

ISSN: 2745-007

VOL. 1, NÚM. 2
JULIO- DICIEMBRE 2020

R E V I S T A **A C A D E M O S**

S O C I E D A D Y C I E N C I A S A P L I C A D A S

Academos es una publicación dirigida a la comunidad científica y académica.

Periodicidad: Semestral

Suscripción, canje y envío de artículos: grupoeditorialgea@gmail.com

Para mayor información contactarse: 3103367183/ Neiva-Huila, Colombia. Calle 7 N° 6-58/
Oficina 104

REVISTA ACADEMOS

Revista Academos Sociedad y Ciencias Aplicadas

Publicación dirigida a la comunidad científica y académica vinculada a las ciencias aplicadas, las ciencias sociales (derecho y otras ciencias interdisciplinarias) y humanidades (filosofía y ética).

Revista Academos ISSN: 2745-0007

EDITOR

Carlos Arturo Hernández

COMITÉ CIENTÍFICO

Wilson Yovanny Merino Sánchez (PhD) Universidad de la cuenca (Ecuador)

Patricia Brito (PhD) Universidad Nacional de Mar del Plata (Argentina)

Alejandro Robledo Rodríguez (PhD) Universidad de Los Andes Chile (Chile)

Misael Tirado Acero (PhD)

David García Vanegas (PhD) Universidad Libre (Colombia)

César Oliveros Aya (PhD) Universidad Militar Nueva Granada (Colombia)

ÁRBITROS

Misael Tirado Acero (PhD), Cesar Oliveros Aya (PhD), David Garcia Vanegas (PhD), Libia Patricia Pérez Quimbaya (PhD), Jorge Fabian Villalba (Mg), Hugo Daniel Ortiz Vanegas (Mg), Fredy Humberto Rodriguez (Mg), Ovidio Delgado Mahecha (Mg.), Javier Francisco Franco Mongua (Mg.), David Mendoza Beltran (Mg.), Alejandro Marcelo Lopez Soto (Mg.), Luis Alberto Torres Tarazona (Mg.), Nelson Pedraza (médico y especialista en cirugía general).

Gerente Grupo Editorial GEA SAS:

Norma Castro Manrique

Revista Academos Sociedad y Ciencias Aplicadas

<http://grupoeditorialgea.com/>

Vol. 1 - No. 2 – Julio- diciembre de 2020

Periodicidad: semestral

Neiva-Huila, Colombia. Calle 7 N° 6-58 Of 104

Suscripción, canje y envío de artículos: grupoeditorialgea@gmail.com

Editor Carlos Arturo Hernández. Docente e investigador Asociado fuac. Líder grupo de investigación Opus luris.grupoeditorialgea@gmail.com

Contenido

LÓGICA Y DERECHO: APROXIMACIÓN A LA LÓGICA DEÓNTICA DE JEREMÍAS

BENTHAM	6
ABREVIATURAS Y METODOLOGÍA.....	7
INTRODUCCIÓN	8
$Op \equiv \sim P \sim p$	22
$\sim Op \equiv P \sim p$	22
$O \sim p \equiv \sim Pp$	22
<i>Op</i>	23
<i>Vp</i>	23
<i>Ip</i>	23
EL TERRORISMO INTERNACIONAL Y SU FINANCIAMIENTO MEDIANTE LA TRATA DE PERSONAS	48
Terrorismo	49
Diferencia entre grupos terroristas y grupos beligerantes	55
... ¿Qué significa la palabra beligerancia?	56
Trata de Personas.	57
Diferencia con el Tráfico.....	62
Medios para efectivizar la trata de personas.....	65
Boko Haram y el infierno de las niñas nigerianas.....	72
Reacción internacional frente a Boko Haram.....	76
Financiamiento del terrorismo.....	79
POR UNA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN EFICAZ	90
Resumen.....	91
REQUISITOS PARA LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN.....	95
CONCLUSIÓN	114
BIBLIOGRAFÍA.....	117
Resumen:	122
Palabra clave:	123
Metodología de investigación:	123
INTRODUCCIÓN:	123

A. LA POSISIÓN DE LA JURISRUDENCIA EN RELACIÓN CON LA LESIÓN.....	128
B. LA INTERPRETACIÓN ALTERNATIVA DE LA LESIÓN.....	130
C. CONCLUSIONES.....	145
BIBLIOGRAFÍA.....	147
TRAUMA DE TÓRAX EN PANDEMIA.....	151
RESUMEN:.....	152
INTRODUCCIÓN.....	152
DEFINICIONES:.....	153
Plan de Manejo:.....	155
RECOMENDACIONES COVID-19.....	156
Conclusión:.....	157
REFERENCIAS.....	157
Capital Social. Aproximación al Concepto, Límites y Alcances.....	160
Introducción.....	160
Definición de Capital Social. Límites y Alcances.....	166
Origen del Concepto.....	166
Capital social y crecimiento económico.....	169
Participación cívica, compromiso ciudadano.....	173
La confianza como elemento clave del capital social.....	176
La información como capital social.....	181
Elementos de la Formación del Capital Social.....	183
El capital social desde lo público.....	183
Capital social perverso.....	184
Organizaciones e instituciones.....	187
El tejido social es capital social.....	189
Papel del estado frente a la creación del capital social.....	191
A modo de conclusión.....	193
Bibliografía.....	194

LÓGICA Y DERECHO: APROXIMACIÓN A LA LÓGICA DEÓNTICA DE JEREMÍAS BENTHAM¹

Alejandro Robledo Rodríguez²

Universidad de los Andes Chile

arobledorodriguez@gmail.com / larobledo@miuandes.cl.

Fecha de recepción: 23 de julio de 2020

Fecha de aceptación: 27 de agosto de 2020

¹ Resultado de Investigación, Proyecto de tesis Doctoral: “El utilitarismo de Jeremy Bentham: Recepción filosófico-jurídica y críticas”. Dirección de Investigación, Universidad de los Andes, Santiago de Chile. Director de tesis: Dr. Carlos Diego Martínez Cinca, Universidad Nacional de Cuyo, Mendoza. República Argentina

² Abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Becario e Investigador FAI, Candidato a Doctor en Filosofía, Instituto de Filosofía de la Universidad de los Andes, Santiago de Chile. Miembro de la Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, de la Asociación Chilena de Filosofía (ACHIF) y de la Sociedad de estudios Utilitarios, Londres. E-mail: arobledorodriguez@gmail.com / larobledo@miuandes.cl.

Resumen: El presente trabajo analiza las funciones de la lógica jurídica como una especialidad de esta rama de la filosofía. Para ello, estudia en general los fundamentos de la relación existente entre lógica y lenguaje (especialmente jurídico), y más especialmente, detiene su atención en la lógica deóntica o también denominada *logic of will* de Jeremy Bentham. Su objetivo es analizar los presupuestos y aplicación de esta parte del razonamiento utilitarista al pensamiento y aspectos de la lógica moderna.

Palabras Clave: *Lógica deóntica - lógica de la voluntad - derecho - enfoques - Bentham.*

Abstract: This paper analyzes the functions of legal logic as a specialty of this branch of philosophy. To do this, it studies in general the foundations of the existing relationship between logic and language (especially

legal), and more especially, it stops its attention in the deontic logic or also called *logic of will* by Jeremy Bentham. Its objective is to analyze the assumptions and application of this part of the utilitarian reasoning to the thinking and aspects of modern logic.

Keywords: *Deontic logic - logic of the will – right - approaches - Bentham.*

ABREVIATURAS Y METODOLOGÍA

De acuerdo con las referencias aceptadas, hemos elegido la versión y edición de John Bowring, (1838-1843). (Edinburgh: William Tait, 1838-1843). 11 vols. Library of Congress Catalog Number 62—1398, y que permite la citación en número arábigos y románicos. A lo largo del texto esta será la citación empleada dada la tradición de los estudios utilitarios respaldada y avalada hasta hoy por el Bentham Project de UCL, Londres.

IPML: *Introduction of Morals And Legislation.*

Works: *The Works of Jeremy Bentham*, o simplemente *Works*.

OLG: *On laws in General*

OLPB: *On limits of the Penal Branch.*

INTRODUCCIÓN

“Si así fuese, así pudo ser; si así fuese, así podría ser; pero como no es, no es. Eso es lógica”. Tweedlee, Through the looking-glass. Louis Carrol).

El presente trabajo analiza las relaciones existentes entre la lógica y razonamiento jurídico planteado por Jeremy Bentham, habida consideración de los fundamentos de la lógica general que es posible indicar y que nutran la comprensión y aplicación de los supuestos y aspectos diversos de la lógica

deóntica, necesarios para la aplicación del principio de utilidad.

Para ello divide su atención en dos secciones:

- (I) Estudia las funciones del lenguaje y la lógica, en un enfoque que busca comprender los fundamentos de su aplicación en el planteamiento utilitarista.
- (II) Analiza los enfoques sintácticos y semántico como cuestiones previas a una aproximación al estudio de la lógica deóntica planteada por Jeremy Bentham, basada en la lectura de dos textos centrales: **OLG** (Bentham, J. (1970). *Of Laws in General*. Ed. Hart in CW, Londres) y **BLPG** (Bentham, J. (1970). *On limits of penal brunch*. Ed. Hart in CW, Londres), centro nuclear de la teoría lógica del derecho establecida por el autor de **IMPL** (Bentham, J. (2012). *An Introduction to The Principles of Morals and Legislation*.

Published by Forgotten Books.
Originally published on 1907,
Lexington, KY. USA. Oxford.
Clarendon Press, London. Ed.
Henry Frowde. 377 páginas).

1. Los usos del lenguaje y su función en la lógica jurídica.

Un uso importante del lenguaje es comunicar información. Por lo común, esto se realiza mediante la formulación y la afirmación (o negación) de proposiciones. Del lenguaje usado para afirmar o negar proposiciones, o para presentar razonamientos, se dice que cumple una función informativa.

El discurso informativo es usado para describir el mundo y para razonar acerca de él. Ahora bien, la cuestión que importa para quienes se aproximan al estudio del fenómeno jurídico y sus horizontes, será pues, abarcativa del complejo de signos y símbolos que son las

palabras y que representan la realidad (Nino; 1988: 17). Si tales símbolos han sido producto de un razonar inadecuado –preliminarmente– su observador paciente podría estar en presencia de uno de muchos vicios de la racionalidad, tales como una falacia, o un silogismo improcedente. El adecuado uso del lenguaje y en especial del lenguaje informativo y directivo, es pues, uno de los aspectos tópicos³ de mayor relevancia de esta primera sección, relativa a las herramientas de la lógica y su conjugación y aplicación al Derecho.

Para exponer este contraste podemos referir, como de ordinario hacen los tratados de lógica que sea han considerado para esta investigación (Copi; 1990; Manson; 2006; Bentham; 1970; Montoro; 1986) se ha sostenido que, así como la ciencia nos ofrece

³ Ver: Vieweg, T. (1964). *Tópica y jurisprudencia*. ed. Taurus. Madrid. España. trad. Luis Diez-Picasso Ponce de León. 1964. versión original del alemán, *topik und jurisprudenz*. Munich. 143 páginas.

los ejemplos más claros del discurso informativo, la poesía nos suministra los mejores ejemplos del lenguaje que cumple con la función expresiva, será la “jurística”⁴ la ciencia que se encargue, mediante su despliegue, de dar los mejores ejemplos de lenguaje directivo. Igual función cumple la retórica de los juristas y el razonamiento de los jueces, apoyados todos ellos en diversos tipos de modelos de racionalidad, como veremos luego.

