquitur* revierte esta situación, tal y como lo explica Abraham cuando señala que bajo esta perspectiva, la doctrina del *res ipsa loquitur* cumple justamente la función de evitar este efecto de *smoking out* (“se hicieron humo”) de las pruebas que están bajo control de la parte no interesada en que se encuentren. La doctrina crea una inferencia artificial de negligencia a fin de crear en el demandado los incentivos para explicar qué es lo que realmente pasó.<sup>17</sup>

Sin embargo, aun cuando el demandante haya probado los requisitos para la aplicación de la doctrina del *res ipsa loquitur*, el demandado siempre está en capacidad de probar, durante el proceso, que él no fue negligente; o en todo caso, intentar probar que no se han cumplido los requisitos necesarios para aplicar la doctrina del *res ipsa loquitur*, e inferir su negligencia en base a la misma. Al respecto, el Restatement (Second) of Torts señala lo siguiente:

***"Si el demandado produce prueba que es tan concluyente como para no dejar duda que el evento fue causado por un agente ajeno del que él no es responsable, o que pertenece a una clase de eventos que comúnmente ocurre sin un cuidado razonable, tendrá derecho a un veredicto directo."***<sup>18</sup>

Es necesario precisar que la doctrina del “*res ipsa loquitur*” sólo debe ser aplicada cuando el hecho generador del daño no pudo haberse producido sin algún tipo de negligencia por parte del demandado. Así lo señala el Juez Gaynor en el caso *Ristau vs. Frank Coe Company*:

<sup>16</sup> Sin este principio, no existen incentivos de ningún tipo para que el demandado señale qué es lo que sucedió realmente, lo que sucederá en la práctica es que el caso se declare infundado por falta de pruebas.

<sup>17</sup> ABRAHAM, Kenneth S.: op. cit. p. 94.

<sup>18</sup> En: <http://www.wisbar.org/res/sup/2001/99-0821.htm>, Restatement (Second) of Torts §328D, cmt. o (1965) (traducción libre) Los Restatement son compilaciones de principios legales que supuestamente recogen los criterios de decisión usados por las Cortes al resolver casos. Son recompilados y estructurados por la American Bar Association.

**“(…)Esta se aplicasólo cuando el accidente aparentemente no podría haber ocurrido salvo a través de alguna negligencia del demandado.”<sup>19</sup>.**

Así, como ya señalamos, la doctrina bajo comentario parece enmarcarse más que dentro del campo de los conceptos que los tratadistas de Derecho Civil suelen usar, dentro de los principios de carga de prueba. Sin embargo, su importancia es clave para permitir la operación del sistema de responsabilidad civil.

Sin duda es importante entender los conceptos, pero quizás más importante es cómo organizar los hechos y los elementos de prueba para poder hacer operar el sistema. El *res ipsa loquitur* es una forma de poner en marcha y hacer efectivo el funcionamiento de la responsabilidad civil, más allá de consideraciones teóricas, y centrándose en las problemática de lo fáctico.

El problema es simple, y asombra lo poco que se ha escrito en nuestro sistema para encontrarle solución. Es usual que quien causa un daño contractual o extracontractual, tiene normalmente bajo su control la conducta causante del daño. Así, controla la información y los recursos usados en dicha conducta. Si del acceso a dichos elementos se derivan efectos negativos (pago de una indemnización) no habrá incentivos para facilitar dicho acceso. El resultado es que los causantes serán hechos responsables en menos casos de los necesarios, llevando a que las externalidades produ-

cidas sean internalizadas en un número subóptimo de casos.

La forma de resolver ese problema es colocando los costos de la no prueba sobre los hombros de quien enfrenta menos costos para proveer la información necesaria. Sin embargo, hay que tener cuidado con las consecuencias que una aplicación irrestricta del principio puede tener en el sistema de responsabilidad civil.

Los accidentes o daños derivados del incumplimiento de una obligación pueden producirse, no sólo como consecuencia de la actividad del causante, sino de la actividad de la víctima o del acreedor. Los atropellos de peatones ocurren, no sólo porque los conductores manejan a exceso de velocidad, sino porque los peatones cruzan la calle de manera distraída. Pero si los conductores son siempre hechos responsables sin importar la conducta de los peatones, y estos últimos son plenamente compensados por sus daños, entonces habrá menos incentivos para que tomen precauciones. El resultado es que habrá más peatones distraídos y con ello más accidentes.

Esta idea de que las precauciones son recíprocas en la mayoría de casos explica por qué hay que ser muy cuidadosos con los sistemas de responsabilidad objetiva. Si el conductor es objetivamente responsable, el peatón está literalmente “asegurado” contra accidentes a costa del conductor. Por

---

<sup>19</sup> Ristau vs E. Frank Coe Company, Supreme Court of New York, Appellate Division, Second Department, 1907. (traducción libre).

tanto, se comportará de manera similar a como se comporta el asegurado en un contrato de seguros, tomando precauciones subóptimas. Así, el que tiene un seguro contra robos para su auto tenderá a estacionarlo más frecuentemente en la calle en lugar de en una playa de estacionamiento si es que todo robo le es cubierto por el seguro. O quien tiene un seguro de accidentes tenderá a manejar peor si el seguro cubre todos los daños.<sup>20</sup> Por ello el sistema tiene que trasladarle responsabilidad (o costos) cuando no toma precauciones. Ello explica que se use sistemas de culpa<sup>21</sup>, o que cuando se usen sistemas objetivos, el causante no sea responsable cuando la víctima es imprudente, como ocurre, a título de ejemplo, con el artículo 1972 del Código Civil que contempla la imprudencia de la víctima como una fractura causal.<sup>22</sup>

Una aplicación irrestricta del *res ipsa loquitur* puede generar un problema análogo al de la responsabilidad objetiva. Si la prueba de la culpa se hace excesivamente fácil para la víctima y muy difícil para el causante, entonces las víctimas tenderán a sentirse aseguradas, y con ello tomarán menos precauciones, lo que aumentará el número de accidentes. Como decíamos, el *res ipsa loquitur* es la antesala a la responsabilidad objetiva, y por tanto puede tener efectos similares.<sup>23</sup>

Ello explica los requisitos que se exigen para que se aplique el principio, en particular, los límites que la doctrina le impone. Por ejemplo, el requisito de que la actividad esté bajo el control del demandado tiende a centrarse en casos de precauciones unilate-

rales, es decir, en casos en que sólo una de las partes puede tomar precauciones. Por ejemplo, en *Ybarra* es claro que el paciente anestesiado no podía tomar precauciones para evitar el accidente justamente porque estaba dormido. Por ello, no hay que preocuparse en crear un incentivo perverso. Esta claro que el paciente no podía hacer virtualmente nada para evitar que pasara lo que pasó, con lo que no hay problema de que se le “asegure” contra el daño. De manera similar, si me cae un barril de harina cuando camino por la calle, es poco lo que pude hacer para evitar ese accidente, mientras que quien administra el almacén claramente puede controlar con su conducta que no ocurra ese tipo de daños.

<sup>20</sup> Esto es conocido en el lenguaje económico como “riesgo moral” o “azar moral”, y no es otra cosa que la tendencia a desarrollar conductas que aumentan los daños que no voy a asumir. Ello explica por qué las pólizas de seguro nunca dan cobertura completa o perfecta contra siniestros, sino que dejan parte del riesgo en cabeza del asegurado, o que se establezcan premios y castigos en la prima del seguro en función de la siniestralidad para crear incentivos a tomar precauciones.

<sup>21</sup> En el sistema de culpa, dado que los causantes (conductores) sólo pagan si tienen culpa, las víctimas (peatones) asumirán que el daño les puede ser ocasionado por un causante (conductor) sin culpa. En ese caso nadie les pagará los daños. La posibilidad de estar descubiertos llevará a los peatones a prevenir accidentes por el temor que por las reglas de responsabilidad subjetiva no se pueda atribuir responsabilidad al causante (conductor). Con ello se crean incentivos adecuados para la toma de precauciones bilaterales, es decir por las dos partes.

<sup>22</sup> En ese caso el causante (conductor) será siempre responsable, salvo que la víctima (peatón) tenga culpa. En tal supuesto la víctima (peatón) tomará precauciones, porque si no lo hace se liberará de responsabilidad al causante (conductor) a pesar de la existencia de responsabilidad objetiva. Dado que la víctima que actúa con culpa estará descubierta, se generan incentivos para que se den precauciones recíprocas.

<sup>23</sup> Desarrollaremos este tema con mayor detalle más adelante, cuando analicemos el problema de las precauciones recíprocas y la función del *res ipsa loquitur* de reducir los costos de error.

Incluso en los casos en los que la actividad no está en total control del demandado, se exige que las hipótesis de culpa posible del demandante queden razonablemente descartadas; esto es, que las pruebas descarten que la propia víctima pudiera ser causante de sus propios daños. Esto será desarrollado con más detalle en la sección siguiente.

### III. Requisitos para la aplicación del *res ipsa loquitur*.

De lo dicho en el punto precedente, se desprende que la aplicación del mencionado principio implica señalar a determinado sujeto como negligente sin pruebas directas que corroboren la existencia de la misma. Dadas las severas consecuencias de la aplicación del principio, se han establecido una serie de limitantes y requisitos. Por ello, éste sólo deberá ser aplicado cuando el demandante pruebe ciertos elementos para la aplicación de la misma. Así:

***“Para que esta doctrina se aplique es necesario que (1) el accidente sea de aquel tipo de los que ordinariamente no ocurren ante la ausencia de negligencia de alguien; (2) debe haber sido causado por un agente o instrumento bajo el control exclusivo del demandado; y (3) otras posibles causas han sido suficientemente eliminadas por la evidencia”<sup>24</sup>***

En la misma línea, Mark A. Abramson y Kevin F. Dugan señalan con respecto a los requisitos lo siguiente:

***“Se permitirá al jurado inferir negligencia si el demandante puede establecer, por medio de conocimientos comunes u opiniones de expertos que: 1) sus daños ordinariamente no hubieran ocurrido en ausencia de negligencia de alguien; 2) sus daños fueron causados por un agente o instrumento bajo el control exclusivo del demandado; y 3) otras posibles causas hayan sido suficientemente eliminadas por la evidencia, de manera que el jurado podría razonablemente concluir que la negligencia es, más probablemente que no, del demandado.”<sup>25</sup>***

Si se presenta los tres elementos necesarios para configurar la doctrina del *res ipsa loquitur*, entonces el juez podrá declarar la negligencia del demandado y por lo tanto estará en capacidad de sentenciar a favor del demandante. Pero ello no quiere decir que siempre que se pruebe los requisitos, el Juez deberá declarar la negligencia del demandado. Así en el caso *Cowan vs. Tyrolean Ski Area, Inc.*, el Juez señaló lo siguiente:

***“La regla del res ipsa loquitur no requiere necesariamente que el demandante gane el juicio; es meramente una regla que identifica elementos de prueba indiciaria que son suficientes para llevar el caso ante un jurado, y permitir al jurado***

<sup>24</sup> Rowe vs. Public Service Company of New Hampshire, 115 N.H. 397, 399 (1975) (traducción libre)

<sup>25</sup> ABRAMSON, Mark A y Kevin F. DUGAN. En: *Res Ipsa Loquitur and Medical Malpractice*, En:<http://www.arbd.com/articles/resipsa.html>. (traducción libre)

***dar un veredicto a favor del demandante (...)*<sup>26</sup>**

Para invocar la aplicación de la doctrina el demandante deberá acreditar lo siguiente:

**A. Que el daño no pudo ocurrir sin la existencia de negligencia de alguien.**

Ello significa que en base a las reglas de la experiencia y el sentido común, o sobre la base de la opinión de expertos, se pueda llegar a la conclusión que el accidente o evento no pudo ocurrir por factores diferentes a la culpa de alguien.

Por ejemplo, en el caso *In Cowan v. Tyrolean Ski Area, Inc*<sup>27</sup>, la Corte denegó la aplicación de la doctrina del “*res ipsa loquitur*”, ya que el demandante no pudo probar que el accidente sólo pudo haber sido causado por un acto negligente.

En el caso, el demandante solicitó que se le pagaran los daños causados en un accidente causado al usar las instalaciones de ski de la demandada. Al subir a una de las montañas usando un sistema de andanivel ocurrió un accidente en el que sufrió daños físicos.

Así, la Corte señaló:

***“(...) el mecanismo de andanivel se encuentra fuera del ámbito de la experiencia común, y los jurados necesitarían del beneficio de opiniones de expertos antes que puedan eliminar toda otra posible negligencia causante diferente***

***a la del demandado-operador. Sobre este asunto, el experto describió distintas causas del mal funcionamiento que aparentemente podrían haber resultado tanto de un diseño defectuoso como de un mantenimiento defectuoso. Dado que este testimonio no tiende a eliminar la negligencia del diseñador o del fabricante, del rango de causas posibles, ello resulta insuficiente para superar la carga del demandante.”*<sup>28</sup>**

Mark A. Abramson y Kevin F. Dugan, comentando el mencionado caso señalan lo siguiente:

***“(...) La Corte encontró que el demandante introdujo apropiadamente testimonios de expertos para satisfacer el primer elemento del *res ipsa*. Sin embargo concluyó que, en este caso, el testimonio de expertos no era suficiente para cumplir con la carga del demandante. En particular, a pesar que el experto describió distintos actos negligentes que podrían haber causado el accidente, el también concedió que este hubiera podido haber ocurrido ‘por alguna otra razón’. Dado que ‘alguna otra razón’ podrían incluir actos no negligentes la Corte sostuvo que el demandante había fallado en su intento de de-***

<sup>26</sup> *Cowan vs. Tyrolean Ski Area, Inc.*, 127 N.H 397, 400 (1985) (traducción libre).

<sup>27</sup> *Cowan v. Tyrolean Ski Area, Inc.*

<sup>28</sup> *Ibid*, loc cit. (traducción libre)



**mostrar que el accidente no hubiera podido ocurrir en la ausencia de negligencia.”<sup>29</sup>**

De lo dicho en el presente punto se desprende que si el acto del cual se desprende el daño causado al demandante pudo haber sido causado sin que “alguien” haya sido negligente, entonces la doctrina del *res ipsa loquitur* no puede ser aplicada al caso. Así, en el caso *Southeastern Aviation, Inc v. Hurd*<sup>30</sup> se señaló que la doctrina del *res ipsa loquitur* no es aplicable cuando el accidente pudo haber ocurrido en el curso ordinario de las cosas, inclusive si todas las personas que participaron del proceso hubieran sido diligentes.