Puesto en contraste, esto puede ser analizado del siguiente modo: El propósito del poeta, como apuntamos antes, no es comunicar conocimientos, sino sentimientos y actitudes.

El verso no fue escrito para transmitir ninguna

⁴ El término jurística es empleado por Werner Goldschmidt para referir al análisis que es propio hacer dese la óptica de la Filosofía del Derecho en la comprensión de este como fenómeno socio-normo-dikelógico, esto es en una perspectiva trialista de entendimiento del mundo jurídico. Así distinguirá entre una jurística menor y una mayor. Hemos empleado en esta sección: Goldschmidt, W. (1987). *Introducción filosófica al Derecho*. Ed. Depalma 6ª. ed., 5ª. reimp., Bs. As.

información, sino para expresar ciertas emociones y para despertar en el lector sentimientos similares. El lenguaje tiene una función expresiva cuando se lo usa para dar expresión a sentimientos y emociones, o para comunicarlos.

El discurso expresivo, como tal, no es verdadero o falso. Pues, si alguien quiere aplicar solamente criterios de verdad o falsedad de corrección o incorrección a un discurso expresivo, tal como un poema, juzgará erróneamente y perderá mucho de su valor.

Por otro lado –ya lo hemos apuntado-, el lenguaje cumple también una función directa, cuando se lo usa con el propósito de originar (o impedir) una acción manifiesta. Los ejemplos más claros de este tipo de discursos son las órdenes, los mandatos y los pedidos.

Los conceptos de verdad o falsedad –en este sentido-, así como los concomitantes de corrección e incorrección de razonamientos, tienen mayor importancia en el estudio de la lógica que los otros, como la poética. Pero los criterios lógicos deben aplicarse solamente al discurso informativo⁵. Por lo tanto, se debe ser capaz de poder diferenciar el discurso que proporciona información del que no cumple esta función, además, debemos ser capaces de desentrañar la función informativa que cumple un pasaje determinado de cualquier otra función que pueda también desempeñar.

⁵ De forma simple, podremos señalar que, la preocupación por el discurso informativo por parte de la lógica consiste básicamente en las relaciones que se establecen al interior de éste. En pocas palabras, la razón de la lógica es esclarecer las relaciones internas que se producen dentro del discurso. Al estudiar las relaciones, la atención será entonces, no aquel discurso que trata de manifestar sentimientos (discurso poético), ni tampoco aquél que ordena, ya que este tipo de discurso atañe exclusivamente a un análisis lingüístico, estilístico o literario, debido principalmente a que este tipo de discurso se sustenta en los estados de ánimo de quien lo emite. Por su parte la lógica, trata de las “relaciones objetivas” que se producen al interior de un discurso. Por tal, la lógica estudia de sobremanera el discurso informativo, ya que este cumple con la objetividad y la racionalización de lo que dice dentro de un discurso (mensaje), de hecho, el discurso informativo se sustenta en esta cualidad, que es “decir” objetiva y racionalmente algo de “algo” o “alguien”.

Con todo, podemos decir, que el *objeto primario de la lógica es el estudio del discurso informativo*. Si bien ésta es una aseveración apresurada, al menos contextualiza la forma cómo la lógica comienza a esbozarse como una ciencia formal.

Cuando hablamos de “discurso informativo”, apelamos directamente a la comunicación verbal, principalmente a las funciones que ésta establece en la medida que se establecen las relaciones entre un emisor, un mensaje y un receptor. En los capítulos siguientes veremos las repercusiones que tiene en el desenvolvimiento de la llamada “lógica jurídica”⁶ esta afirmación y cómo sus efectos

⁶ Especialmente cuando referimos a esta expresión nos referimos ante todos a: Vieweg, T. (1964). *Tópica y jurisprudencia*. ed. Taurus. Madrid. España. trad. Luis Díez-Picazo Ponce de León. 1964. versión original del alemán, *Topik und jurisprudenz*. Munich. 143, páginas. Perelman, Ch. (1976). *La lógica jurídica y la nueva retórica*. Ed. Civitas s.a. Madrid, España. 1ª ed. 1979. trad. edición original de la obra

pueden sentirse en cada uno de los diversos modelos de racionalidad en el Derecho⁷.

Sin dudas, toda comunicación posee un orden interno que la hace ser lo que es, y a la vez que sea comprensible para quien escucha.

Precisamente, son estas relaciones las importantes para el lógico, relaciones que no están dadas dentro de un contexto fáctico (escrito), sino más bien formal. (ABSTRACTO).

Por tal, las relaciones que se van a establecer dentro de un discurso informativo serán en

publicada bajo el título *Logique Juridique. nouvelle rhétorique*. París, Francia; y Klug, U. (1990). *Lógica jurídica*. ed. Temis. Bogotá, Colombia. 1990. Título del original en alemán. *justitiche logik*. trad. J. C Cardella.

⁷Sobre esta comprensión acerca de los modelos de la racionalidad hemos considerado la recapitulación presente en: Gascón Abellán, M & García Figueroa, A. (2005). *La argumentación en el derecho*. ed. palestra. 2ª ed. corregida. Lima, Perú. 2005. 439. Páginas. Especial relevancia tienen las ideas de Carrillo de la Rosa, Y. (2009). *Teorías de la argumentación y del razonamiento jurídico: lugar y límites de la razón práctica en la fundamentación de las decisiones judiciales*. Ed. Doctrina y Ley Ltda. Medellín, Colombia. 2009. 311 págs.

cuanto a las relaciones que se puedan establecer entre las informaciones que se manejan, es decir, la forma cómo se dice, qué se dice (en cuanto idea solamente) y para qué se dice. En otras palabras, hablamos de la forma cómo se razona a partir del discurso informativo.

De acuerdo a esto último, podemos definir a la lógica como el estudio de los métodos y principios usados para distinguir el razonamiento correcto del incorrecto dentro de un discurso informativo.

Ahora bien, al lógico, si lo que intenta es establecer un razonamiento correcto o incorrecto, se debe basar en enunciados o proposiciones que apoyen la conclusión del mencionado razonamiento, es decir, la conclusión funcional y coherente del razonamiento. Es así, que el problema a resolver por la lógica es saber si la conclusión

a que se ha llegado deriva de las proposiciones usadas o afirmadas, o no. Su consecuencia formal de la serie de razones esgrimidos bajo la forma de un entinema⁸.

Este proceso se conoce con el nombre de inferencia, es decir, el proceso en el cual se llega a una proposición y se la afirma sobre la base de otra u otras proposiciones aceptadas como puntos de partida del proceso.

Al lógico por tal, le interesan las proposiciones que constituyen los puntos iniciales y terminales de los razonamientos.

Pero, ¿Qué es una proposición? Inicialmente podemos decir que es un juicio verbal (Copi; 1999: 5), pero uno tal que se encuentra entre

⁸ Un entinema es, en términos sencillos: En razonamiento corresponde a un tipo de silogismo en que se ha omitido unas de sus premisas o su conclusión, por considerarlas implícitas al enunciado u obvias. Ejemplo: *Sócrates es hombre/ Sócrates es mortal*. Veremos con mayor precisión cuando tratemos de los silogismos.

el análisis psicológico y el gramatical. Es un juicio intermedio, que viene a mediar entre lo que se enuncia y la idea que se contiene dentro de lo que se enuncia. Es precisamente esta última idea la que configura el término de proposición.

Por tal, se acostumbra a utilizar el término proposición para designar el significado de una oración declarativa, es decir, la idea de lo que expresa a partir de la comunicación. A su vez, sólo y exclusivamente las proposiciones son verdaderas o falsas, por tal, el criterio de verdad o falsedad de un razonamiento recae exclusivamente en las proposiciones que contiene, pero no en el razonamiento.

Por ello que es importante para el lógico utilizar proposiciones, más que las oraciones que las formulan, ya que a partir de ellas se puede desligar el criterio de verdad o falsedad de una premisa. Pero una determinada

proposición es también algo más que un juicio que nos permite categorizar un objeto, un concepto o una actitud determinada.

Con todo esto, podemos decir, que el razonamiento aquí es lo más importante y fundamental para el lógico. Es por ello por lo que para cada inferencia posible hay un razonamiento correspondiente y son éstos los que caen dentro del ámbito lógico.

Es así como un razonamiento es cualquier grupo de proposiciones, tal que una proposición se la afirma, la cual derivará de las otras, las cuales (las otras) son consideradas como evidencias de la verdad de la primera (Copi; 1999: 17).

En otras palabras, dado un conjunto de proposiciones, dentro de las cuales, una es la afirmada, y ésta es –a su vez- derivada de las restantes (por orden lógico), las cuales, a su

vez, confirman la verdad de ésta. Por ejemplo:

Demos por afirmativa la siguiente proposición: de noche “Todos los gatos son negros”.

Sin dudas que esto no es todavía un razonamiento, pero al haber afirmado esta proposición, me veo en la obligación de elaborar una relación lógica para comprobar dicha afirmación. De modo tal que, puedo argumentar lógicamente:

A Los gatos son animales asociados a lo maligno.

B Los animales asociados a lo maligno son negros.

Una vez realizada estas proposiciones, ellas deberán comprobar la verdad de la primera, y a la vez, ellas deberán derivar a nuestra proposición afirmada, veámoslo:

A Todos gatos son animales asociados a lo maligno.

B Todos animales asociados a lo maligno son negros.

Por lo tanto: Todos gatos son negros

Como podemos apreciar, nuestra primera proposición (la que afirmamos) es derivada de las restantes proposiciones, y a la vez éstas, comprueban la verdad de primera proposición.

Un razonamiento posee una estructura interna, al igual que una proposición: el razonamiento se divide en premisa y conclusión; mientras que la proposición en sujeto y predicado.

La conclusión de un razonamiento es la proposición que se afirma sobre la base de las otras proposiciones del mismo tenor. A su vez, las proposiciones de las que se afirma que

ofrecen la razón o las razones para aceptar la conclusión, son las premisas del razonamiento.

Por otro lado, los razonamientos se dividen en deductivos e inductivos. Solamente los razonamientos deductivos pretenden de sus premisas que ofrezcan evidencias claras o concluyentes. En este caso, en este tipo de razonamiento, se usan los términos de válido e inválido.

La verdad o falsedad de una conclusión no determina la validez o invalidez de un razonamiento. Tampoco la validez de un razonamiento garantiza la verdad de una conclusión.

El lógico no se interesa (como las ciencias) por la verdad o falsedad de las proposiciones como por las relaciones lógicas que existen entre ellas, donde por relaciones lógicas entre

proposiciones entenderemos aquéllos que determinan la corrección o incorrección de los razonamientos en los cuales aparecen.

Ahora bien, de un razonamiento podemos decir que es válido o inválido, pero nunca podemos decir que es verdadero o falso. Sólo de las proposiciones que componen este razonamiento, cada una por separado, podemos señalar si son o no verdaderas, pero nunca de un razonamiento (Copi; 1999: 15).

Según lo anterior, podemos decir que a la lógica le concierne la determinación de la validez o invalidez de los razonamientos, es decir, el objeto de la lógica es el razonamiento como resultado; es por ello que podemos señalar que la lógica es la teoría de la forma del razonamiento correcto (Copi; 1999: 4), en palabras de Aristóteles, *'el estudio del razonamiento correcto'*.

2. La teoría jurídica y la lógica.

Sabemos por referencias de Quintiliano que la vinculación de la lógica con el trabajo de los juristas tiene variados antecedentes, pues “toda cuestión de derecho ¿no se funda en la propiedad de las palabras, o en la competencia de la justicia, o en la conjetura de la voluntad? Parte de lo cual tiene relación con la lógica y parte con la filosofía moral” (Quintiliano; 1944: 2). De este modo, y desde un punto de vista tradicional, el enfoque lógico se encuadra internamente con la conjetura de la voluntad que ha caracterizado por larga data al pensamiento jurídico y ante todo a la teoría jurídica europea, de la cual somos recipiendarios

Pero las relaciones entre la teoría del derecho y la lógica son aún todavía más profundas.

Dentro de toda argumentación jurídica hay pues consideraciones de hecho y de derecho. Sobre las primeras apunta Twinning, esto es, sobre aquellas que se refieren las reglas existentes sobre la evidencia, Bentham habría atacado prácticamente a todas ellas, su monumental obra “Rationale of judicial evidence” Bentham “aún dudó que fuese posible someter a ponderación de la evidencia el imperio de las reglas” (Twining; 1983: 68), con lo que se evidencia la enorme atención que el autor del *Panóptico* habría dado a las consideraciones de la lógica y la regla de la evidencia.

Esto nos lleva a establecer el modo en que la lógica es comprendida y definida luego o más precisamente esta parte especial que denominamos lógica jurídica, en general, y más estrictamente, en el pensamiento utilitarista de Bentham.

En términos generales, la lógica jurídica, constituye una comprensión o ciencia de carácter “logoide, no racional, sino razonable”, de modo tal que “la estructura logoide de los procedimientos empleados en el derecho proviene de la influencia de funciones intensivas, peculiares del dominio jurídico. En especial, la negación que toma en material jurídico, la forma logoide de prohibición de ‘no es’ a ‘no debe llegar a ser’. Del mismo modo es como se afirma de ordinario que, en la lógica jurídica, “la afirmación lógica se refuerza en derecho, por el ordenamiento (mandato), de ‘es’ y ‘tiene que llegar a ser’ (García; 1958: 11).

Desde otro punto de vista, autores como Lulio, Russell o Isidoro de Sevilla se han referido a la relevancia del descubrimiento de la verdad y de la fundamentación del pensamiento jurídico aplicado,

comprendiendo con ello que la lógica y particularmente la lógica formal, es el instrumento que mejor presta sus supuestos para la consecución de este objetivo de veracidad.

Así pues, se sostendrá que la lógica formal, es “el modo de hablar verdadero” (Lulio; 1873), o se le indicará como aquel que “separa lo verdadero de lo falso” (Isidoro; 1953: 17), y su objeto sería entonces estudiar diversos tipos de deducción (Russell; 1937: 10), constituyéndose así “como fundamentos de todo raciocinio”, como expresará Cicerón (Cicerón; 1964: 24).

Pero más importante aún, la lógica formal “es necesaria para todo aquel que no quiera limitarse a meras opiniones en la formación de sus juicios y creencias” (Alfarabi; 1982: 19).

Esta necesidad – apunta Rescher- habría sido ya expresada por Averroes, quien precisó que la lógica se requiere “no sólo para la filosofía, sino también para las matemáticas y la medicina, y aún para jurisprudencia y la misma teología” (Rescher; 1964:61).

La misma necesidad es la que ha llevado dentro del ámbito de los estudios jurídicos, al establecimiento de una lógica jurídica, la cual “sería el resultado de aplicar la lógica general a las modalidades particulares que reviste el razonamiento de los juristas” (García San Miguel; 1963: 21). Se trataría, entonces, de “una lógica aplicada a la ciencia, que en nuestro caso es la ciencia jurídica” (Bielsa), o más precisamente, una lógica de las normas, o deóntica, a la que pertenece la lógica del Derecho.

Los antecedentes de esta comprensión de la lógica podemos encontrarlo en el pensamiento de Leibniz quien, habría sido el primero en aplicar la lógica matemática a la resolución de problemas jurídicos (Guzmán; 1977: 83), (Hart; 2001: 112), y más precisamente, quien formula el “primer intento de aplicar el cálculo a los problemas jurídicos o morales (o, en general, deónticos)”(Sanchez-Mazas; 1973: 31), quien formulará luego los principios de ‘Nada imposible es debido’ y ‘Todo lo necesario es lícito’ (Leibniz; 1948: 605), pero particularmente interesante resulta su atención sobre las así denominadas ‘modalidades jurídicas’, respecto de las cuales llegaría a indicar que “así como se relacionan entre sí lo necesario, lo que posiblemente no es, lo posible y lo imposible, así se conectan lo debido, lo no-debido, lo lícito y lo ilícito” (Leibniz; 1948: 606).

Previamente, Samuel Von Pufendorf había concebido como contrarias a las categorías de lo obligatorio y lo prohibido, en tanto que “las acciones que no han sido ordenadas ni prohibidas por la ley, serían indiferentes (Pufendorf; 1931: 16)⁹.

En el mismo sentido, y siguiendo esta línea de fundamentación previa, es posible afirmar que Kant estudia, como ‘categorías de modalidad’ a los conceptos de lo lícito y lo ilícito, de deber y lo contrario al deber (Kant; 1968)¹⁰, en su conocida obra la crítica del juicio.

Del mismo modo, los términos modales “obligar, deber y prometer” estarían relacionados por su uso con los términos

“creer, conocer y comprender”, lo cual permitiría inferir que de las expresiones “Debo un caballo” y Debo Algo, de infieren lógicamente los términos: “Un caballo es debido por mí” y “algo es debido por mí”, como expresa Buridán (Buridan; 1966: 126-127)¹¹.

La lógica deóntica, así planteada sería pues, de carácter modal. Lo que implica considerar que la expresión ‘obligatorio’ no sería una constante propia de la lógica, a diferencia de la proposición ‘necesaria’ que es característica de la lógica modal alética, y que fue incluida dentro de los ‘sincategorómicos’ por Pedro Hispano. Por su parte, una expresión como ‘cree’ - utilizada en la lógica de los enunciados de

⁹ Pufendorf. S. (1931). *The elements of universal jurisprudence*. Ed. Clarendon Press, Oxford. I. Def. 16.

¹⁰ Kant. I. (1968). *Crítica de la razón práctica*. Segunda edición. Vol. I, 1,2.

¹¹ Buridan, J. (1966). *Sophisms on meaning and truth*. Appleton, Century-Crofts, Nueva York.

creencia, sería parte de una teoría de la modalidad. (Rescher;1966)¹²

Existen pues en lógica deóntica, y algunas de sus interpretaciones más comunes son los siguientes (donde 'p' representa una oración):

Op: 'Es obligatorio que p',
'es indispensable que p',
'es exigible que p', 'es imperativo que p', 'es imprescindible que p',
'debe ser el caso que p',
'es forzoso que p', 'es necesario que p', etc.

Pp: 'Está permitido que p',
'es lícito que p', 'es permisible que p', 'está autorizado que p', 'se vale

que p', 'es válido que p',
'es justo que p', 'es correcto que p', 'puede ser que p', 'es posible que p',
etc.

Vp: 'Está vedado que p',
'está prohibido que p', 'es ilícito que p', 'es indebido que p', 'es injusto que p',
'es inválido que p', 'es incorrecto que p', 'es imposible que p', etc.

Ip: 'Es indiferente que p',
'es indistinto que p', 'es adiáforo que p', 'es facultativo que p', 'da lo mismo que p', 'da igual que p', etc.

En los precitados esquemas gramaticales la expresión 'que p' es sustituible por una oración en subjuntivo precedida por un

¹² Rescher, N. (1966). *The logic of commands*. Ed. Routledge & Keagan Paul. Londres.

‘que’, la cual, desde el punto de vista semántico, puede considerarse como el nombre de una *situación* o de una *proposición*. Así, en la oración:

“Es ilícito matar a mi perro”.

La expresión ‘que los dueños de un perro lo maten’, puede considerarse como el nombre de una situación o de una proposición. Esto da lugar, respectivamente, a versiones extensionales o intencionales.

$$Op \equiv \sim P \sim p$$

$$\sim Op \equiv P \sim p$$

$$O \sim p \equiv \sim Pp$$

El ámbito de aplicación pues de la lógica deóntica, serán pues, fundamentalmente,

Por otra parte, lo que haría verdaderas o falsas a oraciones como la anterior se supone serían hechos jurídicos o morales (en este caso, el hecho de la ilicitud de que los padres torturen a sus hijos) correlacionados con tales proposiciones o situaciones.

A su vez, existen equivalencias deónticas para expresar la interpretación que se efectúa con los operadores ya referidos, así:

$$\sim O \sim p \equiv Pp$$

$$Vp \equiv \sim Pp$$

$$Ip \equiv (Pp \ \& \ P \sim p)$$

los discursos argumentativos de tipo moral, ético y jurídico, debido a que son

discursos de índole normativa. Más en general, la lógica deóntica es aplicable a *cualquier* discurso de tipo argumentativo donde figuren operadores deónticos en sus interpretaciones ético y/o jurídica.

Sobre ese aspecto, conviene recordar que par de términos ‘obligatorio’/ ‘prohibido’

se relaciona lógicamente con pares de términos como ‘laudable’/ ‘censurable’, ‘loable’/ ‘vituperable’, ‘bueno’/ ‘malo’, ‘virtuoso’/ ‘vicioso’, etc., los cuales tienen como aquellos, connotaciones morales o jurídicas, que puede expresarse así:

Moral y derecho	Relación	Acción	omisión
		<i>P</i>	<i>~p</i>
<i>Op</i>	$\supset \not\equiv$	bueno	Malo
<i>Vp</i>	$\supset \not\equiv$	censurable	Laudable
<i>Ip</i>	—	—	—

En consecuencia, estaría justificado, para referirnos a términos doxásticos como para términos deónticos, el empleo de criterios que determinan su uso con constantes lógica,

dando origen así a nuevas formas deductivas, comprendiendo así el empleo de lógicas especiales, como la lógica jurídica.

2.1.- Enfoques sintáctico y semántico de la lógica normativa.

Los estudios de lógica normativa, puede diferenciarse conforme al planteamiento de

Con respecto al primero de ellos, Alchourrón y Martino, publican un reputado artículo titulado “Logic without truth” (Alchourron y Martino; 1990: 46)¹³, en el que se vinculan con el enfoque referido, y entregan elementos para sostener su apreciación, precisamente, pues , con el enfoque abstracto no se intentaría caracterizar “la noción de consecuencia por medio de esquemas de definición”, ya que, “la noción de consecuencia se toma como término primitivo (no definido) sujeto a varios axiomas de identificación de propiedades” (Alchourron y Martino; 1990: 36), pero esta definición se efectúa siempre desde un enfoque sintáctico, usado como primitivo.

¹³ Alchourron, E y Martino. C. (1990). *Logic without truth*. En Ratio iuris N° 3.

dos enfoques generales, a saber: Enfoque sintáctico y un enfoque semántico.

Notorio es también su adscripción a este enfoque, en virtud de la determinación del uso de ‘conectivas’ y ‘operadores’, que se lleva acabo, mediante “reglas de naturaleza sintáctica” (Alchourron y Martino; 1990: 60).

Es más, en otro estudio titulado “Concepciones de la lógica”, Alchourrón expresaría con respecto a las concepciones de la lógica que, “en lo que hace a la especificación del significado de los signos lógicos e indirectamente a la identificación de cada lógica particular, el enfoque abstracto comparte los signos típicos del enfoque sintáctico” (Alchourron; 1995).

Al respecto, coincidimos con la visión que los presenta como una propuesta de carácter sintáctico, pues “como enfoque metalingüístico se limita a considerar los signos o expresiones de un lenguaje y las relaciones que presentan entre sí sintácticamente” (Manson; 2006; 140).