Así, por ejemplo, si se produce un incendio durante una tormenta eléctrica, y no se puede descartar que un rayo hubiera podido originar el fuego, no es suficiente demostrar que el demandado estaba en control de la actividad dentro de la que surgió el incendio, pues no necesariamente su negligencia fue la causa.

**B. Otras causas, distintas a la posible negligencia del demandado, deben haber sido eliminadas por la evidencia presentada.**

Mediante este requisito se busca que el demandante descarte otras posibles formas de negligencia mediante las cuales el accidente pudo haberse producido, salvo evidentemente, la negligencia del demandado.

Por otro lado, también es importante precisar que, si de las evidencias presentadas, se desprende que existen las mismas posibilidades que el accidente se haya producido por la negligencia del demandando que por la negligencia de la víctima o de un tercero, la doctrina del *res ipsa loquitur* no debe ser aplicada al caso. Por ejemplo, en el caso de *Bornstein vs. Metropolitan Bottling Co.*<sup>31</sup>, la Corte señaló que la doctrina del *res ipsa loquitur* no era aplicable por lo siguiente:

**“(…) si es igualmente probable que la negligencia de algún otro distinto al demandado, pero el demandante no necesita excluir a toda otra persona que podría posiblemente ser responsable cuando la negligencia del demandado aparece como la más probable explicación del accidente.”<sup>32</sup>**

¿Qué otras causas del accidente deben ser excluidas por el demandante para que sea de aplicación la doctrina del *res ipsa loquitur*?

El demandante no tiene que probar que todas “las posibles causas del accidente que se le ocurran” no han producido el accidente. Sólo debe probar que no han sido

<sup>29</sup> ABRAMSON, Mark A y Kevin F. DUGAN. En: *Res Ipsa Loquitur and Medical Malpractice*, En:<http://www.arbd.com/articles/resipsa.html> (traducción libre)

<sup>30</sup> *Southeastern Aviation, Inc v. Hurd*, 209 Tenn. 639, 662, 355 S.W. 2d 436, 446 (1962)

<sup>31</sup> *Bornstein vs. Metropolitan Bottling Co.*, 26 N.J. 273 (1958)

<sup>32</sup> *Ibid*, loc cit. (traducción libre)

causa del accidente aquellos supuestos que produzcan una duda razonable, es decir, aquellos supuestos en los cuales la posibilidad de que el accidente sea causado por dicha causa sea probable y genere como hemos mencionado una duda razonable sobre que fue la culpa del demandado la causa. Por ello posibles causas muy alambicadas o complejas, derivadas de casualidades totalmente inesperadas, deben de ser descartadas.

### C. El hecho debe estar en la esfera de control del demandado.

Con respecto a este tercer requisito necesario para aplicar la doctrina del *res ipsa loquitur*, debemos señalar que el hecho que “el demandado tenga control exclusivo” implica que el control que ejerza sobre la situación sea tal, que las probabilidades de que el acto negligente<sup>33</sup> haya sido causado por otras personas son remotas, razón por la cual está permitido inferir la negligencia del demandado.

Por ejemplo en el caso Hansen vs. James<sup>34</sup>, el demandante sufrió un daño cuando hizo contacto con una línea de poder. El poste de soporte de la línea de poder fue golpeado por el carro del demandado. Éste argumentó que el instrumento que causó el accidente del demandante fue la línea de poder, no su carro. La Corte rechazó este argumento encontrando que el vehículo del demandante fue el instrumento que puso en movimiento la serie de eventos que dieron como resultado el incidente que provocó daños en el demandante. En este caso, la Corte señaló que el golpe dado

por el vehículo del demandante al poste de soporte creó la situación de peligro, y el mismo estaba en control exclusivo del instrumento que desencadenó el accidente.

Siendo ello así, el demandante deberá comprobar que, la causa<sup>35</sup> del accidente esté en la esfera de control del demandado, ya que, si ello es así, es muy difícil que la negligencia haya sido causada por otra persona.

Si el control por parte del demandado no se comprueba, el demandante no se podrá beneficiar con la aplicación de la doctrina del *res ipsa loquitur*. Por ejemplo, en el caso Colmenares vs. Sun Alliance Insurance Co.<sup>36</sup>, el demandante sufrió un daño por el mal funcionamiento de una escalera mecánica ubicada en el inmueble del demandado. La Corte concluyó que la evidencia del mal funcionamiento de la escalera no era suficiente prueba de la negligencia del demandado. Ello, porque el control de la escalera no era exclusivo del demandado. Al respecto el Juez Torruela señaló literalmente lo siguiente:

<sup>33</sup> Es preciso recordar que a la hora de analizar este tercer elemento, ya se comprobó que el acto causante del daño no pudo haberse dado sin que alguien haya sido negligente.

<sup>34</sup> Hansen vs. James, 847 S.W. 2d (Mo. App. 1993)

<sup>35</sup> La causa del accidente puede ser una persona o un objeto, pero cualquiera que haya sido la causa debe estar dentro de la esfera de control del demandante.

<sup>36</sup> Colmenares Vivas v. Sun Alliance Insurance Co., 807. F.2.d 1102 (1 st. Cir. 1986)



***“(…) Desde mi puntodevista, el solo hecho de que el pasamanos se detuvo y la Sra. Colmenares se cayó, sin más evidencia sobre por qué o cómo el pasamanos se detuvo, no conduce en sí mismo a la inferencia de negligencia por la Autoridad de Puertos***

***(…) El mal funcionamiento de una escalera presenta un argumento incluso más fuerte en contra de establecer una inferencia de negligencia sin la prueba adicional sobre si la causa del mal funcionamiento es el resultado de la negligencia del operador. (…)”<sup>37</sup>***

En este caso, el Juez Torruela señala que no se han eliminado “otras” posibles causas del accidente que trajo como consecuencia el daño. Estas otras causas podrían deberse a que el instrumento que ha producido el daño no está bajo el control exclusivo del demandante, siendo ello así, no se puede inferir que el demandado haya sido negligente en aplicación de la doctrina del *res ipsa loquitur*.

Richard Epstein, no está de acuerdo con el fallo de la Corte, señalando que el requisito de control exclusivo para la aplicación de la doctrina *res ipsa loquitur* sí se ha cumplido en este caso, señalando al respecto literalmente lo siguiente:

***“(…) La Corte de distrito encontró que no se había cumplido el requisito, a pesar de la estipulación de la parte ‘que la escalera en cuestión es de propiedad y se encuentra bajo el control de la Autoridad Portuaria***

***de Puerto Rico. Coincidimos que la estipulación no es en sí misma suficiente para satisfacer lo requerido por el res ipsa loquitur. Ella no excluye la posibilidad de que alguien más tenga también control sobre la escalera; por el contrario, la estipulación decía que Westinghouse mantenía la escalera. Sostenemos, sin embargo, que la Autoridad Portuaria efectivamente tenía control exclusiva sobre la escalera porque la autoridad en control del área pública tiene un deber indelegable de mantener las facilidades en condiciones seguras”<sup>38</sup>***

El profesor Epstein señala que si bien es cierto que otras personas estaban en contacto directo con el instrumento que causó el accidente, era el Aeropuerto de Puerto Rico el que en última instancia tenía el control de la misma. A su parecer, no es necesario que una sola persona esté involucrada en el hecho para decir que tiene el control exclusivo, basta como hemos señalado líneas arriba, que tenga el control en última instancia. Comentando la resolución de este caso Epstein señala lo siguiente:

***“Pocas cortes han requerido que el control sea literalmente ‘exclusivo’ (…) El propósito del requerimiento es el de restringir la aplicación de la inferencia del res ipsa loquitur a casos***

<sup>37</sup> Ibid, loc cit. (traducción libre)

<sup>38</sup> EPSTEIN, Richard A., Cases and Materials on Torts, Aspen Law & Business, Séptima Edición, Nueva York, 2000, p. 291. (traducción libre)

**en los que sólo existe un solo actor que maneja la instrumentalidad, ‘eliminando la posibilidad de que el accidente pueda haber sido causado por un tercero’. No es por tanto necesario, que el demandado, y no un tercero, sea quien a fin de cuentas responsable por la instrumentalidad. En consecuencia, res ipsa loquitur se aplica incluso si el demandado es responsable con alguien más, o si el demandado es responsable por la instrumentalidad incluso si es alguien más el que tiene el control físico sobre ella (...)’<sup>39</sup>**

Si bien es cierto estos son los 3 elementos que la doctrina y la jurisprudencia consideran necesarios para la aplicación del *res ipsa loquitur*, existen también otros requisitos mencionados de manera más aislada. Dichos requisitos son los que a continuación pasaremos a describir:

#### **D. El hecho generador del daño no pudo ser causado mediante algún tipo de contribución por parte del demandante.**

Sería ilógico que en base a indicios se señale que el demandado ha sido negligente, si el acto productor del daño ha sido realizado con contribución del demandante.

En realidad este es un requisito que se desprende de uno ya visto, referido a excluir causas derivadas de la propia negligencia del demandante. Así debe descartarse la existencia de negligencia de la propia víctima como causa del accidente.

Este requisito se verá satisfecho si de las pruebas actuadas resulta que las hipótesis que podrían comprometer al demandante han sido descartadas. Por ejemplo, si un perro se escapa y muerde a una persona, una hipótesis podría ser que la propia víctima abrió la puerta y dejó salir al animal. Pero si se demuestra que la víctima no podía tener en su poder el candado de la puerta, entonces debería presumirse que si el perro se escapó fue por negligencia del demandado propietario del perro.<sup>40</sup>

#### **E. Que el demandado tenga un conocimiento superior o mayor información con respecto a la causa del accidente.**

Este es un principio que se deriva justamente del control de la actividad causante del daño, que suele dar mayor capacidad de contra con la información relevante. Así lo señaló la Corte en el caso *Christie vs. Ruffin*<sup>41</sup>

Es importante destacar las razones que hacen aparecer esta doctrina. Muchas veces, luego de un accidente, es virtualmente im-

<sup>40</sup> Es interesante ver como principios con efectos similares al *res ipsa loquitur* inspiran algunas normas del ordenamiento peruano. Por ejemplo está el artículo 1979, según el cual “*El dueño de un animal o aquel que lo tiene a su cuidado debe reparar el daño que éste cause, aunque se haya perdido o extraviado, a no ser que pruebe que el evento tuvo lugar por obra o causa de un tercero*”. Si bien la redacción refleja un principio de responsabilidad objetiva, la diferencia con el *res ipsa loquitur* aparece como una casi de redacción. La norma parte de la idea de que el propietario del animal o el que lo tiene bajo su cuidado (es decir, bajo su control) es responsable del daño que cause, salvo que se pruebe que el evento es atribuible a terceros (que debería obviamente incluir a la propia víctima).

<sup>41</sup> *Christie vs. Ruffin*, 824 S.W 2d 534, 536 (Mo. App. 1992).

posible determinar cuál fue la causa específica y, sobre todo, el estándar de conducta seguido por las partes. A ello se agrega que si una de las partes tiene el control de la actividad dentro de cuyo ámbito se causó el daño, entonces surgen incentivos para que esa parte oculte o en todo caso contribuya poco en identificar los elementos que acrediten que fue lo que ocasionó. Por otro lado, puede ser que la otra parte se encuentre muy limitada en poder generar pruebas por su falta de experiencia o contacto con la actividad desarrollada. En ese marco esta doctrina busca hacer viable la actividad probatoria, colocando la carga de probar en quien se encuentra en mejor aptitud, por la vía de hacerlo responsable ante ausencia de pruebas.

En realidad esta doctrina no es otra cosa que el fundamento de la inversión de la carga de la prueba en un supuesto determinado en el que tal inversión resulta aconsejable para hacer viable la investigación de los hechos.

Como ya indicamos, el *res ipsa loquitur* obedece a los costos de prueba y a la existencia de asimetrías informativas para la producción de dicha prueba. Pero a su vez tiene que velar por evitar que en situaciones en que existen precauciones bilaterales, es decir, que la causa de un accidente puede obedecer a conductas no solo del causante, sino de la víctima o incluso de terceros.

Así, por ejemplo, el requisito de control se orienta a identificar actividades en las que las precauciones son fundamentalmente

unilaterales, es decir, a cargo del causante demandado. De esta manera, se reduce el riesgo de convertir al causante en un asegurador de riesgos atribuibles a la víctima o a terceros. A ello también contribuye el requisito de haber eliminado otras posibles causas para poder aplicar la doctrina.

Un campo especialmente fértil (y también especialmente controvertido) para la aplicación de la doctrina son los casos de responsabilidad médica. Como ocurrió en el caso Ybarra, es usual que el médico fuera el único que podía tomar precauciones porque tienen el control de la actividad, por ejemplo, al interior de la sala de operaciones. Pero si se aceptara que todo daño derivado de una operación es imputable al médico, los costos de la medicina se incrementarían exponencialmente, porque el médico se volvería en un asegurador de los pacientes. Por ello deben descartarse otras causas tales como el riesgo propio de una operación, los actos de terceros o de la propia víctima que, por ejemplo, no cumple con las instrucciones dadas por el médico para el proceso post operatorio. Si otras posibles causas no son razonablemente descartadas, entonces el *res ipsa loquitur* no puede ser aplicado.

#### **IV. ¿Se puede aplicar el *res ipsa loquitur* en el Perú?**

¿Es de aplicación una doctrina como la del *res ipsa loquitur* al sistema legal peruano? Ello podría derivarse simplemente de ser una doctrina general, usada en el Derecho Comparado. Sin embargo, en adición a ello, existe una serie de normas expresas que

permiten su aplicación tanto en el campo contractual como en el extracontractual.

El desarrollo del *res ipsa loquitur* se ha dado principalmente en el campo extracontractual. La explicación de ello es relativamente sencilla. Si bien su aplicación no es excluyente de ningún sistema legal, su mayor desarrollo se presenta en el sistema anglosajón y se usa para generar una suerte de presunción de culpa en contra del causante. Pero en el sistema anglosajón la responsabilidad contractual, a diferencia de la extracontractual, es básicamente objetiva, es decir, que no requiere la prueba de culpa, lo que marca una diferencia sustancial con el sistema peruano en el que esta responsabilidad es básicamente subjetiva. Basta la inejecución de la obligación para que exista responsabilidad sin evaluar necesariamente el nivel de diligencia del deudor. Por ello, en líneas generales, el *res ipsa loquitur* es innecesario en la responsabilidad contractual en el sistema anglosajón. Así, no tiene sentido crear una presunción de culpa en un sistema que no utiliza la culpa. Sin embargo, en un sistema de responsabilidad contractual subjetiva como el peruano, su aplicación si se torna realmente útil. Como veremos, ya existen otras instituciones legales que justamente contemplan la misma lógica. Por ello, en un caso de responsabilidad contractual, si al inejecutarse una obligación se causa daños, puede acudir al *res ipsa loquitur* para determinar la existencia o no de culpa.

De hecho, incluso algunos supuestos de responsabilidad contractual en el caso del sistema anglosajón permiten la aplicación

del principio. Como ya dijimos, uno de los campos en los que este principio es invocado con mayor frecuencia es en el de la responsabilidad médica, como se pudo apreciar en el caso *Ybarra*, antes citado. En estos casos se asume que el médico está en control de la actividad. Si la situación conduce a concluir que el daño no pudo haberse producido sin culpa de alguien (por ejemplo se dejó unas tijeras al interior del paciente luego de una operación) y se descarta las hipótesis de causas culpables distintas a la del médico, se aplicará el *res ipsa loquitur*. Pero nótese que la responsabilidad médica puede ser considerada como responsabilidad extracontractual.<sup>42</sup>

Como ya se dijo, la doctrina del *res ipsa loquitur* es un mecanismo de inversión de la carga de la prueba de la culpa y, de alguna manera, de algunos aspectos de la relación causal, en cuanto permite demostrar la

<sup>42</sup> De hecho la distinción entre responsabilidad extracontractual y contractual no es tan clara en el sistema anglosajón. La responsabilidad médica es un caso de *torts*, término que comúnmente se identifica con la responsabilidad extracontractual y que podría ser traducido como “agravio” o “perjuicio”. Si bien nosotros entendemos comúnmente que la responsabilidad contractual se produce cuando hay contrato y la extracontractual cuando no lo hay, tenemos iguales problemas para explicar por qué en un accidente de aviación o de transporte en ómnibus, o incluso de responsabilidad médica, solemos usar como base las normas de responsabilidad extracontractual. Incluso sentimos que esos casos se aproximan más a la lógica extracontractual por más que existe un contrato. Sin embargo, partiendo de la posición de Ronald Coase, es posible hacer una distinción más sutil. Lo relevante no es la existencia de un contrato, sino de costos de transacción significativos, principalmente costos para acceder a información. Así, por ejemplo, un pasajero de un avión difícilmente contará con información adecuada para conocer los riesgos en caso de que un avión tenga un accidente, o bien, es poco probable que el paciente que entra a la sala de operaciones conozca cómo debe ejecutarse las obligaciones del médico para que sea diligente. En ese caso la lógica extracontractual parece más adecuada, incluso bajo la existencia de un contrato.

existencia de responsabilidad, sin identificar específicamente el hecho causante del accidente, siempre que se acredite que el accidente ocurrió en el desarrollo de una actividad controlada por una de las partes.

Quizás la primera reacción que se tenga a la aplicación de esta doctrina en el sistema romano germánico y, en particular en el Perú, es que tratándose de una doctrina de origen anglosajón, no puede ser utilizada para generar una inversión de la carga de la prueba, pues se estaría por la vía de la integración del sistema, afectando el derecho de defensa.

Tal aproximación carece por completo de fundamento. Nuestro ordenamiento legal contiene ya inversiones de la carga de la prueba, las que son mucho más gravosas para el causante que el propio *res ipsa loquitur*. En esa línea el mencionado principio puede servir para hacer más razonable y sistemática la operación de la inversión de dicha carga, dándonos un conjunto de pasos y elementos que permiten un mejor análisis del problema. En ese sentido, el *res ipsa loquitur*, lejos de perjudicar al causante, lo favorece al hacer más predecible el análisis de cómo puede superar la carga de la prueba, carga que en nuestro Código, tal como veremos, puede ser agobiante, al menos si la comparamos con el sistema anglosajón.

Veremos también que incluso la doctrina nacional concibe que existen supuestos en los que debe entenderse, en base a los principios de colaboración y solidaridad probatoria, en los que debe establecerse

una carga dinámica de la prueba, dinámico que justamente sirve de base al *res ipsa loquitur*.

Según las normas contenidas en el Código Procesal Civil la carga de la prueba es de quien alega un hecho. Así, el artículo 196 del Código Procesal Civil señala:

**“Artículo 196.- Carga de la prueba.- Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos.”** (El subrayado es nuestro)

Sin embargo, debe considerarse que el principio de carga de la prueba sólo opera en defecto de normas que precisen una carga de prueba diferente, y debe ser aplicado razonablemente para no conducirnos a resultados absurdos o contrarios a la lógica, tal como lo reconoce la doctrina. Así, de determinarse que existe una imposibilidad o sería limitación de que una de las partes pueda probar cómo ocurrió el accidente, debe evaluarse si existen reglas que invierten la carga de la prueba sobre aquella de las partes que está en control de la actividad causante del daño.

Si bien, es un principio general del Derecho que, cada parte debe probar sus alegaciones, éste debe ser concordado con lo establecido por los artículos 1229 del Código Civil<sup>43</sup>, 1329<sup>44</sup> y 1969<sup>45</sup> del mismo cuerpo legal.

<sup>43</sup> Artículo 1229.- La prueba del pago incumbe a quien pretende haberlo efectuado.

Veamos los alcances de estas normas por separado.

Según el artículo 1229, la prueba del pago (es decir del cumplimiento de la obligación) incumbe a quien pretende haberla efectuado. Dicha prueba comprende acreditar, en base a los principios de integridad e identidad del pago, que no sólo se ejecutó la prestación, sino de que dicha ejecución fue completa y realizada dentro de los términos que regulan la obligación, es decir, según lo pactado. Si bien este principio es aplicable a todo tipo de obligaciones, su aplicación es especialmente relevante en las obligaciones contractuales. Así, el principio de que es el acreedor el que debe demostrar que cumplió su obligación conduce a que dicho deudor debe producir la prueba de que cumplió su obligación en los términos pactados.

En este sentido puede ser excesivo exigir al acreedor que presente prueba fehaciente de que el deudor no cumplió con su obligación, cuando la actividad objeto de la misma está por completo bajo el control del potencial obligado. En ese sentido, si un abogado asume la defensa de una empresa en un caso, le corresponde demostrar que cumplió su obligación, demostrando no sólo que se encargó del patrocinio, sino que se ajustó a los términos pactados en el mismo.<sup>46</sup> Ello porque su cliente no está en capacidad de monitorear continuamente su conducta y por tanto tener las pruebas que acrediten que cumplió su obligación. Nótese que esa es justo la razón de la existencia del *res ipsa loquitur*, que busca evitar colocar la carga de la prueba

sobre quien no controla la actividad objeto del accidente o del daño.

En segundo lugar debe considerarse el artículo 1329° del Código Civil, que como vimos, establece una presunción relativa de culpa en beneficio del acreedor y, por tanto, en perjuicio del deudor de la obligación:

*“Se presume que la inejecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor”.*

Según esta norma y como regla general, el deudor será responsable por los daños y perjuicios que resulten de la inejecución de una obligación o de su cumplimiento irregular. Si de las pruebas actuadas no se llegara a determinar qué causó la ejecución defectuosa, se presumirá que éste fue causado por culpa leve del deudor.

Ello no significa que el deudor tendrá que acreditar con exactitud el motivo que causó el incumplimiento. Sólo tendrá que acreditar que actuó diligentemente. Sin embargo, es evidente que se liberará de toda responsabilidad si demuestra que el motivo fue una causa que no le es imputable. Como señala Osterling, *“en la ausencia de culpa, el deudor está simplemente obli-*

<sup>44</sup> Artículo 1329.- Se presume que la inejecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor.

<sup>45</sup> Artículo 1969°.- Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor.

<sup>46</sup> Como se puede ver, esta presunción puede ser especialmente útil para la prueba del cumplimiento de las obligaciones de medios, aspectos en los que justamente la prueba del incumplimiento es bastante más difícil.

gado a probar que actuó con la diligencia requerida, sin necesidad de demostrar el acontecimiento que ocasionó la inejecución de la obligación”<sup>47</sup>. Así, las consecuencias del principio de la ausencia de culpa determinan que bastará que demuestre que dicho incumplimiento o cumplimiento irregular no le era imputable para que se vea eximido de la responsabilidad, tal como establece el artículo 1314° del Código Civil.<sup>48</sup>

En palabras de Messineo, la causa no imputable debe concebirse en sentido negativo; esto es, como la circunstancia genérica impeditiva cuya paternidad no puede hacerse remontar a la voluntad o conciencia del deudor y cuya presencia basta para exonerarlo. De otro lado, el caso fortuito o fuerza mayor son hechos positivos que en determinadas circunstancias se exige de manera más gravosa por la ley o por pacto para la exoneración<sup>49</sup>.

El tercer supuesto, aplicable esta vez de manera específica, la responsabilidad civil extracontractual, es el artículo 1969, según el cual:

*“Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor.”*

El supuesto no es muy distinto al caso de responsabilidad contractual. La norma asume que quien desarrolla la conducta que causa el daño, está en mejor aptitud para producir prueba de cómo ocurrió éste. Así, quien deja caer de una ventana un barril de harina, está en mejor aptitud de de-

mostrar que no tuvo culpa, que la que el peatón que recibió el barrilazo en la cabeza tiene, de demostrar quién fue el culpable. Por ello se coloca la carga de la prueba sobre los hombros del demandado.

Es importante notar un punto común entre las tres normas citadas: son bastante más exigentes con el potencial causante de lo que es el *res ipsa loquitur*, colocando la responsabilidad por culpa en una antesala mucho más próxima a la responsabilidad objetiva, que la propia doctrina que estamos comentando. En el caso del *res ipsa loquitur* ello sólo ocurre en acciones que no podrían haber ocurrido en ausencia de culpa y siempre que el agente tenga control de la actividad. Pero el 1229 invierte la carga de la prueba del pago a todos los deudores sin excepción.<sup>50</sup> Por su parte, si se inejecuta una obligación y con ello se genera un daño, se va a presumir por el 1329 que el deudor tuvo culpa, incluso si se demostrara

<sup>47</sup> OSTERLING PARODI. Las Obligaciones. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1995. p. 201.

<sup>48</sup> Artículo 1314.- Quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

<sup>49</sup> MESSINEO, Francesco, citado por OSTERLING, Op. Cit. p. 201.

<sup>50</sup> Esta afirmación hay que tomarla con cuidado. No tengo tan claro que la regla sea aplicable en el caso de obligaciones de no hacer. Es claro que en una obligación de hacer o de dar, que implican una actividad positiva, es más simple demostrar qué se hizo y cómo se hizo. Pero en las obligaciones de no hacer, la regla parece inadecuada. ¿Cómo hace el deudor de la obligación de no vender en determinado mercado un producto para demostrar que no lo vendió? Es una prueba diabólica. En tal supuesto parece más lógico que la carga de la prueba recaiga en el acreedor que demostraría el incumplimiento de la obligación, probando que se produjo una venta, es decir, un acto positivo.

que se trata de un daño que podría haber ocurrido sin culpa de alguien o que no había un control absoluto sobre la actividad que generó el daño. Y finalmente, según el artículo 1969 el causante de un daño fuera de la esfera de un contrato, será considerado culpable en todos los casos, salvo que supere la carga de probar que no tuvo culpa.

En cambio, de acuerdo a los requisitos señalados para la aplicación del *res ipsa loquitur*, la presunción genera una carga de la prueba menos pesada. No sólo restringe el número de individuos sobre los que se invierte la carga de la prueba, pues sólo selecciona los casos en los que el daño no podría haber ocurrido sin la culpa de alguien y en los que el obligado tiene control de la actividad, sino que para liberarse, le basta al obligado demostrar que pudo haber participado de otra culpa, mientras que en el Código Civil peruano debe demostrar con certeza que sí fue diligente o que hubo otra causa. En uno, basta una posibilidad para revertir la carga; en el otro se exige una certeza.

En otras palabras, mientras el *res ipsa loquitur* “hace hablar a las cosas” y les permite de una manera dinámica dar explicaciones y “decirnos” qué pudo haber pasado, el Código Civil Peruano hace que el silencio de las cosas sea usado en contra del demandado. Por eso es que el Código coloca la responsabilidad, con las inversiones de la carga de la prueba referidas, en el umbral más próximo imaginable a la responsabilidad objetiva. El *res ipsa loquitur* lo coloca en una sala algo más alejada.

Lo que hacen las normas señaladas es colocar la carga de la prueba en quien esté en mejor aptitud de probar que cumplió su obligación o que, en todo caso, actuó diligentemente. Pero lo hace de una manera tan drástica, que debemos reconocer que la doctrina del *res ipsa loquitur* nos da un marco de análisis más adecuado flexible y ajustado al tipo de problema que estamos analizando.

Esta idea de la razonabilidad del *res ipsa loquitur* se aprecia mejor al analizar los principios procesales de solidaridad y colaboración en materia probatoria.

Mientras el principio de solidaridad precisa que la carga de la prueba debe recaer sobre la parte que tiene mejores condiciones de suministrarla, el principio de colaboración en materia probatoria dispone que corresponde a cualquiera de las partes el deber de producir las pruebas que estén en su poder o que deberían estarlo. Sobre el particular, Reynaldo Bustamante<sup>51</sup> señala:

**“(…) el principio de colaboración exige que las partes, los terceros legitimados e incluso los sujetos que puedan incorporar fuentes de prueba (...) cooperen en la actuación de los medios probatorios, sea para producir prueba o para conservarla. (...).** (El subrayado es nuestro)

<sup>51</sup> BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. “El Derecho a Probar”. Ara Editores. Lima, 2001. pp. 275- 277.