Y esto es así, si consideramos que el propio Tarski, “asume una visión puramente sintáctica” sobre la relación de consecuencia, conforme con “el enfoque sintáctico de la relación de consecuencia que prevalecía entonces. (Etchemendy; 1988: 52).

Pero conviene recordar que, a modo de crítica a esta comprensión y en su estudio titulado “lógica deóntica”, Eugenio Bulygin se analiza a la propuesta de Alchourrón y Martino, desarrollada en su artículo “Logic without truth” (Alchourron y Martino; 1990: 46) en virtud de la cual, ambos autores

habrían buscado definir la noción de consecuencia lógica sobre la base del concepto abstracto de consecuencia (caracterizado por Tarski), que se usa como concepto primitivo y que no es ni sintáctico, ni semántico. Las conectivas proposicionales se definen luego a la manera de Gentzen mediante reglas de introducción y eliminación” (Buligyn; 1995: 140).

Esta particular apreciación efectuada por Bulygin, no resultaría, pues exacta, el concepto abstracto de consecuencia “no es ni sintáctico, ni semántico” (Manson; 2006: 141).

En efecto, puede argumentarse -a mayor abundamiento- que “los axiomas mediante los cuales Tarski axiomatizó entonces la noción de consecuencia, capturan sólo las propiedades más generales del concepto de prueba” (Pogorzelski y Surna; 1956: 99),

constituyéndose de este modo, como un enfoque de carácter sintáctico. Ambos autores analizan esta consideración tomando como base la publicación de Tarski titulada “Logic, semantics, mathematics”.

En realidad, y en cuanto a este enfoque, pensamos que Tarski, sobre todo con la publicación de su texto “On some fundamental concepts of mathematics” (Tarski; 1990) se habría propuesto caracterizar “por medio de una serie de axiomas, los conceptos de sentencia y consecuencia, y en este sentido, el concepto de consecuencia sería de carácter sintáctico. De este modo, como el propio Tarski expresaría, “las consecuencias pueden ser obtenidas mediante ciertas operaciones llamadas reglas de inferencia” (Tarski; 1990: 30).

Ahora bien, es efectivo que Alchourrón y Martino, se refieren a expresiones al “significado de las conectivas y operadores determinado por las reglas de uso en un contexto de consecuencia” (Alchourrón y Martino; 1990: 59), pero este significado sería meramente sintáctico.

Profundizando sobre este enfoque, Alchourrón expresará que, con él, “se prescinde completamente del significado (en el sentido de correlación entre lenguaje y realidad”, más no niega “la creación o identificación de una lógica que se muestra como una empresa tan libre, arbitraria y convencional como el de la creación e identificación de un juego” (Alchourrón y Martino; 1990: 24).

Ahora bien, con respecto a la lógica normativa, Alchourrón nos dirá que “la forma en que a diario entendemos las

expresiones normativas indica que confiamos que entre ellas hay relaciones lógicas” (Alchourron y Martino; 1990: 35), de este modo, “si de un enunciado normativo cuantificado universalmente como lo son las leyes generales promulgadas por el legislador) no se pudiera concluir definitivamente la totalidad de los enunciados normativos que refieren el contenido de la ley general a cada uno de los súbditos”, entonces “ningún súbdito tendría su conducta regulada por las leyes generales y éstas se convertirían en meros juguetes vistosos sin la significatividad normativa con que incuestionablemente son entendidas en la vida social” (Alchourron y Martino; 1990: 36).

Pero, un enfoque como éste, permitiría pensar también las leyes serían también “meros juguetes vistosos sin la significatividad normativa ya referida, si se

excluyese la posibilidad de su interpretación y atribución de significados no-sintácticos contenidos en sus expresiones, sean éstas lógicas o no-lógicas. Lo que nos permite dar paso a una visión global sobre el enfoque semántico y a los principios aplicables para determinar el significado de las expresiones normativas.

Al respecto Manson, ha sostenido que “entre los principios aplicables para determinar el significado de las expresiones normativas podrían citarse:

P1. Las fórmulas lógicamente equivalentes de la lógica proposicional son intercambiables dentro de los ámbitos de operadores normativos (Manson; 2006: 143).

P2. Una fórmula formada anteponiendo el operador de las

normas imperativas a una conjunción de la lógica proposicional es intercambiable con la conjunción de las normas formadas anteponiendo ese operador a los miembros e dicha sentencia de la lógica proposicional” (Manson; 2006: 143).

De acuerdo a los anterior, P1 serviría para justificar la Regla:

R1. Si una equivalencia del cálculo proposicional es teorema, entonces es teorema la equivalencia compuesta por las expresiones normativas formadas anteponiendo el operador de las normas imperativas a los miembros de aquellas, lo que implica que p2, a su vez, justifica su axioma como:

A1. Debe ser (p y q) sí y sólo sí (debe ser p y Debe ser q)

Lo que demostraría que A1 y R1 son demostrables sintácticamente. Como modelo alternativo de prueba de teoremas. (Manson: 2006: 144).

Ahora bien, el enfoque semántico, fue impulsado dentro de los estudios de lógica jurídica con la publicación en 1951 del texto “Deontic logic”, de George von Right (von Right; 1951: 1-15), sería posible y reformulable -mediante la utilización de criterios semánticos-, mediante correspondencias biunívocas, la lógica deóntica, en una lógica normativa”, en la cual los valores veritativos (‘verdad y ‘falsedad’), asignados a fórmulas deónticas, se asignarían ‘validez’ e ‘invalidéz’ a las normativas¹⁴.

¹⁴ Para Manson esta ‘validez’ se distinguiría sin lugar a dudas, del concepto usual de ‘vigencia’, que admite que ni la normas que ordena A ni su negación estén vigentes en un ordenamiento jurídico dado, o bien, que ambas estén vigentes, o finalmente, que

Pero profundizó von Wright en torno a este enfoque, llegando a distinguir entre interpretaciones descriptivas y prescriptivas. De acuerdo con este enfoque entonces, “todas las expresiones del lenguaje deóntico, y en particular todas las leyes de la lógica deóntica, eran susceptibles de la doble interpretación: La descriptiva y la prescriptiva”, ya referidas. (Alchourron; 1981: 121).

Finalmente, diremos que este enfoque, que permite comprender la existencia de una lógica normativa es importante para la fundamentación de una lógica deóntica concebida como lógica de enunciados sobre normas, así por ejemplo:

$$P!(p \vee q) \equiv (P!p \vee P!q)$$

tanto lo que ordena A como la que ordena no-A, lo estén, pero resultaría equiparable con la ‘vigencia ideal’ y también con la ‘validez intrínseca’. Ver: (Manson; 2006: 146).

En donde, \equiv , es *sí y sólo sí* y $P!$ Sería un símbolo del operador normativo ‘Permítase’.

Pues bien, de acuerdo con la lógica normativa, la expresión ‘Debe ser p y debe ser no-p’ es un esquema de fórmulas que con contradicciones normativas. Por el contrario, tanto su negación (No es el caso que (debe ser p y debe ser no-p)), como ‘Si debe ser p, entonces no es el caso que debe ser no-p’ y ‘Si debe ser p, entonces permítase p’ que son obtenidas por transformaciones lógicas, “son esquemas que son tautologías normativas” (Manson; 2006: 150).

Del mismo modo, ‘obligatorio p y obligatorio no-p’ es un esquema de contradicciones deónticas, y ‘Si es obligatorio p, entonces está permitido p’, por el contrario, es un esquema de tautologías deónticas.

Con estas expresiones, von Wright se habría inclinado pues -haciendo uso de su enfoque semántico- por “rechazar un uso del lenguaje según el cual uno y el mismo ato pudiera verdaderamente ser llamado obligatorio y prohibido a la vez”, y sería la razón principal de la incorporación del principio según el cual: ‘Si un acto es obligatorio, entonces está permitido’ (von Wright; 1951: 66).

3. Aproximación: Bentham y la lógica deóntica.

Una aproximación al desarrollo de la comprensión del utilitarismo de Bentham sobre la lógica deóntica supone varios desafíos: En primer lugar, comprender el lugar trascendental que los principios de la lógica deóntica, y su implementación, significan para la construcción del sistema filosófico planteado por Bentham, para la

verificación de las consecuencias del principio que envuelve a todo otro, y según el cual, se busca la mayor felicidad para el mayor número. En segundo, lugar, permite comprender la manera en el pensamiento de Bentham, evolución, desde una primera aproximación filosófico-política y general sobre el gobierno de las leyes, la coherencia y los límites del poder, y se desplaza -claramente- hacia un enfoque mucho más estricto, y orientado a disolver los vicios en que buena parte del razonamiento de los juristas ingleses, había caído hasta la época.

Nuestra propuesta en este sentido busca comprender los fundamentos de la lógica deóntica planteados por el autor, como una sección especial de la lógica, y la manera (en nuestra hipótesis interna) en que este planteamiento permite identificarlo como adscrito al enfoque normativo de la lógica deóntica, según hemos ya planteado. Aunque

si bien, debe considerarse que la complejidad del método de la paráfrasis podría indicarnos que en ocasiones toma elementos del enfoque sintáctico para analizar, por ejemplo, los sofismas políticos y las falacias.

Ahora bien, el utilitarismo plantea variados y muy amplios desafíos de cara a la construcción de un sistema completo sobre el arte de la legislación, lo cual supone una comprensión cabal de una particular filosofía del lenguaje y de la manera en que es posible superar los problemas inherentes a su uso y significación. Esta tercera sección, apunta ante todo a comprender la forma en que se estructura la comprensión de la lógica en el autor de la *Introduction to the Principles of Moral and Legislation*, en adelante **IMPL**.

Pues bien, en la sección previa hemos considerado a la Lógica Deóntica como una

rama de la lógica que se ocupa de los conceptos normativos tales como: ‘obligatorio’, ‘prohibido’, ‘permitido’ o ‘facultativo’. Expresiones todas presentes en los diversos sistemas normativos y propios de los sistemas de razonamiento.

Sus primeras instancias de desarrollo son tributarias directas de las ideas de Leibniz, como hemos referido, quien consideró a la analogía entre los conceptos modales (necesario, imposible, posible y contingente) y los conceptos deónticos.

Por su parte, Jeremy Bentham se refiere a esta rama – según hemos visto- como *logic od imperation o logic of Will*, y la considera como “una rama particular de la lógica, nunca tratada por Aristóteles”¹⁵ (Hart; 2001: 112).

¹⁵ Cfr. OLG, 15-16 y OLPB, 21, 22.

El planteamiento siguiente se referirá a dos aspectos del pensamiento de Bentham respecto a la lógica deóntica a saber: 1.- La interpretación de la lógica deóntica, y 2. La comprensión de las leyes en general como objeto de análisis lógico deóntico.

1.- Sobre la interpretación de la lógica deóntica.

Para Bentham, la idea de leyes singulares tendría dos características centrales: la primera sería el acto (humano) y la segunda, el aspecto (forma). Los actos son objeto de las leyes, mientras que los aspectos serían diversas actitudes o voliciones que adoptaría el legislador con relación a los actos. De modo tal que, los aspectos de las leyes operarían sobre los actos en tanto en cuanto que, operadores deónticos, pues

aplicarían a clases acciones en la lógica normativa planteada por Bentham¹⁶ (Moreso; 2013: 233).