Por su parte, y en lo que respecta al principio de solidaridad, Morello<sup>52</sup> señala:

***“(la carga de la prueba debe tenerla) aquella parte que se encuentra en mejores condiciones de suministrar la prueba y no necesariamente quien alegue el hecho que debe ser probado.”***

En este sentido, la carga de la prueba no necesariamente debe recaer en quien alega los hechos sino en quien se encuentra en mejores condiciones para probar, o, en quien no quiso colaborar en producir la prueba, a pesar de estar en posición de hacerlo. Tal como señala Reynaldo Bustamante<sup>53</sup>:

***“(…) el juzgador podría apreciar la negativa del demandado como un indicio que le permita presumir la veracidad del hecho afirmado por la parte demandante (...). Éste, para destruir o anticiparse a tal presunción, tendría que probar lo contrario, con lo cual la carga de la prueba no sólo estaría en manos de quien se encuentra en mejores condiciones para probar la ocurrencia o inexistencia de ese hecho, sino en una persona que no quiso colaborar en producir la prueba necesaria para alcanzar la verdad en el proceso.”***

Siguiendo la misma línea, Jorge Mosset y Carlos Soto<sup>54</sup> señalan:

***“(…) se debe imponer la carga probatoria a la parte que se encuentre***

***en mejores condiciones de producirla.”*** (El subrayado es nuestro)

En el mismo sentido, David Esborraz, Mónica Fresneda y Carlos Hernández<sup>55</sup>, advierten:

***“En esta línea evolutiva, sustentada en una visión solidarista del proceso, encontramos la teoría de las “cargas probatorias dinámicas” según la cual, independientemente de la posición que ocupen las partes litigantes, la distribución de la carga probatoria recaerá en cabeza del actor o del demandando según fueren las circunstancias del caso y la relación o situación jurídica base del conflicto, todo lo cual da cuenta de un criterio elástico, no atado a preconceptos.”***

Es importante destacar la íntima vinculación existente entre los principios procesales de colaboración y solidaridad de la prueba reseñados y las normas que colocan la carga de la prueba del pago y de la ausencia de culpa sobre el deudor (es decir, los artículos 1229, 1329 y 1969). Dicha vinculación llega a tal nivel que puede

<sup>52</sup> MORELLO, Augusto. “La Prueba, Tendencias Modernas”. Editora Platense-Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1991. pp. 58

<sup>53</sup> BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. Op. Cit. pp. 279

<sup>54</sup> MOSSET ITURRASPE, Jorge y Carlos Alberto SOTO COAGUILA. “El Contrato en una Economía de Mercado”. Editorial Normas Legales. Lima, 2004. pp.219

<sup>55</sup> ESBORRAZ, David, Mónica SAIEG y Carlos HERNÁNDEZ. “El Impacto de la Doctrina de las Cargas Probatorias Dinámicas en la Teoría General del Contrato”. En: Procedimiento Probatorio. Editorial Jurídica Panamericana. Santa Fe, 1998. pp. 97.

afirmarse que son consecuencia de la misma lógica, lógica que es justamente la que inspira una doctrina como la del *res ipsa loquitur*. Es claro que en las obligaciones de hacer o de dar, que implican conductas positivas, quien desarrolla la conducta se encuentra en mejor posibilidad de acreditar que efectivamente la realizó y la forma cómo la realizó. El ejemplo más claro es el pago de una cantidad de dinero. El deudor está en aptitud, al efectuar el pago, de exigir el recibo que le sirve para acreditar que efectivamente entregó el dinero adeudado y de conservarlo para demostrar que, consecuentemente, cumplió su obligación. Pedirle al acreedor que acredite que nunca se le efectuó el pago implicaría una “prueba diabólica”. Por ello, el deudor debe colaborar de manera solidaria (desde el punto de vista probatorio) para demostrar que efectivamente cumplió con su obligación. Como dijimos, ello comprende no sólo la realización del pago, sino su identidad e integridad, es decir, que pagó lo mismo y completo, lo que es especialmente relevante en las obligaciones de medios. Por ejemplo, si la obligación era entregar dinamita, y durante la descarga de la mercadería ésta explota, no bastará probar que entregó el bien, sino que lo hizo, siguiendo los estándares contractuales y legales que resulten aplicables. Si no lo hace, se presumirá que incumplió su obligación de ajustarse a tales estándares y, por tanto, será hecho responsable.

El principio recogido en la presunción de culpa leve del artículo 1329 también tiene vinculación con los principios de colaboración y solidaridad probatoria antes anota-

dos. Quien desarrolla una actividad y controla la misma, está en mejor aptitud de demostrar cómo se llevó a cabo y a qué estándares se ajustó. Por tanto, le es más fácil al deudor poder acreditar cómo se desarrolló su conducta y a qué estándares se ajustó, que al acreedor demostrar cómo se desarrolló la conducta de la otra parte. Para crear incentivos de que el deudor acredite cómo se comportó en el cumplimiento de su obligación, se le impone una presunción de culpa leve, que le atribuye responsabilidad si es que se queda inactivo y no produce prueba alguna en la confianza que la otra parte no podrá demostrar si hubo o no culpa. En ese sentido la Ley impone a quien inejecuta una obligación, la carga de demostrar que no tuvo culpa. Si el señor Ybarra sale de la sala de operaciones con una lesión (lo que es en principio una inejecución de la obligación de cuidarlo mientras estaba inconsciente) en el Perú se presumirá que la inejecución obedece a culpa leve del médico.

La situación del artículo 1969 no es muy distinta. En la responsabilidad extracontractual se asume que corresponde a la parte que desarrolla una conducta acreditar, a menor costo, que no fue culpable. Dentro de esa lógica, es el que debe cargar con la demostración de lo ocurrido.

Quizás podemos concluir en este extremo que nuestro Código, de manera análoga al *res ipsa loquitur* busca al *cheapest information supplier*, es decir, al más barato suministrador de información sobre cómo ocurrieron los hechos. En otras palabras, ambos esquemas tratan de resolver el pro-

blema de asimetría informativa (y probatoria) sobre la conducta causante del daño. La diferencia está, en que mientras nuestro Código asume que cualquier nivel de asimetría entre causante y dañado justifica la inversión de la carga, el *res ipsa loquitur* parece exigir un nivel de asimetría más severa. Efectivamente, al pedir que el causante esté en control de la actividad y no sólo que la haya desarrollado, el principio le da al causante más posibilidades de escabullirse a la responsabilidad. Ello, porque permite, a través de la exigencia de los requisitos anotados anteriormente, que la carga no sea excesivamente pesada sobre el deudor, pues nos arroja una metodología dirigida justamente a determinar si superó o no la carga, tal como veremos a continuación.

Ello no impide el uso del principio del *res ipsa loquitur* en el Perú. Por el contrario sirve para entender y aplicar conceptos de carga dinámica de la prueba. Y es muy útil en un país en el que por la pobreza de recursos, probar es caro. El principio nos permite tener criterios de decisión útiles a costos razonables.

El *res ipsa loquitur* ha sido aplicado ya en el Perú, aunque sin usar ese nombre. Así, la jurisprudencia administrativa del INDECOPI en temas de protección al consumidor, lo ha hecho justamente al definir los criterios a seguir para determinar cuándo el proveedor de un bien o servicio cumplió con su obligación de idoneidad (es decir, de pago íntegro e idéntico de su obligación).

En este sentido, la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI

aplicó, de forma restringida los criterios el *res ipsa loquitur* en el caso de Humberto Tori Fernández contra Kourus E.I.R.L.<sup>56</sup> Así, su razonamiento fue, en concordancia con el marco legal peruano, muy exigente con el proveedor. En el mencionado caso el señor Fernández denunció a Kourus E.I.R.L. - en adelante Kouros- toda vez que, uno de los zapatos de cuero del par que compró a dicha empresa, se rompió en la parte superior, luego de sólo dos meses de uso. La Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal señaló que uno de los puntos de análisis necesarios para resolver el caso, era que se determinara la carga de la prueba del origen del defecto y la responsabilidad por el deterioro del zapato.

Es interesante anotar que el Tribunal ni siquiera pudo ver el zapato porque el mismo se perdió en la discusión previa al inicio del procedimiento administrativo, cuando estaba en poder del proveedor que intentó repararlo. Por tanto, no había pruebas sobre qué había producido la rotura del zapato; sólo se sabía que había estado roto porque ambas partes lo reconocieron como un hecho cierto. El Tribunal se encontraba, por tanto, ante una absoluta orfandad de pruebas sobre qué había ocurrido.

Al respecto, la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal señaló literalmente lo siguiente:

***“(...) De las dos partes es el proveedor el que se encuentra en mejor po-***

<sup>56</sup> Resolución No. 085-96-TDC/Indecopi, de fecha 13 de Noviembre de 1996.

*sición para poder determinar que la falla no puede serle atribuida. Ello, porque el control y manejo que tiene sobre el proceso productivo y/o el de comercialización y su propia experiencia de mercado le permiten, en el común de los casos, ser quien puede determinar a menor costo la idoneidad del producto. El consumidor, en la mayoría de los casos, no contará con elementos suficientes como para determinar si el defecto es o no atribuible al fabricante.*

*Dentro de estos alcances la carga de la prueba sobre la idoneidad del producto debe ser asumida por aquel que es responsable de tal idoneidad y se encuentra en mejor posición para producir prueba sobre la misma. Esta carga de la prueba no implica, necesariamente, llegar a demostrar qué fue lo que realmente ocasionó el defecto (lo que de lograrse lo exoneraría de responsabilidad) sino que el defecto no le es atribuible al proveedor, así no se llegue a probar con toda precisión cuál fue realmente la causa real.*

*Hay que tener en cuenta, que resultaría imposible efectuar un análisis que, partiendo del supuesto contrario exija al consumidor que demuestre la mala calidad o falta de idoneidad del producto, para lo cual tendría que contar con la misma información que tiene el proveedor respecto del bien, lo que supondría elevar excesivamente sus costos de prueba.*

(...)

*De las expresiones vertidas por las partes durante el procedimiento, queda claro que son hechos aceptados por ambas, que uno de los zapatos se rompió luego de dos meses de uso. La discrepancia no está en el hecho, sino en la causa del mismo. Dado que según lo establecido anteriormente, la carga de la prueba de la idoneidad corresponde al proveedor, no habiendo probado éste que el zapato era idóneo según lo expresado anteriormente, entonces debe concluirse que el defecto le es imputable al proveedor y debe responder por el mismo”*

Es claro que, a efectos de invertir la carga de la prueba en el presente caso, la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal de INDECOPI, utilizó de forma restringida la doctrina del *res ipsa loquitur*, señalando que la empresa Kouros debía probar que el zapato era idóneo según lo expresado, ya que de lo contrario, debería concluirse que el defecto le es imputable al proveedor y debe responder por el mismo. En otras palabras, ante la falta de pruebas de quién era responsable, hizo responsable al que tenía menores costos para probar.<sup>57</sup>

<sup>57</sup> Podemos entrar al interesante debate de si la responsabilidad por productos defectuosos es objetiva o subjetiva. Pero para efectos prácticos el tema no es realmente relevante. Finalmente el factor de atribución “defecto” implica, como en el caso de la culpa, la demostración de que los hechos fueron ajustados a un estándar (el de un producto razonablemente idóneo, en comparación con una conducta razonablemente adecuada como en la culpa). En ese extremo el tipo de razonamiento es el mismo.

Así, el caso analizó la existencia de control sobre el proceso productivo del zapato, lo que justifica depositar sobre el deudor la carga de probar qué fue lo que ocurrió y si efectivamente cumplió su obligación. Sin embargo, la carga de la prueba es más fuerte que la impuesta por el *res ipsa loquitur*, pues exige que el proveedor demuestre que fue diligente y por tanto, el defecto del zapato no le es imputable. Bajo el *res ipsa loquitur* bastaría simplemente demostrar que pudo existir otra causa, sin llegar a demostrar que esa fue la verdadera causa.

En conclusión el principio no sólo es aplicable dentro del marco legal peruano, tomando en cuenta las particularidades que impone el alto nivel de exigencia de la carga de la prueba en el Código Civil Peruano para los casos de responsabilidad, tanto contractual como extracontractual, sino que ha sido en los hechos, aplicado. En ese sentido, la jurisprudencia de INDECOPI citada refleja la tendencia que se ha venido usando en una serie de casos hasta la actualidad, para resolver ese tipo de casos.

### **V. El *Res Ipsa Loquitur* y la Reducción del Margen de Error en la Prueba.**

Para aplicar el *res ipsa loquitur*, debemos encontrarnos en la imposibilidad o frente a una dificultad extrema de determinar cuál fue el hecho generador del daño y cómo se desarrolló la conducta del individuo al que pretendemos imputar responsabilidad.

Ello explica por qué usualmente, el *res ipsa loquitur* se aplica en aquellos casos en los cuales la evidencia desaparece con el even-

to o accidente mismo, es decir, la evidencia se destruye en el momento en el cual se produce el daño, razón por la cual no es posible probar cómo se causó el daño o, sin destruirse, no es posible determinar qué pasó sin la colaboración del demandado.

Existen muchos supuestos en los cuales la evidencia se destruye y es, primordialmente, en estos casos en los que el *res ipsa loquitur* se utiliza, dándole a la víctima una oportunidad de ver resarcido de alguna manera el daño que ha sufrido. Un caso en el que es típica la aplicación de *res ipsa loquitur* es el de las explosiones o los incendios. Producida una explosión o un incendio, lo usual es que el material probatorio desaparezca. En esos casos probar la causa y, más aún, la culpa se vuelve algo realmente difícil. Ante esa circunstancia, no hacer responsable a quien con su culpa causó el daño, porque no se llega a determinar quién fue, constituye un error del sistema. Pero hacer responsable a quien no lo causó por ser muy ligeros con la evaluación de las pruebas, es también un error. Como veremos el *res ipsa loquitur* persigue reducir los riesgos de error.

Como lo señala claramente Kenneth Abraham:

***“(...) Las cortes en algunas ocasiones encuentran que el transporte de material altamente inflamable que tiene la probabilidad de destruir la evidencia cuando explota, cae en esta categoría. Esto se asemeja mucho al tipo de análisis que nos conduce al *res ipsa loquitur*, que es por supuesto***

**una doctrina de negligencia. Recordemos, sin embargo, que una de las funciones de la doctrina es reducir el rango de error, y que algunos casos de *res ipsa loquitur* se asemejan a casos de responsabilidad objetiva. No sería sorpresa, en consecuencia, que tanto el *res ipsa loquitur* y la responsabilidad objetiva, tengan en común su capacidad potencial de reducir el rango de error del sistema de negligencia convencional. (...)**<sup>58</sup>

La explicación de Abraham es bastante gráfica y pone el problema en su contexto y, al *res ipsa loquitur* en su función.

Los abogados solemos olvidar que la aplicación de reglas cuesta y la de algunas de ellas, más que la aplicación de otras. Ello explica por qué las normas de carga de la prueba son relativamente escasas, mientras los abogados hacemos grandes esfuerzos por tratar extensamente el contenido sustantivo-conceptual de las reglas.

Así, existe un debate mucho más intenso (legal y doctrinariamente) en torno a si tenemos responsabilidad objetiva o subjetiva, haciendo girar la discusión alrededor de principios más abstractos y conceptuales, que el debate que gira sobre cómo deberían ser las cargas de la prueba y cómo debe analizarse los casos a la luz de dichas cargas. El *res ipsa loquitur* es un buen ejemplo de una excepción a esa tendencia y ello quizás se deba a su origen judicial, en el que los jueces, antes que enfrentar teorías, enfrentan hechos.