Ahora bien, dentro de los aspectos es posible distinguir¹⁷:

- Aspectos directivos (decididos) y no-directivos (indecisos o neutrales); y
- Aspectos Afirmativos o Negativos

Así las cosas, un aspecto directivo y afirmativo en relación a un tipo de Acción A, consistiría en un Mandato, mientras que un aspecto directivo y negativos con respecto a una acción A, expresaría una prohibición; un aspecto no-directivo y negativo equivaldría a un no-mandato; y un

¹⁶ Cfr. OLG, 94 y OLPB, 251.

¹⁷ Cfr. OLG 95, OLBP, 272.

aspecto no-directivo y afirmativo constituiría una permisión (una no prohibición. (Moreso: 2013: 233).

De este modo, pueden expresarse ejemplos de formalización para los casos dados como:

- 'Every householder shall carry arms', que sería un ejemplo de *mandato*.
- 'No householder shall carry arms, que sería un ejemplo de *prohibición*.
- 'Any householder may forbear to carry arms', que sería un ejemplo de no-mandato.
- 'Any householder may carry arms', que sería, finalmente, un ejemplo de permisión.

Según Moreso, es posible presentar los operadores deónticos con la expresión O para obligatorio, F para 'prohibido', y P para 'permitido'. Y si aceptamos la posibilidad de negar los operadores, podemos obtener las siguientes definiciones:

$$I: P(A) = \neg O \neg(A)$$

$$II: P(AA) = \neg F(A)$$

Para Von Wright, si añadimos estas definiciones, el siguiente axioma:

$$O(A) \rightarrow \neg F(A)$$

Con lo que obtenemos el núcleo del sistema de la lógica clásica, o también denominada por von Wright como la Ley de Bentham (von Wright; 1981: 5).

Pero Bentham también consideró entre los mandatos, los no-mandatos y las prohibiciones, así como las permisiones, que “subsiste un tipo de relación tal que algunos de ellos son necesariamente excluyentes y repugnantes, mientras que otros son necesariamente concomitantes”¹⁸.

Al respecto, Moreso ha apuntado que Bentham no considera adecuadamente las analogías entre las relaciones modales y deónticas, pero habría comprendido las semejanzas existentes entre las operaciones de conversión de proposiciones de la lógica tradicional¹⁹ y las posibilidades de relaciones entre los operadores deónticos (Moreso: 2013; 232).

De hecho, el propio Bentham reduciría el diagrama del cuadrado de oposición propio

¹⁸ Cfr. OLG, 97 y OLBP, 254.

¹⁹ Cfr. OLG, 96 y OLBP, 253.

de la lógica aristotélica, para establecer relaciones entre oraciones universales afirmativas (A, Todo S es O), oraciones Universales Negativas (E, ningún S es P).

Con lo que se demuestra el presupuesto que hemos indicado, en orden a la adscripción de Bentham por un enfoque sintáctico, aunque sólo parcialmente.

2. La comprensión de las leyes en general como objeto de análisis lógico deóntico.

Ziamba, ha sostenido que “la lógica deóntica en sentido estricto comprende los sistemas deductivos con fórmulas en las cuales las siguientes constantes: ‘es obligatorio’, ‘es debido’, ‘está prohibido’, ‘está permitido’ (Ziamba; 1976).

Las constantes referidas, son pues parte del trabajo integrante de la filosofía de Bentham

para el establecimiento de una base racional para el cálculo y aplicación del principio de utilidad, el cual se inicia con la tardía publicación de su obra **IPML**, en el año de 1789.

A partir de este momento, Bentham inaugura una forma crítica y analítica de plantear los análisis sobre el lenguaje directivo, y la formulación de las leyes, y es el tiempo en que aparecen algunas preguntas sobre las explicaciones dadas por Bentham en torno a la formulación de su texto posterior sus *On Laws in General*, en adelante, **OLG**.

La pregunta principal efectuada en **IMPL** abordó la naturaleza de la distinción familiar entre la rama civil y penal de la jurisprudencia, y entre un código civil de derecho y un código penal. En un comienzo Bentham pensó en la delimitación, o como lo expresara a Lord Ashburton, en "la línea de

separación entre estos objetos" (es decir, entre las leyes penales y civiles) en virtud de la cual sería posible "rastrear hasta el compás de una o dos páginas"²⁰, aunque pronto se daría cuenta de que esto sería un error (Hart; 2001: 106), pues los propios avances en materia de lógica abordados con la publicación de sus **OLG**, le llevarían a intensificar una búsqueda que profundizara en la naturaleza y necesidad de distinguir adecuadamente las materias y competencias de cada cuerpo de leyes, atendiendo los problemas que previamente habría identificado, tales como la mistificación y jergarización, de que habrían adolecido, tanto las prácticas legislativas como la aplicación de la ley por jueces y abogados en el sistema del Comon Law.

Esta misma manera de enfrentar la aplicación de un modelo basado en el

²⁰ Cfr. OLG, 305.

principio de utilidad, llevaría más adelante que Bentham, se valiera de elementos deónticos para analizar y fundamental, ya no sólo la distinción entre derecho civil y derecho penal, (permisos y prohibiciones), sino la estructura misma de las normas, en tanto que mandatos con *commands*, *prohibiciones* y *permisos*. En esta materia, entonces, podría decirse que Bentham hace uso de un enfoque semántico, pues estudia con atención las distinciones entre 'prohibiciones', 'permisos' y 'órdenes', estableciendo para ello un uso de preceptos y principios tributarios a la utilidad.

En este sentido, resulta muy clara la advertencia de Hart, en cuanto debe explicarse que para Bentham 'penal' es un término mucho más amplio que 'criminal'; ya que abarca todos los casos en que la ley impone obligaciones o deberes y establece sanciones para ellos; incluye, por lo tanto, no

solo los delitos, sino lo que ahora se reconoce como delitos civiles o faltas civiles, como, por ejemplo, delitos, incumplimiento de contrato, incumplimiento de confianza (Hart; 2001: 106).

Estas distinciones, que nos plantean el escenario fundamental de **OLG**, estarían presenten ya previamente en su **IPML**, ante todo considerando lo expresado en su capítulo XVI, sobre la división de las ofensas.

Hemos dicho, anteriormente, que Bentham denomina a la lógica deóntica como *logic of will*²¹ o *logic of imperation*. La idea de la ley, en este entendimiento, como una expresión de la voluntad del legislador es la propuesta con que Bentham describe su idea inicial y decide ponerla al servicio de un patrón de análisis que a primera vista

²¹ Cfr. OLG 15; PML 29; CW 299.

resultaría familiar a la idea de un *familiar command* derivada de la visión de la jurisprudencia de Austin, pero en realidad, Bentham la definición de Bentham incluyó la idea de *command*, pero no puede identificarse con ella (Hart; 2001: 111).

Ahora bien, una exposición crítica de la lógica de la voluntad de Bentham y de su relato de lo que él denomina los “términos de la voluntad” y su expresión en “mandatos” incluiría muchas tecnicidades, pero creo que sus características principales son bastante comprensibles. De esta manera, y si empezamos con la idea de *comand*, tomando, por simplicidad, un ejemplo de un comando simple dirigido a un individuo para hacer un solo acto, como “cerrar la puerta”, que puede formarse a partir de esto, usando solo la idea De un acto negativo, es decir, no hacer o impedir un acto específico, la idea de

prohibición, será en este caso “no cerrar la puerta”.

De modo que comando (ordenes) y prohibiciones, son 2 de los 4 aspectos de la lógica de la voluntad planteada por Bentham, y que son denominados mandatos ‘decisivos’ o ‘directivos’.

Así, con estos dos aspectos decisivos de la voluntad, Bentham se dedica a la tarea de contrastar los restantes aspectos que el mismo denomina ‘indecisos o indeterminados’: Se trataría de mandatos no-directivos²². Estos dos aspectos darían lugar a las ideas de comando y prohibición que hasta ahora tenemos, nuevamente un uso de la noción de ‘negación’, usada ahora de diferente manera, no para negar el acto, sino un ‘aspecto’ de la decisión. De esta manera hemos desarrollado una comprensión que

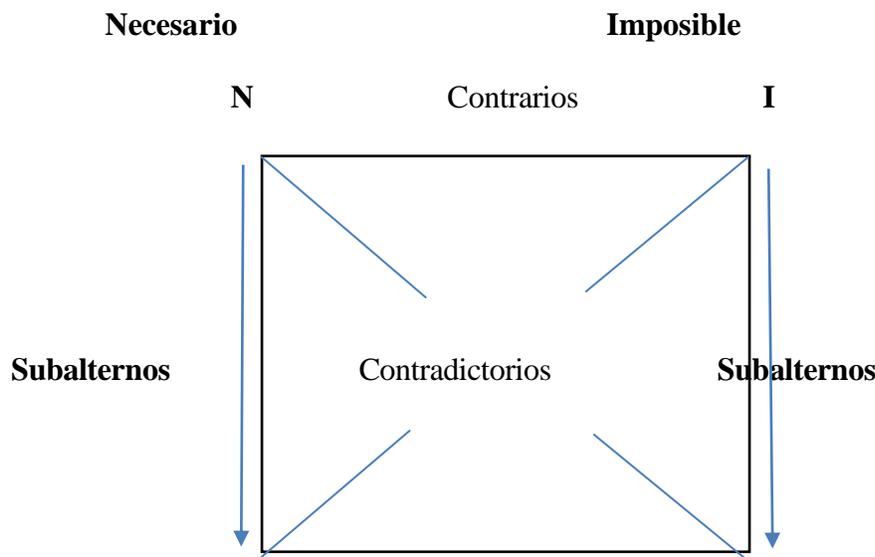
²² Cfr. OLG Cap. X.

viene de la idea de *command* como en la expresión 'cierra la puerta', a la idea de 'permiso para abstenerse', expresable como 'puedes abstenerte de cerrar la puerta', y de la idea de prohibición expresada como 'no cierres la puerta' se ha conseguido la forma de una no-prohibición o acto permisivo, expresable en la forma como 'tú puedes cerrar la puerta'. Y que serían lo que los modelos lógicos usan hoy como los 4 operadores imperativos en lógica deóntica.

Pero es más, sabemos que Bentham nunca reprodujo el cuadro tradicional de

oposiciones planteado por Aristóteles, y que presentan hoy una pequeña parte de la teoría de predicados contemporánea según hemos visto previamente.

Ahora bien, "si limitamos los casos en que las oraciones tipo A implican las de tipo I u a los supuestos en que la clase de los sujetos A no es vacía, un cuadro modal es accesible del siguiente modo:



Estas operaciones sintetizarían el pensamiento de Bentham sobre la lógica deóntica, y pueden derivarse, para Moreso, de las definiciones I y II del axioma.

Así para probar que:

$$O(A) \text{ implica } P(A)$$

Bastaría con sustituir el axioma:

$$[O(A) \rightarrow \neg F(A)]$$

De modo que el consecuente se cambia por su equivalente en la definición II, es decir $P(A)$.

Finalmente, cabe preguntar: ¿Cuál es la interpretación adecuada de esta lógica? ¿Qué significarían con respecto al lenguaje las

expresiones tales como “necesariamente concomitantes”?

Sobre esto no hay acuerdo en cuanto cual es el contenido de las expresiones de Bentham, precisamente, pues es posible, como agrega juiciosamente Moreso, que “Bentham no fue capaz de distinguir entre la aserción de que alguien desea algo y la expresión del deseo de ese alguien y, por lo tanto, no se dio cuenta que los valores de verdad no son aplicables a los mandatos (Moreso; 20013: 236).