La relación que hace Abraham entre el *res ipsa loquitur* y la regla de responsabilidad objetiva tiene que ver justamente con ese problema. Bajo la regla del *res ipsa loquitur* se busca reducir el riesgo de error en el juicio, pues al colocar la carga de la prueba sobre el que mejor puede probar, se hace más probable que la verdad surja en el procedimiento. En esa línea no es extraño colocar la responsabilidad objetiva en los casos en que una de las partes está en mejor posibilidad de tomar precauciones para evitar un accidente<sup>59</sup>. Al hacerlo se reduce el costo de error porque lo más probable, al hacerlo responsable, es que esté resolviendo lo correcto.

Pero ahí no se agota el problema. Como ya vimos, si establezco una responsabilidad objetiva y estoy ante una situación donde ambas partes pueden tomar precauciones, entonces una de ellas (la que no es objetivamente responsable) dejará de tomar precauciones porque está literalmente “asegurada” por la otra que cubrirá todos sus daños. Como explicaremos ahora, el *res ipsa loquitur* es un principio que trata de conciliar el riesgo de error con la creación de incentivos adecuados para la toma de precauciones por ambas partes. Tratemos de explicarlo con más detalle.

<sup>58</sup> Abraham, Kenneth S. *The Form and Functions of Tort Law*, The Foundation Press, Inc, Westbury, New York, 1997, pp. 162-163. (traducción libre)

<sup>59</sup> El célebre “*cheapest cost avoider*” o más barato evitador del daño de Guido Calabresi.



**a. El problema de las precauciones recíprocas.**

Cuando uno caracteriza un accidente de tránsito, puede usar dos formas para describirlo, ambas ciertas, aunque suenen diferentes. Uno puede decir “El automóvil le rompió la pierna al peatón.” Pero también puede decir “El peatón le rompió el faro al carro”. Ambas descripciones son estrictamente ciertas y describen el mismo accidente, pero partiendo de perspectivas distintas. Lo que muestra el ejemplo, es que ambos causan mutuamente la externalidad, es decir, que el daño es causado por las dos partes en su actuación simultánea. Si el automóvil no hubiera estado circulando por la calle específica donde ocurrió el accidente, éste no hubiera sucedido. Pero si el peatón no hubiera cruzado la vía en ese momento, tampoco tendríamos un accidente. Ambas conductas deben sumarse para que el accidente ocurra.

Veamos lo que nos dice el Premio Nobel de Economía, Ronald Coase:

***“La Naturaleza Recíproca del Problema.***

***La aproximación tradicional ha tendido a obscurecer la naturaleza de la elección que tiene que hacerse. La pregunta se plantea comúnmente como una en donde A causa un daño a B y lo que tenemos que decidir es: ¿Cómo deberíamos controlar a A? Pero ello es equivocado. Estamos lidiando con un problema de naturaleza recíproca. El evitar el daño a B le causaría un daño a A. La pregunta***

***real a ser respondida es: ¿Debería permitirse a A dañar a B o debería permitirse a B dañar a A? El problema es evitar el daño más serio.”***<sup>60</sup>

Lo que Coase nos dice es justamente que el concepto de causante y víctima es relativo y en realidad no existe hasta que la Ley toma partido. En otras palabras, uno no es víctima hasta que la Ley lo define como destinatario de una indemnización. O, dicho en otros términos, en un caso de responsabilidad, ambos son causantes y ambos son víctimas, pero, es la Ley la que finalmente define quién le paga a quién. Y la Ley debe, al escoger quién paga, buscar que se minimice la pérdida social.

Pero como ya vimos, en esa línea de razonamiento, si en un accidente de tránsito establecemos un sistema de responsabilidad objetiva del conductor del auto y las indemnizaciones compensan plenamente, los peatones perderán incentivos para tomar precauciones.<sup>61</sup>

Ello explica por qué, en general, los sistemas de responsabilidad suelen ser subjetivos (al menos en el campo extracontractual). Bajo la regla de la culpa, el peatón corre el riesgo de ser atropellado por un chofer que no tuvo culpa. Si eso le ocurre, tendrá que soportar los daños, sin poderlos

<sup>60</sup> Coase, Ronald H. “The Problem of the Social Cost” Citado en Levmore, “Foundations of Torts Law” Fundation Press. 1994. p. 2. (traducción libre).

<sup>61</sup> Ello explica por qué en países que conceden indemnizaciones altas no sea extraño que las víctimas se “auto causen” los daños. Así, saltan sobre un vehículo o fingen resbalarse en el piso encerado de una tienda y luego demandan por los daños sufridos.

trasladar a otro. Ello generará los incentivos en el peatón para tomar precauciones. Por otro lado, si el conductor no toma precauciones adecuadas, será culpable y pagará los daños. En consecuencia, tomará las precauciones. Como vemos, el resultado de una regla como la de la culpa, es que ambas partes de la relación tomarán precauciones adecuadas.

Pero no es la única solución. Podría tenerse una regla objetiva del lado del conductor, de manera que éste siempre pague. Pero para corregir el incentivo del peatón de no tomar precauciones, se debe usar un sistema de concurrencia de culpa de la víctima. En ese sistema, el conductor paga siempre, salvo que el juez encuentre que el peatón fue culpable. En ese caso, el conductor tomará precauciones porque asumirá que puede atropellar a un peatón diligente. Y el peatón tomará precauciones porque si no, no le pagarán sus daños. El resultado será que ambos tomarán precauciones.<sup>62</sup>

El lector suspicaz se habrá dado cuenta que en realidad toda la explicación anterior es un mero juego de palabras. Bajo la idea de la responsabilidad objetiva y subjetiva he reseñado en realidad un solo sistema. Ello es consistente con la posición cousiana sobre la naturaleza recíproca del problema, es decir, sobre la idea que ambos son causantes y ambos son, simultáneamente, víctimas. Lo que llamamos responsabilidad objetiva es objetiva del lado del causante pero subjetiva del lado de la víctima, porque si la víctima tuvo culpa, el causante no paga. Y lo que llamamos responsabilidad subjetiva, es subjetiva del lado del causante y objetiva

del lado de la víctima, pues si el causante es diligente, la víctima carga objetivamente con sus propios daños.

Pero si, como vimos, los conceptos de víctima y de causante son relativos (porque los dos son causantes y los dos son víctimas) entonces estamos frente al mismo sistema pero visto al revés.<sup>63</sup> Y ello se explica porque la culpa es necesaria en algunos de los dos extremos de la relación, justamente para evitar que una de las partes se sienta asegurada por la otra y deje de tomar precauciones.<sup>64</sup>

<sup>62</sup> Ese es el sistema del Código Civil Peruano en que la responsabilidad objetiva contemplada en el artículo 1970 permite al causante liberarse según el 1972, entre otros supuestos, si existe imprudencia de la víctima. Para un análisis más detallado del problema de las precauciones recíprocas en los casos de responsabilidad, revisar Polinsky, A. Mitchell. "An Introduction to Law and Economics." 2da Ed. Aspen Law & Business, 1989. pp. 39 y siguientes.

<sup>63</sup> El concepto es tan relativo que a veces lo resolvemos intuitivamente de una manera bastante poco sistemática. Si una bicicleta atropella a un peatón, el peatón es la víctima y la bicicleta, el causante. Si un auto atropella a un ciclista definimos al auto como causante y al ciclista como víctima. Y si un camión impacta a un auto, el auto es la víctima y el camión el causante. Lo definimos por tamaño, pero en realidad el tamaño es irrelevante para determinar quién causó el daño. Finalmente, estamos buscando un culpable, y ese culpable es normalmente hecho responsable. Por eso, la distinción entre culpa y causa adecuada, puede volverse realmente sutil, hasta poderse llegar a pensar que son virtualmente lo mismo. Son finalmente dos formas que se usa simultánea e integradamente para encontrar, en términos de Coase, si hacer pagar a A, minimiza la pérdida social más que si se hace pagar a B.

<sup>64</sup> Ello explica por qué la responsabilidad objetiva suele usarse en supuestos en los que sólo una de las partes puede tomar precauciones. Un buen ejemplo es el de los accidentes de aviación, que si bien son calificados usualmente por la Ley como un caso de responsabilidad subjetiva, en la práctica opera como un sistema de responsabilidad objetiva. En esos casos sólo la aerolínea puede tomar precauciones, porque un pasajero virtualmente no puede hacer nada para evitar un accidente. También explica por qué virtualmente ningún sistema del mundo ha podido eliminar la culpa, pues siempre habrá casos de precauciones recíprocas.

Así, en conclusión, usualmente es necesario recurrir a la culpa de alguien, precisamente para crear incentivos de conducta adecuados para ambas partes.

### **b. El riesgo de error.**

Pero una vez definido por qué necesitamos de la culpa, necesitamos probar que existió (o que no). Si consideramos que hay culpa cuando no la hay, entonces tenemos un error de tipo 1, en el que quien paga no debería pagar. Pero si consideramos que hay culpa cuando no la hay, cometemos un error de tipo 2, en el que paga, quien no debería pagar.<sup>65</sup>

Los errores del juzgador pueden depender de una serie de problemas, pero para nuestros fines, la razón principal del error es el costo de probar quién tuvo la culpa. Y la culpa no es necesariamente fácil de probar porque implica retroceder en el tiempo para ver cómo ocurrieron hechos que se encuentran en el pasado.

Hay veces en que la culpa es más fácil de probar que en otros. Si tenemos una filmación de una acción que causó un daño, es fácil concluir quién tuvo la culpa. Pero si se produce una explosión, un incendio, un derrumbe u otras circunstancias especialmente destructivas de evidencia, entonces la prueba de la culpa (y de la causa) será difícil.

Una segunda constatación es que los costos de la prueba no son necesariamente simétricos entre las partes. Una parte puede estar en mejor posibilidad de producir prue-

ba que otra. Si yo controlo una actividad que se realiza a dos pisos de altura (como por ejemplo almacenar harina) y otra persona se encuentra a nivel de piso (como un peatón distraído) entonces es probable que si cae un cuerpo del segundo piso, el que está arriba tiene más posibilidades de saber lo que pasó en relación con el que está abajo. En el caso del barril de harina es evidente que el almacenero está en mejor posibilidad de saber qué hacer y qué pasó.

Otro ejemplo que demuestra lo mismo, es el caso Ybarra. Es evidente que los médicos y auxiliares del hospital enfrentan menos costos de probar que los pacientes anestesiados.

En casos como los descritos, la Ley puede crear incentivos para reducir los costos de probar de una manera muy fácil, creando incentivos para que sea el que está en mejor posibilidad de probar quien “pague los platos rotos” si es que no prueba qué es lo que pasó. Con ello se reduce la posibilidad de error porque se hace más barato el camino a la verdad.

En cambio, si la Ley coloca la carga de la prueba en quien enfrenta mayores costos para probar, será más largo y difícil el camino a la verdad y por tanto la posibilidad de error se incrementa.

Una forma de reducir los costos de probar y con ello reducir la posibilidad de error, es

---

<sup>65</sup> En realidad los errores de tipo 1 y de tipo 2 son lo mismo. Dada la naturaleza recíproca del problema, es simplemente no encontrar a quién le corresponde pagar.

justamente la responsabilidad objetiva. Si el legislador hace objetivamente responsable a quien tiene menores costos de probar, le creará incentivos para demostrar cómo ocurrieron los hechos y así buscar la culpa en la otra parte que lo liberaría. Así, si el propietario del almacén del que cayó la harina es hecho objetivamente responsable por la caída de objetos de los segundos pisos, tratará de demostrar qué es lo que ocurrió para evitar ser responsable si la causa le es ajena.

Nótese que usualmente los casos en que evitar un accidente depende de precauciones unilaterales (es decir, a cargo de una sola de las partes) coinciden con los casos en que una de las partes puede probar mejor que la otra. La razón es obvia. Si el médico de Ybarra es el único que puede tomar precauciones, es porque maneja la actividad que puede causar el daño. Y si maneja la actividad plenamente, quiere decir que tiene más información de lo que pasó. Ello explica, como veremos, por qué Abraham sugería que la responsabilidad objetiva y el *res ipsa loquitur* son hermanos cercanos. Ambos tratan de reducir el costo del error. El segundo es la antesala del primero.

El problema es más serio en los casos en los que las pruebas desaparecen por completo. Si durante la entrega de dinamita en una mina el camión que la llevaba explota, es posible que nunca sepamos qué ocurrió. Si ello es así, entonces sólo tenemos dos posibilidades: hacer responsable al que entregaba la dinamita o hacer responsable al dueño de la mina que sufrió los daños (o dejar simplemente que soporte los daños,

lo que es lo mismo). Pero si se determina que las precauciones eran principalmente unilaterales (lo que parece recaer en la persona del transportista porque controla la descarga) se reduce el riesgo de error, si uno hace responsable a quien habría podido tomar esas precauciones. Si bien el riesgo de error no se reduce a 0, es mucho más probable que nos estemos equivocando si dejamos la responsabilidad sobre los hombros de la mina. Así, un sistema de culpa en estos casos equivale a responsabilidad objetiva de la víctima. Y si la víctima no puede tomar muchas precauciones, tendremos más accidentes.

El problema que surge es obvio. Si hacemos responsable al dueño del camión bajo un principio de responsabilidad objetiva, la mina se sentirá aliviada de responsabilidad y no tomará precauciones (por ejemplo, no hacer un fuego cerca al lugar de descarga). Si bien las precauciones son principalmente unilaterales, siempre hay algún nivel de precaución que la otra parte puede tomar. En esos casos, una solución es usar la negligencia contributiva, como ya señalamos.

Una regla menos rígida y más dinámica que la responsabilidad objetiva es justamente el *res ipsa loquitur*. Tal regla nuevamente busca a quien tiene más información y, justamente, puede también tomar más precauciones. El requisito de que la actividad esté bajo el control de alguna de las partes apunta justo a identificar situaciones en donde las precauciones son unilaterales y la información está en cabeza justamente de quien puede adoptar tales precauciones. Lo mismo sucede con la exi-



gencia de descartar que otros hayan podido tener culpa en la esfera de los eventos dentro de los que ocurrió el accidente. Por ejemplo, las precauciones pueden aparecer como bilaterales, hasta que se descarta por completo que la mina haya prendido un fuego en las inmediaciones. Con ello, bajo el *res ipsa loquitur*, el propietario del camión es responsable, así no se llegue a acreditar qué ocurrió realmente, si es que demuestra qué pudo haber ocurrido razonablemente.

La regla atempera el efecto que tendría la responsabilidad objetiva, porque sujeta a la otra parte a la eventual prueba de que no fue la culpa del causante la que ocasionó el accidente. Ese riesgo motiva a la potencial víctima a tomar precauciones. Pero también incentiva a quien puede tomar precauciones a tratar siempre de evitar el accidente, porque si no, será responsable de sus consecuencias.