Al respeto es importante recordar que las oraciones deónticas están referidas a mundos posibles, esto es, mundos en los cuales todos los mandatos son cumplidos y en los cuales, cada permisión es usada en por lo menos uno de estos mundos posibles. De este modo los mundos deónticamente perfectos o mundos ideales, nos lleva a sostener, con Moreso,

“que tanto las reglas como los principios de la lógica deóntica puede contemplarse como un conjunto de criterios mínimos para una legislación racional” (Moreso; 2013: 237). “Representando un cambio de paradigma constitucional; y el cual apuesta a entender a los derechos como instrumentos de “democratización e igualdad social” (Ortiz Vanegas, 2016, pág. 369).

Y son estos los presupuestos sobre las cuales Bentham plantea los fundamentos de aplicación del principio de utilidad, en un ámbito que es más bien propio de una lógica especial o lógica normativa, donde el contenido de verdad de las oposiciones significa participar de un enfoque semántico, en que el contenido de las expresiones mandato, prohibición y permisión, dependen de la forma directa o indirecta de las órdenes, entre otras.

Aunque si bien, Bentham no logró desarrollar los diversos usos de la formulación de mandatos, tal y como es usada por la lógica de las normas contemporánea, más su avances, nos los presentan como un autor clave para la formulación de las bases de la moderna lógica deóntica, en la visión que von Wright comparte en tanto en cuanto “por lógica deóntica entendemos el estudio lógico-formal de los conceptos normativos”, en cuya forma de expresión, esto es, “el discurso normativo se utiliza prescriptivamente, en la formulación de reglas de acción y otras normas, pero también se emplean en un discurso prescriptivo, para hablar sobre normas”.

4. Conclusiones.

Conforme a los planteamientos es posible señalar que:

- La comprensión de la lógica y ante todo la búsqueda, sintáctica o semántica, según sea el enfoque al cual resulte posible adscribir, resultan indispensables para comprender las funciones de un lenguaje que resulte claro, útil y estricto.
- Tanto la formulación y aplicación de un lenguaje directivo como de la comprensión prescriptiva nos llevan al planteamiento de diversos aspectos de gran consideración, tales como el modo adecuado en que es posible interpretar las oraciones con que son establecidos algunas 'prohibiciones', 'órdenes' y/o 'permisiones'. Y lo es más si consideramos que es posible comprender, como hemos visto, que existe una lógica especial que hemos denominado jurídica, la cual encuentra en el contexto de la lógica deóntica, que es también modal, una forma especial de análisis cuyos antecedentes pueden encontrarse, aun en el desarrollo del pensamiento benthamiana.
- Ahora bien, una comprensión como la que hemos abordado, mediante la exposición de este estudio, permite justificar internamente, las relaciones esenciales entre la teoría del derecho y los fundamentos de la lógica, especialmente de la lógica deóntica. Demuestra lo anterior, el enorme contenido de elementos deónticos en el trabajo de Jeremy Bentham, para quien la lógica y especialmente la lógica deóntica, se instituyen como herramientas esenciales para la superación de la mistificación del derecho y su lenguaje, que tan fuertemente ha impedido que los asuntos del gobierno (civil) puedan ser interpretados con claridad mediante la formulación de leyes, que son reflejo de una comprensión especial del arte de la legislación.

- Dicho arte, no sería aplicable, sin las consideraciones que hemos expresado y que encuentran su base en los fundamentos de la IPML y su desarrollo posterior en el texto OLG. El desarrollo pues de los fundamentos de una lógica general y al mismo tiempo, especial, por parte de Bentham, permiten dilucidar que, lógica y derecho son dos presupuestos que operan como conectores semánticos y como parte de una relación de doble necesidad, cuando se trata de demostrar la evidencia de razones, por ejemplo al recurrir al uso de axiomas de demostración en una determinada argumentación jurídica, o para fundamentar una posición en cuanto a la elucidación de problemas morales insertos en el contorno de una decisión judicial. La lógica formal, entonces, y especialmente, la lógica deóntica desarrollada por Bentham en los albores del movimiento codificador europeo, posibilitarían años más tarde, abordar un

tratamiento mucho más extenso y prolongado sobre los ámbitos de aplicación de la lógica como es claro en los trabajos de Tarski, Viehweg, von Wright y Alchourrón y Buligyn, entre otros autores que hemos abordado. Su carácter indiciario, es pues una de las conclusiones principales de este trabajo y que se ve reforzado por la utilización de la propia lógica de la voluntad (*logic of will*) a la explicación técnica jurídica del cálculo del placer y la gradación de las penas, aplicables en un sistema penal dado.

- Pero la consecuencia y conclusión más fuerte en este sentido, estriba en el hecho concluyente, desde el punto de vista analítico, que permite afirmar que lógica y derecho son dos categorías inescindibles de los procesos políticos y sociales a los cuales resultan aplicables tanto cuanto teorías jurídicas como el propio utilitarismo, como teorías de la justicia más modernas. Más

todas ellas, tributan si y sólo sí a un modelo de análisis que en su fundamento, sienta las bases del razonamiento que permite hoy en día referirnos al Derecho como una ciencia normativa o a la propia jurisprudencia como analítica.

5. Bibliografía y Referencias

- Alchourrón, C. (1981). *G.H. von Right y los desarrollos de la lógica deóntica*. En Anuario de filosofía jurídica. Vol. 1. Buenos Aires, Argentina. Pp. 121- 146.
- Alchourron, E y Martino. C. (1990). *Logic without truth*. En Ratio iuris N° 3.
- Alfarabi. (1982) *Catálogo de las ciencias*. Ed. Universidad de Madrid, España.
- Atienza, M. (2006). *Las razones del derecho*. Ed. Ariel. (segunda edición). México.
- Bentham, J. (1827). *Rationale of judicial evidence*. Ed. Hunt and Clarke, Londres.
- Bentham, J. (1970). *Of Laws in General*. Ed. Hart in CW, Londres.
- Bentham, J. (1970). *On limits of pneal brunch*. Ed. Hart in CW, Londres.
- Bentham, J. (2012). *An Introduction to The Principles of Morals and Legislation*. Published by Forgotten Books. Originally published on 1907, Lexington, KY. USA. Oxford. Clarendon Press, London. Ed. Henry Frowde. 377 páginas.
- Buligyn, Eugenio. (1995). *Lógica deóntica*. Ed. Trotta. Ed. Consejo superior de Investigaciones Científicas, Madrid, España.
- Buridan, J. (1966). *Sophisms on meaning and truth*. Appleton.Century-Crofts, Nueva York.
- Carrillo de la Rosa, Y. (2009). *Teorías de la argumentación y del razonamiento jurídico: lugar y límites de la razón práctica en la fundamentación de las decisiones*

- judiciales*. Ed. Doctrina y Ley Ltda, ediciones. Medellín, Colombia. 2009. 311 págs.
- Cicerón (1964). *Sobre el destino*. Ed. Universidad Nacional del litoral. Rosario, Argentina. Cap I. I.
 - [Copi](#), I & [Carl](#), C. (1990). Ed. Limusa. 698 páginas.
 - Etchemendy, J. (1988). *Tarski on truth and logical consequence*. En Journal of symbolic logic , Vol. 53.
 - Etchemendy, J. (1988). *Tarski on truth and logical consequence*. En Journal of symbolic logic , Vol. 53.
 - García San Miguel, L. (1969). *Notas para una crítica de la razón jurídica*. Ed. Tecnos, Madrid, España.
 - Gascón Abellán, M & García Figueroa, A. (2005). *La argumentación en el derecho*. ed. palestra. 2ª ed. corregida. Lima, Perú. 2005. 439. páginas.
 - Goldschmidt, W. (1987). *Introducción filosófica al Derecho*. Ed. Depalma 6ª. ed., 5ª. reimp., Bs. As.
 - Guzmán Brito, A. (1977). *La fijación del Derecho*. Ed. Edeval. Valparaíso, Chile.
 - Kant, I. (1968). *Crítica de la razón práctica*. Segunda edición. Vol. I, 1,2.
 - Klug, U. (1990). *Lógica jurídica*. ed. Temis. Bogotá, Colombia. 1990. Título del original en alemán. *iusitiche logik*. trad. J. C Cardella.
 - Leibniz, G. (1948). *Elementa iuris naturalis*. Ed. Grua. Vol. II.
 - Lulio, R. (1873). *Introductorio del arte magna y general de todas las ciencias*. en m. Rivadeneyra. (ed.) obras escogidas de filósofos. Madrid, España.
 - Manson, M. (2006). *Filosofía del Derecho*. ed. Olejnick. 573 páginas.
 - Manson, M. (2009). *Argumentación, derecho y lógica. introducción lógico-*

- filosófica al estudio de la argumentación*. ed. Olejnick. Santiago de Chile. 316 págs.
- Montoro, A. (1986). *Aproximación al estudio de la lógica jurídica*. ed. secretariado de publicaciones universidad de murcia. madrid, españa. 1986. 141, páginas.
 - Nino, C. S. (1988). *Introducción al análisis del derecho*. Buenos Aires, Astrea.
 - Perelman, Ch. (1976). *La lógica jurídica y la nueva retórica*. Ed. Civitas s.a. Madrid, España. 1ª ed. 1979. trad. edición original de la obra publicada bajo el título *Logique Juridique. nouvelle rhétorique*. París, Francia.
 - Pufendorf. S. (1931). *The elements of universal jurisprudence*. Ed. Clarendon Press, Oxford. I. Def. 16.
 - Quintiliano, M.F. (1944). *Instituciones oratorias*. ed. Gil, Buenos Aires, Argentina. cap. xii, 2, 2.
 - Rescher (1964). *The development of arabic logic*. University of Pittsburg Press.
 - Rescher, N. (1966). *The logic of commands*. Ed. Routledge & Keagan Paul. Londres.
 - Russell, B. (1937). *Principles of mathematics*. Ed. All-Unwin. Londres. 2º Ed.
 - San Isidoro de Sevilla (1953). *Etimologías*. Biblioteca de autores cristianos. Madrid, España. Cap. I, 2.
 - Sanchez-Mazas, M. (1973). *Calculo de las normas*. Ed. Ariel. Barcelona, España.
 - Tamayo y Salmorán. (2005). *Razonamiento y argumentación jurídica. el paradigma de la racionalidad y la ciencia del derecho*. instituto de investigaciones jurídicas UNAM. serie doctrina jurídica, nº 121. Ed. UNAM, México. 284 págs.
 - Tarski, A. (1990). *Logic, semantics, mathematics*. Ed. J. Corcoran. Hackett, Indianápolis. Segunda edición. Reimp.
 - Twinning, W. (1983). *Rule-scepticism and fact-scepticism in Bentham's theory of*

- evidence*. En Archiv fur Rechts und Sozialphilosophie, Beiheft 16. Pp. 65-84.
- Vieweg, T. (1964). *Tópica y jurisprudencia*. ed. Taurus. Madrid. España. trad. Luis Diez-Picazo Ponce de León. 1964. versión original del alemán, *topik und jurisprudenz*. Munich. 143, páginas.
 - von Wright, G. (1981). *On the logic of normas and actions*. In R. Hilpinen (ed.) New studies in Deontic Logic. Normas, Actions and the Foundations of Ethics. (Dordrecht, Reidel. Pp. 3-35.
 - Ziemba, Z. (1976). *Deontic Logic*. En Practical logic. Ed. Reidel, Doredrecht.
 - Ortiz Vanegas, H. D. (2016). Capítulo VI LA UNIÓN DE HECHO EN ECUADOR . Valencia: EUDEBA.