En esa línea el *res ipsa loquitur* es una forma ingeniosa de lidiar con situaciones en las que pueden existir precauciones bilaterales, es decir, a cargo de ambas partes (como lo hace todo sistema de culpa del que el *res ipsa loquitur* es una expresión) pero en la que existen costos asimétricos de probar los daños que exigen un mecanismo que reduzca el costo de error que se deriva de la prueba de la culpa.

Esta idea se encuentra también, aunque de manera menos sofisticada, detrás de los artículos 1229, 1339 y 1969, que, al invertir la carga de la prueba, tratan también de enfrentar el problema de la asimetría de costos de prueba.

Decimos menos sofisticada porque, a diferencia de los requisitos de aplicación del *res ipsa loquitur* que tratan de separar como con un bisturí, los casos en que una parte tiene control de los que no los tiene realmente, nuestro Código lo hace de una manera más burda, como usando un hacha, con el riesgo consiguiente de arrastrar hueso con la carne al hacer el corte.

En todo caso, lo que resulta de este análisis es que no hay incompatibilidad entre la doctrina del *res ipsa loquitur* y las reglas aplicables en el Perú. Por el contrario, esta doctrina puede contribuir a perfilar análisis más precisos y adecuados de la carga de la prueba en la responsabilidad civil.

## VI. CONCLUSION.

Como en la historia de la Bella y la Bestia, el Derecho puede tener la magia para hacer hablar a las cosas, o lo que es más importante, a las circunstancias. Multiplicar a los testigos de un accidente o de un acto de incumplimiento contractual para que los bienes inanimados nos digan qué pasó, permitiría menos impunidad en el pago de los daños que se causa y contribuiría a la internalización de las externalidades, lo que a su vez incrementa el bienestar social.

El Derecho es, ante todo, un sistema de solución de problemas prácticos. Por eso, quedarnos en el análisis meramente teórico y conceptual, sin analizar los efectos operativos de las cargas de la prueba, es alejarnos de la solución real de los problemas.

El *res ipsa loquitur* es una herramienta realmente útil para resolver problemas reales. Ordena nuestro razonamiento y permite entender mejor el alcance de nuestras normas. Siempre se alzarán voces que pedirán que se deje de lado las doctrinas extranjeras, sobre todo si son anglosajonas. Pero los abogados debemos aprender que lo útil lo es, porque sirve y no, por de dónde viene.



*Revista* **CRITERIOS**

---



Fecha de recepción: junio 2 de 2009

Fecha de aprobación: agosto 4 de 2009

# **Perspectivas del Sindicalismo Mexicano (¿Y Latinoamericano?)**

Por: **José Ricardo Méndez Cruz**

Licenciado en Derecho  
Profesor de Tiempo completo,  
Nivel "A", Facultad de Contaduría  
y Administración, UNAM  
México, Distrito Federal  
[rmendez@correo.fca.unam.mx](mailto:rmendez@correo.fca.unam.mx)

## **RESUMEN**

Este artículo brinda un panorama general de la historia del sindicalismo en el mundo y en México, con el objeto de entender la problemática actual de los trabajadores y sindicatos mexicanos, así como las posibles soluciones. Aún cuando es un artículo desde la realidad mexicana, pueden encontrarse paralelismos con la realidad de otros países latinoamericanos.

## **PALABRAS CLAVES**

Sindicato, socialismo utópico, marxismo, patrón, trabajador, desempleo, trabajo.

## **ABSTRACT**

This paper gives a general view of the history of the labor union movement in the world and in Mexico, in order to understand the current problems of the

Mexican workers and labor unions, as well as the possible solutions to them. Even when this article is written from the Mexican reality, several parallelisms can be found with other Latin American countries.

## **KEY WORDS**

Labor union, utopic socialism, marxism, employer, employee, unemployment, work

## **INTRODUCCIÓN**

El movimiento sindical en México enfrenta nuevos retos y amenazas; se encuentra en un momento crucial que requiere decisiones prontas y acertadas. Las tendencias económicas mundiales derivadas de la globalización y de la crisis económica, ejercen una presión desmedida



sobre los empresarios (que buscan la permanencia en un mercado cada vez más competido) y sobre los obreros, que pugnan por la preservación de su empleo y mejores condiciones laborales. Esta presión determina un nuevo rumbo para los sindicatos, esos colectivos de trabajadores que ostentan una influencia impresionante sobre el destino de cualquier empresa. Sin embargo, los retos del sindicalismo mexicano son extensivos a varios países de América Latina y por ello, aunque orientado a los sindicatos mexicanos, este artículo encuentra aplicación e interés en esos países con quienes se comparte historia, idioma, tradiciones pero, sobre todo, una hermandad absoluta.

Conviene revisar los antecedentes de los sindicatos a nivel mundial y en México, para luego describir la situación actual de los mismos y, señalar lo que se considera como posibles soluciones a ese oscuro panorama que enfrentan los sindicatos.

## **1. ORÍGENES DEL SINDICALISMO EN EL MUNDO.**

En la segunda mitad del siglo XVII, la Revolución Industrial provocó serias modificaciones en la vida económica, política y social de Europa. Los países, hasta ese momento caracterizados por una producción agrícola, empezaron a introducir la máquina de vapor en la producción, y los campesinos y siervos fueron poco a poco aglutinándose en torno a las fábricas, permitiendo el desarrollo de ciudades cada vez más industrializadas.

Esta nueva forma de producción tuvo diversas consecuencias, entre ellas: reunión de grandes cantidades de trabajadores en algunas factorías de algunas ciudades y; modificación de las condiciones de trabajo, que se volvían cada vez más inhumanas.

Ambas condiciones, aderezadas por las ideas que inspiraron la Revolución Francesa (1789-1989), propiciaron la organización de trabajadores en grupos que poco a poco fueron creciendo en número y poder.

Conviene mencionar también, en este punto, el surgimiento del Socialismo Utópico, movimiento que “propugna la posesión pública de los medios de producción y su administración también pública en pro de los intereses de la sociedad en general, y no a favor de clases o grupos en particular” (PÉREZ, 2003, p. 206). Así, la Revolución Industrial, las ideas de la Revolución Francesa, y el incipiente Socialismo Utópico, fomentaron y alentaron a fines del siglo XVIII y principios del XIX, la formación de sindicatos en Inglaterra y Francia.

Se reconocen tres etapas principales en la historia del sindicalismo: etapa de prohibición, etapa de tolerancia y, etapa de reconocimiento. A partir del reconocimiento del derecho a coaligarse, los sindicatos fueron aumentando en número y presencia en los diversos países europeos. Surge entonces, una “concepción del mundo” (MÉNDEZ, 2005, p. 77) que daría nuevos bríos a los movimientos sindicales: el marxismo, encabezado por Karl Marx y Federico Engels. Marx y Engels colaboraron para la constitución de la Asociación Internacional de los

Trabajadores (1864-1876), también conocida como Primera Internacional, agrupación que aglutinaba a trabajadores de distintos países bajo el principio marxista de “proletarios del mundo, uníos”. Esta Asamblea resulta importante, además de las ideas generadas en ella, porque marca una escisión entre los marxistas y los partidarios de Mikhail Bakunin, quienes posteriormente serían conocidos como anarquistas y que darían origen a una forma sindical de mucha influencia en países latinoamericanos: el anarcosindicalismo. Conviene dejar la historia del sindicalismo a nivel internacional hasta este punto, ya que a partir de ahí, en cada país fueron presentándose situaciones específicas que dieron forma a su propia realidad sindical.

## 2. HISTORIA DEL SINDICALISMO EN MÉXICO

Los movimientos obreros en México surgen de manera similar a los de otros países: organizaciones de artesanos (gremios), con características comunes, que se organizaban para defender los intereses de sus agremiados y combatir la política económica imperante en la época. Gremios, que poco a poco fueron evolucionando, hasta constituir otro tipo de agrupaciones, un poco más organizadas; “el socialismo utópico funcionó como sustrato ideológico de las sociedades mutualistas que comenzaron a desarrollarse en México a partir de la sexta década del siglo pasado” (ILLADES, 1990, documento electrónico).

“Posteriormente se estimó que el sistema cooperativo de consumo era más benéfico que el mutualista” (LASTRA, sin año, docu-

mento electrónico). La primera organización obrera de importancia fue “El Gran Círculo de Obreros”, cuya fundación se ubica entre 1870 y 1872, un conglomerado de varias sociedades mutualistas, cooperativas y hasta hermandades de trabajadores. Resulta difícil determinar una ideología imperante en el naciente sindicalismo mexicano; lo cierto es que los movimientos fueron reprimidos y los trabajadores condenados a trabajos forzados o incluso a la muerte. La etapa conocida como Porfiriato (1876-1911) se caracterizó por las desmedidas concesiones que el presidente Porfirio Díaz, o alguno de sus presidentes “títere”, hacían a los inversionistas extranjeros. Esta situación, aunada a la represión ya descrita, generó la cólera entre el sector obrero de nuestro país, suscitándose dos incidentes, que algunos autores señalan como detonantes de la Revolución mexicana: la huelga de Cananea (1906, con un saldo de 23 trabajadores muertos) y; la huelga de Río Blanco (1907, con un número no determinado de muertos pero, que se ubica entre 400 y 800). La etapa de prohibición, ya superada en los países europeos, se iniciaba en nuestro país con saldo trágico para los trabajadores.

También resulta de importancia la fundación de La Casa del Obrero Mundial en 1912 que, “con tendencias ideológicas anarquistas, procuraba agrupar a los trabajadores en sindicatos y asociaciones profesionales. Sus métodos tácticos de lucha consistieron en el sabotaje, el boicot y la huelga general” (LASTRA, sin año, documento electrónico). Pese a las ideas anarquistas de los líderes de La Casa, se unieron a la causa de Venustiano Carranza y su ejército constitucionalista



durante la Revolución, formando los llamados “Batallones Rojos”, que combatieron a los ejércitos de Francisco Villa en varios estados de la república mexicana. Finalmente, y luego de que el propio Carranza disolviera los Batallones Rojos, y que reprimiera a los obreros, la Casa del Obrero Mundial cerró sus puertas en 1916. La Revolución Mexicana provocó que “miles de campesinos y obreros... luego de luchar por lo que creían justo, terminaron regresando a casa a padecer la miseria en la que quedó sumido el país.” (MÉNDEZ, 2009, p. 24)

Al término de la Revolución, con el triunfo del ejército constitucionalista al mando de Venustiano Carranza, se integra un Congreso Constituyente que termina promulgando una nueva Constitución: la Constitución de 1917, que ahora sí incluía todo un artículo que regulaba (y regula hasta la fecha), la cuestión laboral en México: el Artículo 123.

La ideología impregnada en este Artículo es controvertida, “si entendemos al marxismo como una teoría económica que entiende científicamente las relaciones de producción,...está presente en el Artículo 123, así sea sólo levemente. Por el contrario, si pensamos en el marxismo como ideología política ... que preconiza la desaparición de la propiedad privada de los medios de producción, el art. 123 no es marxista. Es, si se quiere, humanista, socialista a la manera de la social-democracia alemana, y es nacionalista. Pero presume, como hipótesis, el sistema capitalista de producción y en ningún momento establece fórmulas que puedan ya no modificar, sino ni siquiera es-

torbar a fondo, al capitalismo.” (DE BUEN, 2006, p. 354).

Al término de la Revolución los sindicatos empiezan a agruparse en grandes centrales obreras, con características propias, y muchas veces creadas con apoyo gubernamental, para cumplir fines que el propio gobierno les confiere. Entre esas grandes centrales obreras destacan dos: la Confederación Regional Obrera Mexicana (CROM) y la Confederación General de Obreros y Campesinos de México (CGOCM), que a la postre se convertiría en la Confederación de Trabajadores de México (CTM).

La CROM nace en 1918, en un intento de los obreros mexicanos por encontrar en la unión, mayor fuerza contra el gobierno y el capital; su lema: “salud y revolución social”, se identifica con el pensamiento anarquista; sin embargo, dicha ideología fue abandonada al poco tiempo, determinándose que la central obrera sería apolítica pero no antipolítica, ofreciendo incluso su ayuda al gobierno, “con la advertencia de que, de no contar con el gobierno, los trabajadores resolverían por sí mismos sus propios problemas.” (DE BUEN, 2006, p. 365).

El principal dirigente de la CROM fue Luis N. Morones, quien llegó incluso a integrarse al gabinete presidencial de Plutarco Elías Calles. Fueron tres los presidentes que dieron impulso a esta central obrera y propiciaron la creación de otros sindicatos: Adolfo de la Huerta (1920), Álvaro Obregón (1920-1924) y el propio Calles (1924-1928). Esta protección, “conlleva la corrupción sindical, los choques intergremiales y

el desviacionismo de los fines propios del sindicalismo, que son sustituidos por meros intereses individuales, al encumbrarse, a los puestos de gobierno los líderes obreros.” (DE BUEN, 2006, p.366). En esta etapa, cualquier intento de emancipación por parte de los sindicatos era reprimido incluso con las armas.

A partir de ese momento surgen dos tendencias en los sindicatos mexicanos, que se han mantenido hasta nuestros días: por un lado, los sindicatos “amarillos”, identificados con los intereses del gobierno y, por otra, los sindicatos “rojos”, de corte anarquista y que ven al gobierno como un instrumento de la burguesía.

Al llegar Lázaro Cárdenas del Río a la Presidencia (1934), se da un rompimiento inusitado con los presidentes anteriores, mismo que lleva al exilio a Plutarco Elías Calles en 1939. En un afán por disminuir el poder acumulado hasta ese momento por la CROM, Cárdenas propicia el surgimiento de la CTM en 1936. “De inspiración marxista, no constituye sin embargo, ni siquiera en su primera época, un sindicato de combate. Aunque repugna formalmente de la acción múltiple, en realidad llega a ser la más precisa expresión de ese sistema de ficción sindical. Nace mediatizada, en la medida en que es el instrumento de Cárdenas para combatir la fuerza política de la CROM.” (DE BUEN, 2006, p.375).

La CTM estuvo vinculada desde sus orígenes, con el Partido de la Revolución Mexicana (PNR), creado por Lázaro Cárdenas en 1938, que eventualmente se convertiría en

el Partido Revolucionario Institucional (PRI), que se mantuviera en el poder durante más de 70 años. El PNR y el PRI estaban integrados por cuatro sectores: obrero, campesino, popular y militar. Una de las figuras principales en la CTM fue Fidel Velázquez, el sempiterno líder de esta organización, quien incluso era el encargado de señalar quién era el candidato presidencial del PRI, y futuro presidente, sexenio tras sexenio. Sólo la muerte, en 1997, pudo apartar a Velázquez de la vida política del país.