EL TERRORISMO INTERNACIONAL Y SU FINANCIAMIENTO MEDIANTE LA TRATA DE PERSONAS²³

María H. Muñoz Jerez²⁴

Universidad Nacional del Mar del Plata Argentina

mare_mj@hotmail.com

*“Caminaste por la calle y allí estaban: el látigo y el derramamiento de sangre.
Recuerda por lo tanto que no hay duda: Ciertamente existe el infierno”.*

Por Czeslaw Milosz

Fecha de recepción: 25 de julio de 2020

Fecha de aceptación: 28 de agosto de 2020

²³ Artículo Resultado de investigación del proyecto titulado Vulnerabilidad en la justicia nacional y en la global, financiado por la Universidad Nacional de Mar del Plata y la Universidad Libre

²⁴ Docente investigadora de la Universidad Nacional de Mar del Plata, email mare_mj@hotmail.com

En el presente trabajo, busco desarrollar un análisis en el campo del terrorismo internacional, relacionándolo con distintos institutos como el “terrorismo”, “trata de personas”, “tráfico de personas” y “belligerantes”, entre otros más, para luego teniendo en cuenta dichos elementos desarrollar una exploración, de la relación entre los mismos, con sus nexos, diferencias y similitudes. Sumado a ello, se analiza la importancia que conlleva la realización de actividades ilegales no solo haciendo hincapié en el terrorismo, sino dirigiendo más allá de él, en otros aspectos como la trata o tráfico de personas, siendo que varía la responsabilidad de dichos hechos dependiendo del carácter internacional o transnacional de los mismos.

Es así que este trabajo busca dilucidar si la “trata” y el “tráfico” de personas son utilizados por los grupos terroristas como arma de guerra y terror, para ejercer presión sobre la población, pueblo o grupo al cual quiera imponerle sus condiciones, o si también la finalidad de la consecución de dicho crimen puede servir a dichas organizaciones delictivas como financiamiento para solventar sus actividades ilegales de manera sostenida.

Terrorismo.

El terrorismo internacional, propiamente dicho como un concepto preciso y conocido que define acción delictiva determinada internacionalmente, no posee aun una definición aceptada a nivel general por la comunidad internacional, los Estados no han podido aun aprobar un Convenio de carácter universal sobre el tema terrorismo que incluya una conceptualización inequívoca y explícita del mismo., evitando lagunas y ambigüedades. A lo sumo con el paso de los años se ha ido logrando un compromiso más ferviente de armonización de normas y empeño por encargarse cada estado como sujeto soberano de la sociedad mundial de luchar y legislar esta temática, para de a poco ir logrando algo a nivel universal., cuestión que es, es crímenes de esta magnitud y peligrosidad sumamente necesario.

El encuadre más global de la lucha antiterrorista está conformado por la importante actividad legislativa llevada a cabo por la Asamblea General, órgano de las Naciones Unidas desde mediados de los años sesenta hasta la fecha de nuestros días. Es

así, que desde el punto de vista jurídico, prácticamente todas aquellas formas consideradas terrorismo, o asimilables a el, se encuentran prohibidas o sancionadas por uno de los 13 Convenios Internacionales contra el Terrorismo, los Convenios de Ginebra, el Estatuto de Roma, o por el Derecho Consuetudinario Internacional, es decir por simple aplicación de la Costumbre Internacional, como práctica generalizada y prolongada, entendida como Derecho, y considerada fuente principal del Derecho Internacional Público. Por imperio de la resolución N° 1373 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, los Estado partes de la misma se encuentran obligados a adecuar sus legislaciones y su contexto jurídico domestico a lo estipulado en estos tratados internacionales, a los que los propios países han suscripto por libre voluntad, para así lograr contribuir comprometidamente con la lucha antiterrorista a nivel global, buscando en conjunto efectivizar la maniobras y practicas tendientes a la investigación, enfrentamiento, desarme y sanción hacia dichos grupos. Ya que debo tener en cuenta que la lucha a nivel internacional se condice con el alcance mundial y las posibilidades de movilización

a lo largo de los diferentes continentes que poseen los grupos terroristas, así como la gran cantidad de dinero con la que cuentan, proveniente tanto de actividades licitas como ilícitas, dinero que les es útil para el desarrollo de sus quehaceres, como para mantenerse a salvo e impunes, frente a las autoridades estatales.

La palabra "terrorismo" tiene fuertes, y en algunos supuestos, aunque no en todos ocultas, connotaciones políticas, sumándole en algunos de los casos también connotaciones religiosas, y posee elevada carga emocional y por consiguiente esto dificulta consensuar una definición precisa y univoca que sea útil de modo general. Esta falta de consenso en el carácter internacional sobre la determinación de una definición acabada, clara y bien conocida del término "terrorismo", compromete la posición normativa y moral contra dicha actividad, es decir contra los actos terroristas. Estos actos, pueden darse como ya mencionare, tanto a nivel interno como a nivel internacional, como puerta abierta a cualquier tipo de acto violento e intimidatorio de personas físicas, es un fenómeno que lejos de caracterizarse por diferentes actos aislado se ha ido

globalizando, generando preocupación ya que es una de las formas de violencia más difíciles de contener y combatir, todo ello, debido a que su campo de acción se extiende más allá de las regiones específicas de conflicto. Hace esta situación que se viva en un estado de guerra constante, ya que las modalidades terroristas, muchas veces buscan su consecución justamente en ámbitos totalmente neutrales, indefensos, debido a que en dicho caso el terror y desesperación consecuencia del mismo, es más fuerte, poderosa y puede lograr más rápido el cometido terrorista que se busca imponer.

Sin embargo para entender de que situación o acción estoy hablando y a que me refiero cuando hago hincapié específicamente en su connotación tanto moral como política, podría explicarlo estableciendo que el terrorismo consiste en la utilización del “terror”, pavor, pavora, espanto, como herramienta fundamental o arma para coaccionar a sociedades, grupos de personas determinados o gobiernos, utilizado por una amplia gama de organizaciones políticas tanto a niveles intra-estatales como internacional, en la

promoción de sus objetivos, generando miedo, pavor, pánico, tornando dicho grupo social dentro de la inseguridad total, logrando de tal modo debilitarlo, ya que una sociedad asustada, será una sociedad débil, volviéndose mucho más fácil y sencillo, dominarla, vencerla o aniquilarla.

Estas situaciones conllevan la ejecución o consecución deliberada de acciones encaminadas a generar pánico, como instrumentos de acción política o como medios de guerra, afectando y dañando de diferentes modos la naturaleza humana, ya que se dirige a la perturbación de la vida, la salud física y psíquica de los seres humanos que terminan en el medios de sus practicas malintencionadas y criminales. De tal modo, y siguiendo las palabras de Remiro Brotons (2007), podemos definir al Terrorismo Internacional, “como una aplicación de violaciones a la población civil de forma indiscriminada con el fin de, mediante el terror, satisfacer objetivos políticos en el marco de las relaciones internacionales”.

Según lo sostenido por el autor, Luis de la Corte Ibáñez (2006)²⁵, en un interesante

²⁵ DE LA CORTE IBÁÑEZ, LUIS. 2006. “*La lógica del Terrorismo*”.-

texto llamado “La lógica de terrorismo”, donde se busca dilucidar justamente cual es lo lógico por lo cual se realizan estas actividades dirigidas a cuales objetivos en particular, una consecuencia directa de la practica terrorista la inseguridad no solo fáctica sino también moral e intelectual, ya que esa imposición de condiciones busca influir en las mentes de las personas que rodean las prácticas delictivas, aun cuando no llegan a ser ni parte activa, ni victimas pasivas de las mismas. Habiéndose convertido desde finales del siglo XIX, en una práctica criminal cuya nociva influencia no ha dejado de aumentar a grandes escalas. Es así que este escritor sostiene que “El terrorismo provoca un enorme desconcierto intelectual y moral. Su estremecedora influencia lleva a algunos ciudadanos a creer en sus excusas, mientras que otros muchos atribuyen su crueldad a la locura, el fanatismo, las injusticias, el choque entre culturas, etc.”.

Siendo que no existe un consenso respecto de su conceptualización, y ya habiendo evaluado a estos autores y sus consideraciones, puedo incluir, como definición gramatical, siguiendo el

diccionario de la lengua española, editado por la Real Academia Española, lo define así: "(del Latín terror). Dominación por el terror.// Sucesión de actos de violencia ejecutados para infundir terror". Relacionan así al terrorismo con el terror, cito a MAQUIAVELO, cuando argumenta en “El Príncipe”, de 1532 “...que es más seguro ser temido que amado”.

En las organizaciones terroristas, la motivación de su accionar, apunta a objetivos políticos, religiosos, incluso particulares, que se buscan a través de actuaciones violentas, en desafío al orden establecido. “El terrorismo es un acto de violencia cuyo propósito es, mediante la comisión de delitos, aterrorizar a la población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o abstenerse de hacerlo, siempre que ella reúna las siguientes características: a) tenga un plan de acción destinado a la propagación del odio étnico, religioso o político; b) esté organizada en redes operativas internacionales; c) disponga de armas de guerra, explosivos, agentes químicos o bacteriológicos o cualquier otro.

Antes de continuar, debo hacer mención de que es necesario diferencia al terrorismo propiamente dicho de lo que comúnmente se conoce como “terrorismo de estado”, ya que el terrorismo, como táctica agresiva para infundir terror y obtener objetivos específicos, es una forma de violencia que se distingue del terrorismo de estado por el hecho de que en éste último caso sus autores pertenecen a entidades gubernamentales.

Esto es, una situación donde el actor principal es el gobierno de un estado Soberanos, mediante la práctica sistemática y organizada de coacción, amenazas y represalias, sobre su pueblo. Estos hechos terroristas por parte de quien deben representar, dirigir y defender al pueblo son totalmente contrarias al sistema democrático, tanto de gobierno como de vida, los regímenes despóticos del pasado utilizaban con frecuencia prácticas de este tipo, que las democracias modernas condenarían sin necesidad de realizar una crítica contemporánea rigurosa.

Las formas más desarrolladas y conocidas históricamente de terrorismo de Estado, han sido empleadas en el siglo XX bajo el fascismo y el comunismo, sistemas

que han causado en la Comunidad internacional huellas imborrables. La aparición del Neo-constitucionalismo durante la mitad del siglo XX, influenciando de manera trascendental a muchos países para la aplicación de esta tendencia en su ordenamiento jurídico y así superar el Estado de Derecho y lograr materializar el Estado de Derecho Constitucional, otorgando supremacía a la Constitución sobre las leyes.²⁶ (Ortiz Vanegas, Análisis del estado de cosas inconstitucionales desde el punto de vista procesal).

Por otro lado, el terrorismo Internacional propiamente dicho se distingue también de los actos de guerra y de los crímenes de guerra, en el ámbito espacial y temporal, ya es estos actos se desarrollan en medio de un conflicto armado, y mas allá de que los mismos también se encuentran sancionados internacionalmente por su ilegalidad, no son lo mismo. Si recordamos el momento de los actos terroristas, es en tiempo de paz, es decir que se produce en ausencia de guerra. La presencia de actores no estatales en

²⁶ Ortiz Vanegas, H. D. (s.f.). Análisis del estado de cosas inconstitucionales desde el punto de vista procesal. 6.

conflictos armados ha creado controversia con respecto a la aplicación de las leyes de guerra.