En general, los casi 70 años de gobierno priista se caracterizaron por poco movimiento en el sector obrero; el poder que ejercía la CTM sobre los sindicatos que integraba, daban a los gobiernos la certeza de contar con el “apoyo” del sector obrero. Las pocas escisiones que se dieron dentro de la CTM, se debieron más a los intereses individuales de los líderes obreros que a las diferencias en ideología. El rumbo económico del país, las constantes devaluaciones y otras situaciones que se tratarán más adelante, provocaron la separación de varios sindicatos de este movimiento obrero “institucionalizado” u oficial. El 2 de julio de 2000, un atribulado presidente, Ernesto Zedillo, emanado del partido “oficial” el PRI, anunciaba por cadena nacional, el triunfo del candidato del opositor Partido Acción Nacional (PAN), Vicente Fox, en las elecciones presidenciales. El gobierno de Fox, identificado plenamente con corrientes de derecha, mantuvo la tendencia de los sindicatos “gubernamentales”; sin embargo, los sindicatos independientes califican el sexenio como un fracaso en materia laboral. A principios de 2006 (febrero), un accidente



en la mina Pasta de Conchos provocó la muerte de más de 60 mineros, desatándose en ese momento un serio conflicto sindical en el que incluso se acusó al gobierno de intervenir en asuntos sindicales y de no respetar un principio sindical importante: la libertad sindical.

De ese sexenio data también un intento por reformar la Ley Federal del Trabajo, conocida como la Ley Abascal, por su principal impulsor, y entonces Secretario (Ministro) del Trabajo en México, Carlos Abascal. La marcada tendencia neoliberal de esta propuesta impidió su aprobación en el Congreso de la Unión pero, refleja el apoyo del gobierno anterior (y del actual), a los empresarios, incluso en clara contradicción con los intereses de la clase obrera. El sexenio actual (2006-2012), representa la continuidad en la economía neoliberal; Felipe Calderón, el segundo presidente del PAN, llega a la Presidencia, contrayendo demasiados compromisos con empresarios e incluso, con el apoyo de la lideresa del Sindicato Nacional de Trabajadores de la Educación<sup>1</sup>, Elba Esther Gordillo, hasta entonces identificada con el PRI. Como puede apreciarse, esta última parte de la historia del movimiento sindical en México no difiere de las anteriores: sindicatos alineados con los intereses del gobierno (y ya no de un partido), y sindicatos autónomos, con un espíritu más combativo, pero que de alguna u otra manera, son coaccionados.

En el siguiente apartado se analizan los retos que enfrenta el sindicalismo mexicano (y quizás el latinoamericano), así como

las soluciones que a mi consideración, podrían darse a esta problemática.

### 3. RETOS Y PERSPECTIVAS DEL SINDICALISMO MEXICANO.

Hablar de los retos del sindicalismo mexicano, implica hablar, en primera instancia, de los retos que enfrenta toda la clase trabajadora de nuestro país, independientemente de su afiliación o no, a un grupo organizado para defender sus intereses. Esta problemática de los trabajadores se hace extensiva a los sindicatos, en la medida en que a ellos les corresponde la obligación de proteger a cada uno de sus integrantes.

Desde 1972 se hizo persistente en México una inflación que mermó sobremanera el poder adquisitivo del salario del trabajador mexicano. Esta inflación fue artificialmente controlada a partir del sexenio de Miguel de la Madrid Hurtado (1982-1988), a través de los llamados Pactos Económicos. El control de este fenómeno económico no significó su total erradicación, y el daño para el salario ya estaba hecho. Los mínimos aumentos salariales, desde esa fecha, no han permitido la recuperación del poder adquisitivo. Por lo general, los salarios se ajustan en nuestro país conforme al aumento que se determine para el salario mínimo; en el caso de 2009, el aumento concedido fue de 4.6%. Comparando esta cifra con la inflación acumulada para el 2008, que fue de 6.5%, según datos del Banco de México,

---

<sup>1</sup> Este sindicato es uno de los más grandes de América Latina, con alrededor de un millón, cuatrocientos mil agremiados.

resulta evidente la pérdida del poder adquisitivo del salario.

El salario mínimo fue definido por la Ley Federal del Trabajo, como “la cantidad menor que debe recibir un trabajador en efectivo por los servicios en una jornada de trabajo” (Ley Federal del Trabajo, Artículo 90). Para este año, el salario mínimo general en el Distrito Federal es de \$54.80 (cuatro dólares americanos al tipo de cambio promedio actual de \$13.50 por dólar). No conviene hacer comparaciones con otros países, pero sí mencionar que para 2005, el 37.63% de la Población Económicamente Activa ocupada ganaba de uno a dos salarios mínimos, lo que aplicando cifras actuales, da como resultado que casi el 38% de los trabajadores mexicanos gana poco más de 8 dólares al día.

En la actualidad, la severa crisis económica mundial ha generado la pérdida de miles de empleos a nivel global; el caso de México no es la excepción. Irónicamente, en 2006, durante las campañas presidenciales, el lema del actual presidente Felipe Calderón era “yo seré el Presidente del empleo”; sin embargo, a casi tres años de su gobierno, los índices de desempleo no han disminuido: para enero de 2007, la tasa de desocupación era de 3.96% de la Población Económicamente Activa, llegando al 4.7% para marzo de 2009 (según datos del Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática, -INEGI- entidad encargada de las estadísticas oficiales). Un factor que no debe perderse de vista en la estadística antes referida es que omite reflejar que una buena parte de la población, que se consi-

dera ocupada, se encuentra laborando en actividades informales como el comercio ambulante o, tiene tipos de contratación que no les genera ninguna prestación laboral, tal es el caso de las personas contratadas por honorarios (aun cuando prestan un servicio personal, el cual a veces no es subordinado y, reciben como pago honorarios profesionales y no salario, por lo cual no se consideran trabajadores) que no reciben beneficios como la protección de la seguridad social; en situación similar se encuentran los trabajadores eventuales y becarios.

Otra de las grandes amenazas para los trabajadores mexicanos es el *outsourcing* o subcontratación de servicios, que les permite a las empresas ahorrar en las cuotas que se pagan por seguridad social y evadir el pago de un derecho de los trabajadores mexicanos: el reparto de utilidades (de las utilidades generadas por la empresa, el 10% se reparte entre los trabajadores de la misma, conforme a criterios establecidos por la propia Ley Federal del Trabajo).

Hasta este momento se han descrito los retos de los trabajadores, como individuos no organizados en un colectivo llamado sindicato; sin embargo, si es cierto que el objetivo de los mismos es buscar la mejora y protección de los intereses de la clase trabajadora, tiene que hacer propios esos retos y buscar los mecanismos que estén a su alcance para afrontarlos, esto, sin olvidar que como organizaciones tienen sus propios y particulares retos en estos tiempos.

Los sindicatos, igual que muchas instituciones, sufren una severa crisis de credibilidad,



y la imagen que de ellos tiene la sociedad no es la más adecuada para una institución de tal trascendencia en el ámbito económico, político y social. La historia los ha condenado a un maniqueísmo en su imagen ante la sociedad: por un lado, los sindicatos afines a los intereses del gobierno, y que se ven como un instrumento del mismo y, por el otro, los sindicatos combativos, que sólo causan problemas a los empresarios, bloqueos de calles y violencia.

Esos sindicatos que sirven a los intereses del gobierno, corren el riesgo de perder la garantía consagrada por el Convenio 87 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicalización de 1948, que señala que los sindicatos tienen la posibilidad de “escoger libremente sus estatutos, dirigentes y procedimientos.” (MÉNDEZ, 2009, p. 187). Al aceptar las condiciones que el estado impone, el sindicato ve mermada su ya de por sí frágil credibilidad; ante sus agremiados y ante la sociedad entera, los líderes sindicales son designados conforme a los propios intereses del gobierno y, por supuesto, se pierde toda libertad de acción en las maniobras conducentes a la consecución de los fines. Estos sindicatos se legitiman desde la trinchera laboral al gobierno, quien los deja sin posibilidad de exigir nada.

Situación parecida sucede con los sindicatos que se identifican con los colores e ideología de un partido político en particular, sin importar que ese partido político no ocupe espacios gubernamentales; el sindicato es usado como medida de presión en

contra del gobierno, y se utiliza al colectivo de trabajadores para “engordar” movimientos políticos. El partido político, por su parte, hace suya la causa de los trabajadores y se arroja en la bandera de defensor de sus derechos; politiza y convierte un conflicto meramente laboral, y que podría ser solucionado por la negociación directa entre trabajadores y patrones, en un conflicto político, en el que intervienen facciones, ideologías, cabildeos y hasta revanchismos. No es poco cierta la frase que señala “el pueblo que olvida su historia, está condenado a repetir sus errores”, y convendría que los sindicatos recordaran aquella experiencia de los Batallones Rojos con Venustiano Carranza, quien, una vez logrado su objetivo, los disolvió y reprimió encarnizadamente.

De manera cada vez más frecuente, la imagen del sindicato es confundida con la del líder sindical, o Secretario General del sindicato, que es figura casi mitológica que se eterniza y enriquece en las causas de los trabajadores. Odiado o venerado por su grey, el líder sindical se codea con líderes políticos, diputados, senadores y hasta con el presidente. El líder sindical opina, rechaza, juzga y participa activamente en la vida política y económica del país; asume el papel de vocero de su sindicato, aun cuando dentro del mismo exista una división profunda entre facciones. El líder sindical come en restaurantes de lujo, platillos que los agremiados a su sindicato ni siquiera sueñan que existen. En síntesis, el líder sindical representa frecuentemente lo más oscuro de la vida sindical del país.

¿Cómo concebir a una lideresa sindical de profesores (una de las actividades menos remuneradas en nuestro país), que viste Channel y viaja en Mercedes Benz?; eso es el líder sindical en nuestra era: totalmente apartado de la realidad de sus agremiados. ¿A qué se debe esta acumulación de riqueza y poder? Sin dudar, hay casos en que efectivamente esa acumulación sea producto de una labor honesta pero, en la mayoría de los casos, esa acumulación es producto de uno de los cánceres más arraigados en nuestro país: la corrupción.

En los tiempos por venir, los sindicatos no pueden ser más ese instrumento que divide las clases; por el contrario, deben ser un factor de unión y cohesión, un factor que dé seguridad a la clase trabajadora, sin que con ello se ponga en riesgo la seguridad del patrón. Para empezar, el sindicato debe reformarse o estará condenado a seguir como el “enemigo público número uno” de los empresarios. ¿Cómo conseguirlo? Pues no es una respuesta sencilla y mucho menos un proceso de la noche a la mañana; sin embargo, deben tomarse medidas puntuales y efectivas, entre ellas se propone:

- Incluir dentro de los estatutos de los sindicatos, un principio de reelección de sus líderes o, en última instancia, la posibilidad de reelección por períodos limitados. Los tiempos actuales obligan a la democratización de todas las instituciones, y los sindicatos no pueden ser la excepción.
- Prohibir que los sindicatos participen en actividades políticas como

colectivo. Cada individuo integrante del mismo es libre de pensar o decidir libremente respecto a su voto y su filiación política. Los tiempos de las incorporaciones masivas de trabajadores a un partido político y, del “voto orientado”, deben quedarse como parte de una historia que nunca más debe repetirse.

- Los sindicatos deben incorporar en sus estructuras un órgano de control y vigilancia, que supervise la correcta aplicación de los recursos generados, y que la toma de decisiones al interior de los mismos, sea transparente y veraz.
- El líder sindical debe ser una persona comprometida y surgida de las “bases”, es decir, un trabajador que conozca la problemática de su gremio y que se encuentre vinculado con ellos no sólo por el puesto que ocupa, sino por un verdadero sentido de responsabilidad.

En síntesis, el primer compromiso del sindicato es no olvidar la función primigenia para la que fueron creados: la defensa de los intereses de los trabajadores. Y ese permanente trabajo por la mejora y defensa del trabajador, debe estar acompañado de un serio compromiso con la sociedad y con el país.

#### **A MANERA DE COROLARIO**

Los sindicatos en el mundo no surgen de una ideología en particular; son la conjunción de trabajadores que poco a poco se fueron acercando a las ciudades cada vez



más industrializadas del capitalismo; su principal interés era buscar la mejora de las condiciones laborales cada vez más precarias desde la Revolución Industrial.

El socialismo, primero utópico y luego científico, dio sentido ideológico a las luchas sindicales; Marx, y su lucha de clases, justificaron plenamente la existencia de los sindicatos, y el anarquismo dio mecanismos de lucha a esa lucha de clases.

En México, el sindicalismo es una suma de dos factores: por un lado, los gremios de artesanos y, por otro, las ideas socialistas importadas de Europa, dieron origen a un sindicalismo por demás *sui generis*. Con una participación importante en la Revolución Mexicana, las organizaciones obreras, otrora combativas y hasta anarquistas, se vieron irremediabilmente vinculadas al poder del gobierno. Solapadas, e incluso financiadas por el gobierno, las agrupaciones sindicales marcaron el sino que hasta épocas recientes pesaría sobre ellas.

En este documento se hace un análisis de la problemática actual de los sindicatos mexicanos y, por ende, de los trabajadores. Sin embargo, no son sólo los trabajadores y los sindicatos quienes tienen que actualizarse o reformarse. En este asunto del trabajo, son tres las partes involucradas: trabajadores, patrones y gobierno. El cambio se debe dar en los tres o se corre el riesgo de no llegar al fondo del asunto.

Aunque en este documento se trató la cuestión de los trabajadores, no se puede dejar de lado hacer algunas consideracio-

nes sobre los otros dos integrantes de la triada laboral: patrones y gobierno.

Desde hace tiempo en México se realizan campañas mediáticas sobre la “nueva cultura laboral”; el “ponerse la camiseta” de la empresa en la que trabajas pero, ¿y el lado patronal ya se puso la camiseta?, ¿no es necesaria, además de la nueva cultura laboral, una nueva cultura empresarial? En mi opinión, no sólo es necesaria sino obligatoria, y trataré de explicar mi posición en los siguientes párrafos.

Debo mencionar que la ideología derivada del concepto de lucha de clases, acuñado por Marx, me parece un tanto condicionante de un conflicto que, desde mi perspectiva, no debería existir. La lucha de clases es una realidad y explica muy bien la evolución de las sociedades (como pretendía Marx); sin embargo, creo que se utiliza también para estigmatizar a ambos lados: por un lado los patrones que, como empresarios ideales, buscan acumular riquezas a costa de lo que sea y, por el otro, los trabajadores, que siempre se consideran explotados y que, por ende, deben estar en contra de todas las decisiones del patrón. ¿Qué pasaría si ambas clases decidieran trabajar juntas para mejorar ambos sus condiciones de vida?; ¿si lo que busca el patrón es mayor riqueza y, el trabajador mayores ingresos, no es una búsqueda compatible?, ¿hasta qué punto se puede sacrificar la acumulación de riqueza en aras de una mejor condición de vida de los trabajadores? Para mí resulta evidente que un trabajador mejor pagado es un trabajador más productivo

que, eventualmente, generará más riqueza para el patrón.

La nueva cultura empresarial o patronal, debe estar orientada a la posibilidad de convencer a los patrones, de sacrificar su ganancia, pero, no para ser entregada a los gobiernos, sino para que ese dinero sea repartido entre los trabajadores en la forma de salarios e incentivos. Esto es, dicho en términos coloquiales, comprarle la camiseta al trabajador para que pueda ponérsela.

Por supuesto, y aquí radica mi apego al socialismo utópico, este cambio de mentalidad debe venir desde la clase empresarial. Son los propios patrones y empresarios, los que deben estar convencidos de esta idea; son ellos, los que desde su mayor educación (a riesgo de caer en la estigmatización antes criticada), pueden realizar los cambios de actitud correspondiente. ¿Utópico? Tal vez no, en mi posición de docente, en el Posgrado de la Facultad de Contaduría y Administración de la Universidad Nacional Autónoma de México, he podido platicar con alumnos que ya manejan sus propias empresas o, que buscan crearlas a futuro y, afortunadamente puedo decir que el cambio de mentalidad, que esa nueva “cultura empresarial”, ya se está gestando en las aulas. Esas ideas en gestación requieren también del esfuerzo y sacrificio de los sindicatos.

Respecto a los gobiernos, como ejes rectores de la economía y, en un momento específico, determinadores y cobradores de impuestos, deben considerar la opción de fomentar la creación de estos “círculos vir-

tuosos”; premiar al empresario que busque mejorar las condiciones de vida de sus trabajadores y con ello, las de la sociedad en su conjunto. Sí, los impuestos son necesarios y no se pretende una abolición de los mismos; entonces, ¿no es mejor que esos impuestos que terminarían gastándose en cuestiones sociales en el mejor de los casos, fueran repartidos directamente a los trabajadores a través de un aumento de sueldos? El que los trabajadores tuvieran un mayor ingreso elevaría el consumo, que también se encuentra gravado y representa un ingreso alto para los gobiernos.

En síntesis, no me parece una utopía el cambio de mentalidad en los tres sectores involucrados; es necesario concientizar y alentar este cambio. Nadie puede permanecer inerte ante una crisis que afecta y devora empresas, que resta empleos y oportunidades de desarrollo. El panorama es, en el mejor de los casos, gris, pero con la suma de esfuerzos colectivos, y jalando todos en un mismo sentido, ese gris panorama puede ser degradado hasta conseguir lo más cercano al blanco.

Sería muy simplista y utópico sólo señalar lo que hasta este punto se ha mencionado. La consecución de una nueva cultura empresarial, una nueva cultura laboral y, una nueva actitud del gobierno, puede obtenerse a través de la celebración de un Pacto Nacional en materia del trabajo, un documento en el que se señalen los puntos de acuerdo entre los tres sectores, sacrificando unos y otros en distintos aspectos, para encontrar el mejor beneficio para la sociedad. Es un buen momento para crear



una nueva utopía del siglo XXI; es un buen momento de rescatar lo mejor de cada ser humano en aras del beneficio colectivo; es un buen momento de que cada uno de nosotros aporte desde su trinchera; es un buen momento...

## REFERENCIAS

DE BUEN LOZANO, Néstor. Derecho del Trabajo I, Porrúa, México, 17ª edición, 2006.

ILLADES, Carlos. "De los gremios a las sociedades de socorros mutuos: el artesanado mexicano, 1814-1853". Página consultada el 30 de abril de 2009. En <http://www.historicas.unam.mx/moderna/ehmc/ehmc13/164.html>

LASTRA LASTRA, José Manuel. "El sindicalismo en México", Página consultada el 28 de abril de 2009. En <http://juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/hisder/cont/14/cnt/cnt3.pdf>.

MARX, Carlos y Federico Engels. Obras escogidas, Editorial Progreso, sin año de publicación.

MÉNDEZ MORALES, José Silvestre. Fundamentos de Economía, Mc Graw Hill, México, 4ª edición, 2005.

MÉNDEZ, Ricardo. Derecho laboral: un enfoque práctico, Mc Graw Hill, México, 2009.

PÉREZ CHALINI, Jesús E. Historia de las Doctrinas Filosóficas (conceptos, ejercicios y lecturas), Siena Editores, México, 2ª edición, 2003.

## GUÍA PARA LA PUBLICACIÓN DE MATERIALES EN LA REVISTA CRITERIOS



La Revista CRITERIOS fue creada en 1993, como órgano de difusión del área de investigación de la Universidad Mariana. Responde a las necesidades de difundir y divulgar el quehacer investigativo y la producción intelectual tanto a nivel estudiantil como docente de la Universidad Mariana y, en general, el intercambio intelectual, académico e investigativo tanto institucional como regional y nacional. Su nombre CRITERIOS hace relación al juicio y discernimiento para conocer la verdad. Esta revista pretende posibilitar el intercambio, el análisis y la discusión de puntos de vista, enfoques, propuestas y realizaciones de carácter investigativo, en un marco de pluralismo ideológico y de respeto a la opinión contraria, pero donde lo fundamental sea la fuerza del mejor argumento. Tiene una periodicidad semestral.

Por su condición de revistas especializada, la REVISTA CRITERIOS exige a los autores rigor en la estructuración de sus colaboraciones las cuales deben corresponder, fundamentalmente, a resultados de procesos investigativos.

**Cobertura.-** La Revista CRITERIOS está dirigida a profesionales, investigadores, docentes y estudiantes, empresas, líderes y a todas aquellas personas interesadas en profundizar en las diferentes temáticas que aborda la revista. Circula a nivel nacional e internacional mediante canje interbibliotecario y mediante venta directa, con un tiraje de 200 ejemplares.

**Tipo de artículos o colaboraciones.-** Las colaboraciones deben responder a la “Tipología de documentos para revistas indexadas”, definidos por la Base Bibliográfica Nacional – BBN Publindex y por el Índice Bibliográfico Nacional Publindex – IBN Publindex, aunque el Comité Editorial dará prioridad a los artículos o colaboraciones tipo a, b, c y d.

**a) Artículo de investigación científica y tecnológica.** Documento que presenta. De manera detallada, los resultados originales de proyectos terminados de investigación. La estructura generalmente utilizada contiene cuatro apartes importantes: introducción, metodología, resultados y conclusiones.

**b) Artículo de reflexión.** Documento que presenta resultados de investigación terminada desde una perspectiva analítica, interpretativa o crítica del autor, sobre un tema específico, recurriendo a fuentes originales.

**c) Artículo de revisión.** Documento resultado de una investigación terminada donde se analizan, sistematizan e integran los resultados de investigaciones publicadas o no publicadas, sobre un campo en ciencia o tecnología, con el fin de dar cuenta de los avances y las tendencias de desarrollo. Se caracteriza por presentar una cuidadosa revisión bibliográfica de por lo menos 50 referencias.



- d) Artículo corto.** Documento breve que presenta resultados originales preliminares o parciales de una investigación científica o tecnológica, que por lo general requieren de una pronta difusión.
- e) Reporte de caso.** Documento que presenta los resultados de un estudio sobre una situación particular con el fin de dar a conocer las experiencias técnicas y metodológicas consideradas en un caso específico. Incluye una revisión sistemática comentada de la literatura sobre casos análogos.
- f) Revisión de tema.** Documento resultado de la revisión crítica de la literatura sobre un tema en particular.
- g) Cartas al editor.** Posiciones críticas, analíticas o interpretativas sobre los documentos publicados en la revista, que a juicio del Comité editorial constituyen un aporte importante a la discusión del tema por parte de la comunidad científica de referencia.
- h) Editorial.** Documento escrito por el editor, un miembro del comité editorial o un investigador invitado sobre orientaciones en el dominio temático de la revista.
- i) Traducción.** Traducciones de textos clásicos o de actualidad o transcripciones de documentos históricos o de interés particular en el dominio de publicación de la revista.
- j) Documento de reflexión no derivado de investigación.**
- k) Reseña bibliográfica.**

## 1. PRESENTACIÓN DEL DOCUMENTO O COLABORACIÓN

- Extensión máxima de 15 páginas, tamaño carta, a doble espacio, y letra arial 12 puntos a espacio sencillo.
- Los márgenes deben ser de 2.5 cm., con excepción de la izquierda de 3 cm.
- Utilizar un lenguaje que sea de fácil comprensión para todos los lectores.
- Si utiliza símbolos o abreviaturas debe definirlos la primera vez que aparezcan en el artículo.
- Enviar una propuesta de título que resulte atractivo y que tenga estrecha relación con el contenido del artículo. Debe ir centrado, en negrilla y mayúsculas sostenidas.
- Tanto los títulos principales como los subtítulos hasta de segundo nivel deben estar en la margen izquierda, en negrilla, mayúscula sostenida, y precedidos con números arábigos. Si se trata de un subtítulo de tercer nivel van con mayúscula inicial, pero en lugar de números arábigos se utilizará viñetas.
- Todas las figuras y tablas se deben referenciar en el texto. Si se trata de figuras su numeración y descripción, así como la fuente deben colocarse en la parte inferior de la figura, en letra arial 10 puntos, margen izquierdo. Si se trata de tablas, la numeración y la descripción se debe colocar en la parte superior, centrada, mientras que la fuente irá debajo de la tabla, letra arial 10 puntos, margen izquierdo.
- Los párrafos no deben ser inferiores a tres (3) renglones ni superiores a diez (10)
- No se debe diagramar ni presentar propuesta de diagramación del artículo.

- Anexar las fotos en papel o digitalizadas, acompañando cada una con una breve leyenda, en la cual no debe incluirse frases que ya estén en el artículo. Este material debe ser original, contar con la debida autorización del autor o dar el crédito correspondiente.
- Incluir sólo las citas bibliográficas que se referencian en el artículo (en lo posible que no pasen de 10). Estas deben ir numeradas y relacionadas al final del artículo, en orden de aparición. Además deben ser citas completas: autor, libro, editorial, fecha y página.
- Entregar dos copias de los materiales a publicar, impresos y en medio magnético; adjuntando una hoja en la cual se sugieran dos árbitros expertos en el tema, uno interno y otro externo a la Universidad Mariana, para su evaluación y aprobación. Sobre el árbitro externo informar sobre: nombre completo, entidad donde labora, teléfono y/o celular, e-mail. El editor se reserva el derecho de seleccionar pares distintos a los sugeridos por los autores.

## 2. ESTRUCTURA DEL ARTÍCULO O COLABORACIÓN

La estructura del artículo o colaboración debe cumplir con el siguiente contenido: a) partes preliminares: título, datos del autor(es), resumen y palabras claves, abstract y key words; b) cuerpo del artículo: introducción, materiales y métodos, resultados y análisis y conclusiones; c) parte final: agradecimientos (opcional), referencias bibliográficas, anexos (opcional).

### 2.1 PARTES PRELIMINARES

- **Título:** Breve, informativo y atractivo. Centrado, en mayúscula sostenida, en Español e Inglés.
- **Datos del autor:** Centrados. Primero los nombres y luego los apellidos separados por una coma. Si son varios autores, se colocan uno debajo del otro y centrados. Debajo del nombre de cada autor debe aparecer el título profesional, título de postgrado (si lo tiene), cargo que desempeña actualmente, entidad donde labora, ciudad, país y correo electrónico. Todo esto con letra arial 10 puntos.
- **Resumen:** Refleja los elementos del contenido del artículo. Debe ser redactado en tercera persona y no debe superar las 250 palabras. Debe estar escrito en Español e Inglés, y los títulos RESUMEN y ABSTRACT deben estar centrados, con mayúscula sostenida y en negrilla.
- **Palabras claves.** En Español e Inglés y van a la margen izquierda. Los títulos PALABRAS CLAVE y KEY WORDS, van con mayúscula sostenida y en negrilla.

### 2.2 CUERPO DEL DOCUMENTO

- **Introducción:** Centrado y con mayúscula sostenida y en negrilla. No se numera. Breve panorámica del tema tratado, justificación del trabajo, objetivos claros, referencias muy bien seleccionadas.



- **Material y métodos o Metodología:** Se identifica con números arábigos, centrado, con mayúscula sostenida y en negrilla. Exposición rigurosa de las características de los sujetos de la investigación, ética, lugar, periodo del estudio, descripción del enfoque y el método de investigación, en las investigaciones cuantitativas incluir la información de las variables estudiadas y de los métodos de medición, y metodología estadística.
- **Resultados y análisis:** Se identifica con números arábigos, centrado, con mayúscula sostenida y en negrilla. Exponer los resultados relevantes, descripción ordenada, formato estadístico, apoyarse en tablas y figuras, sin repeticiones. Destacar los resultados más importantes, comparar con otros estudios similares, exponer las limitaciones del estudio, resaltar las aportaciones teóricas o prácticas, conclusiones derivadas de los datos
- **Conclusiones:** Se identifica con números arábigos, centrado, con mayúscula sostenida y en negrilla. Las conclusiones deben ser coherentes con los objetivos o hipótesis planteadas, y no exceder la extensión del artículo.

### 2.3 PARTES FINALES

- **Agradecimientos:** Centrado, con mayúscula sostenida, negrilla y sin numeración. Reconocimientos a personas, instituciones, proyectos, fondos, becas de investigación, etc. que apoyaron el desarrollo de la investigación.
- **Referencias del artículo:** Centrado, con mayúscula sostenida, negrilla y sin numeración. En orden alfabético, seleccionadas según su calidad, citas adecuadas al tipo de artículo. Las referencias que se hagan dentro del texto deben cumplir con los siguientes requisitos: usar apellido del autor, año de publicación y página, así: (Arbeláez, 2007:280). Para textos tomados de una página Web debe tenerse en cuenta: apellido(s) del autor(es), nombre, (fecha de la última actualización), título, nombre de la página Web de donde se tomó. (URL). Ejemplo: BURBANO APRÁEZ, Pedro Alberto, 2007. Aprendizaje significativo e investigación. Página consultada el 7 de noviembre de 2007. En <http://www.icc.ucv.cl/aprendizaje/investigación.doc>



**Universidad Mariana**

*¡Tu Mejor Decisión*