Cuando el terrorismo es visto como un acto de ataque al territorio de un Estado en particular, pudiendo ocasionar consecuentemente una respuesta de este mismo Estado, por aplicación de una excepción al “Principio de prohibición de la amenaza y el uso de la fuerza, es decir, la legítima defensa (individual o colectiva), es decir una contestación armada totalmente fundada en Derecho Internacional, pueden aparecer según lo que argumenta la escritora Paula Rivera, en su trabajo “El significado de la Cooperación Interamericana frente al terrorismo”, ciertas dificultades, a saber:

“1) el problema de identificar el blanco. En virtud de la naturaleza no determinada ni localizada de la amenaza se hace difícil precisar el blanco contra el cual dirigir la respuesta armada;

2) el problema del estatus jurídico de los detenidos. Como vimos antes, la naturaleza ambigua de esta categoría que la aleja tanto del conflicto armado clásico como de la criminalidad común se espeja a su vez en la

ambigüedad que presenta el estatus legal de los detenidos. ¿Son éstos combatientes de guerra sujetos a lo que prescribe el derecho humanitario internacional o, por el contrario, criminales comunes a los cuales deben aplicárseles las reglas de procuración de justicia? La respuesta a este interrogante no es concluyente. El terrorismo está catalogado como un caso difícil desde el punto de vista legal lo que impide arribar a un consenso acerca de si deben aplicarse las reglas de guerra o, en su caso, las reglas de procuración de justicia a esta situación concreta y, por último;

3) el problema de la legitimidad de la respuesta armada. En términos clásicos, la jurisdicción nacional atacada puede responder, sola o junto a otras, basándose en el derecho de legítima defensa individual o colectiva consagrado en el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas. Si la comunidad internacional llega a un consenso, la acción armada se encuadra para este caso en lo dispuesto en el capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas sobre el uso colectivo de la fuerza frente a un ataque. Con la aparición de la posibilidad ominosa de un ataque terrorista con armas de

destrucción masiva se ha abierto a debate la configuración misma del capítulo VII de la Carta de esta organización. En definitiva, la comunidad internacional está discutiendo el contenido concreto de las normas que comandarán el uso preventivo de la fuerza”. Rivera Paula (2005)²⁷.-

El Artículo N° 1 de la carta de Naciones Unidas, establece una legítima defensa como respuesta a un ataque exterior, siempre y cuando aun no haya intervención del consejo de Seguridad.

Esta norma reza lo siguiente: “Ninguna disposición de esta Carta menoscabará el derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado contra un Miembro de las Naciones Unidas, hasta tanto que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales. Las medidas tomadas por los Miembros en ejercicio del derecho de legítima defensa serán comunicadas inmediatamente al Consejo de Seguridad, y no afectarán en manera alguna

la autoridad y responsabilidad del Consejo conforme a la presente Carta para ejercer en cualquier momento la acción que estime necesaria con el fin de mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales”.

Diferencia entre grupos terroristas y grupos beligerantes.

Un grupo pasa de beligerante a terrorista cuando usan tácticas terroristas en su accionar contra el establecimiento, población, Estado o grupo de personas. El terrorista no respeta no cumple el derecho de guerra, ya que no se sujeta a las normas, los usos y costumbre de la guerra previstos por el derecho Internacional, valiéndose en la mayor parte de los casos de tácticas prohibidas. Estas tácticas pueden ser ataques a la población civil, atentados contra civiles, secuestro de civiles, uso de armas no convencionales, ataques a la infraestructura, ataques a fuentes de agua etc. como el nombre lo dice, el terrorista busca cumplir sus metas con el uso del terror, la mayor parte contra la población civil. A ellos puedo agregarle, que no solo se ataca a los civiles, sino que cuando enfrentan al adversario en

²⁷ RIVERA, Paula. 2005. “20 años de relaciones internacionales. 1985-2005. Maestría en Relaciones y Negociaciones Internacionales, facultad latinoamericana de Ciencias sociales-Argentina”.

tiempos de conflicto armado, quienes son terroristas, no respetan la humanidad de quienes por algún motivo ya no son partes en las hostilidades, por estar heridos, enfermos, rendirse o ser capturados. Por ejemplo, el IV Convenio de La Haya de 1907, prohíbe “herir o dar muerte a quienes habiendo depuesto las armas o careciendo de medios de defenderse, se rindieran a discreción y en caso de captura por el enemigo se les garantiza el trato de prisionero de guerra”. En busca de la protección de la población vulnerable, la Corte Constitucional con sus declaraciones ha logrado pequeños avances como el de reconocer la vulnerabilidad de distintas poblaciones en el país que han sido abandonadas por los órganos encargados de su protección, pero aún se requiere de un gran esfuerzo colectivo para reducir las condiciones de desamparo.²⁸ (Ortiz Vanegas, Análisis del estado de cosas inconstitucionales desde el punto de vista procesal, pág. 27)

Los secuestros, las extorsiones, el ataque a la población civil, provocar la situación de

²⁸ Ortiz Vanegas, H. D. (s.f.). Análisis del estado de cosas inconstitucionales desde el punto de vista procesal. 27.

desplazamiento, atacar lugares de culto o bienes, son actos que merecen el rechazo de la población civil y del gobierno. Por lo tanto, no debemos en ningún tiempo y lugar confundir estos conceptos, ya que NO son lo mismo. Siendo que como desarrollare a continuación ni el estatuto de beligerante ni el de prisionero de guerra alcanza a los terroristas. A saber, entonces...

... ¿Qué significa la palabra beligerancia?

La palabra beligerancia proviene del latín “belligerans”, “bellum”, este vocablo significa “guerra”. Situación y cualidad de un pueblo, el cual se encuentra dentro de un conflicto armado, ya sea interno, guerra con otra o varias naciones (ósea internacional), y también ya sea que luche sola o aliado al Estado u otros grupos.

Según lo investigado, lo establecido por el Diccionario on line de Medios para la Paz, "Esta figura, muy usada en el pasado en el derecho internacional público, tiene por finalidad conferir a una de las Partes en un conflicto armado (interno o internacional) un estatus especial por medio del cual, sin que sea necesario reconocerle personería

jurídica, el Estado que lo reconoce como tal, tácita o expresamente, establece relaciones comerciales, semidiplomáticas, diplomáticas, políticas o económicas con la parte reconocida”.

Pero sin embargo si hago referencia a los Convenios de La Haya y de Ginebra, los cuales regulan la Guerra y el Derecho Internacional Humanitario DIH, no se utiliza en tal sentido la palabra “beligerante” sino “combatiente”, es decir que el concepto de “beligerancia” no ha sido necesariamente invocado desde los Convenios de Ginebra en 1949, como iniciativa para regular la guerra y los crímenes cometidos en la órbita del desarrollo de las hostilidades.

Entonces... ¿Quién sería considerado como beligerante a los ojos del derecho internacional? Para conocer esta respuesta habría que recurrir al IV Convenio de La Haya de 1907. Este tratado otorga a los llamados “combatientes”, la calidad justamente de beligerante, por lo cual actuarían estos conceptos como una especie de sinónimos. Lo hace, estableciendo que serán beligerantes no solamente aquellos

pertenecientes a ejércitos regulares, sino también las milicias o los cuerpos de voluntarios, siempre y cuando se den ciertas características para configurarse como tales, a saber: persona responsable de sus subordinados al frente del grupo; distintivo fijo y perceptible a la distancia demostrando que son beligerantes; llevar las armas abiertamente; y sujetarse a las normas y costumbre de la guerra.

El “Protocolo I adicional a los convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales” (1977), se suma a estas características, el mismo reza lo siguiente: “las fuerzas armadas de una parte en conflicto se componen de todas las fuerzas, grupos y unidades armados y organizados, colocados bajo un mando responsable de la conducta de sus subordinados ante esa parte, aun cuando esta esté representada por un gobierno o por una autoridad no reconocidos por la parte adversaria”.-

Trata de Personas.

El comercio de seres humanos no es una cuestión pasada, como pudiera creerse, sino que constituye un trágico fenómeno que

adopta nuevas modalidades que dificultan inmensamente su represión y erradicación.

El tráfico de personas, tomado en principio como concepto global abarca dos modalidades diferentes de acciones típicas que en el vocabulario común del día a día, suelen unirse dentro de la palabra “tráfico” en un sentido genérico, y deben ser distinguidas dichas modalidades por poseer características diferenciadas, pero, sin embargo, las mismas, guardan una profunda similitud: la “trata de personas”, la cual puedo ejemplificar con situaciones, como el tráfico de esclavos y por otro lado el tráfico propiamente dicho, que sería el tráfico ilegal de migrantes. Ambos revisten caracteres comunes, pero no son iguales. Los mismos encuentran su origen en la más remota antigüedad, ya que no son actividades aparecidas en la modernidad, sino que existen hace más tiempo del que muchas veces pensamos, y se caracterizan por el cruel sufrimiento y la enorme degradación de los derechos propios de la condición humana que provocan, aunque dicho sufrimiento no tendrá en ambos casos el mismo origen, desarrollo, pero si veremos que en ciertas ocasiones puede conllevar el mismo final.

Si bien la posición de parte de la doctrina distingue el tráfico de la trata, según haya mediado, o no, consentimiento del inmigrante (entendiendo que el objeto del tráfico podría ser la inmigración de un sujeto hacia territorio de un Estado distinto al habitado), o de acuerdo a si se afectó, o no se lesiono, su libertad, cierto sector sostiene que el tráfico es una denominación genérica y abarcativa, que comprende tanto la trata de personas con fines de explotación (sea sexual, laboral, tráfico de drogas, tráfico de órganos, etc.), como así también el contrabando de inmigrantes con la anuencia del transportado, es decir un desplazamiento voluntario por parte de la persona objeto del mismo. Es así que tanto la trata de personas como el tráfico de personas, hoy en día son delitos que se han incrementado en forma alarmante.

Según lo establecido en la página de Naciones Unidas para los Refugiados <http://www.acnur.org/t3/que-hace/proteccion/trata-y-traffic-de-personas>, este aumento desmedido en las últimas décadas de la vida del mundo, encuentra su justificaron en la mayoría de los casos debido a las difíciles condiciones de vida en algunos países menos desarrollados, al

endurecimiento de las políticas migratorias en los países industrializados y al hecho de que por mucho tiempo, se los ha ignorado en cierto sentido por considerar a estos fenómenos solo como episodios aislados y como realmente como un problema estructural.

Sin embargo, es importante que aclare que estos hechos no siempre son consecuencia de problemas sociales y/o económicos, más aún cuando hablamos de la trata de personas, ya que este delito posee un amplio margen de realización en todo el mundo y pudiendo extraerse las víctimas de cualquier sector social de cualquier tipo de comunidad, dependiendo de la modalidad que se utilice para la configuración del mismo.

"La Corte Penal Internacional ha catalogado la trata de personas como un delito de lesa humanidad, esto quiere decir que es considerada como uno de los crímenes más graves que se cometen contra la humanidad, al constituirse en una violación grave a los derechos humanos de quienes la padecen".

Tradicionalmente el concepto de "trata" hacía referencia a una antigua esclavitud que únicamente se consideraba de carácter

laboral. Solo luego de 1900 se comenzó a tener en cuenta dentro de la Comunidad Internacional, otros tipos o modalidades de trata, considerando de este modo, dentro de lo que se consideraba anteriormente trata, también a la captación ilegal de mujeres, niñas con fin de explotación sexual, como "Trata de Blancas". Hoy en día, esta actividad, ilegal y aberrante, consiste en utilizar, en provecho propio y de un modo totalmente abusivo, las cualidades de una persona en particular contra su propia voluntad, con ánimo de lucro, considerando al cuerpo humano como una "cosa" una "mercadería", algo pasible de explotación comercial, hasta las últimas consecuencias. Manifestado esto por UNICEF, dentro de su sección "Protección infantil contra el abuso y la violencia".

Es imperioso antes de seguir, distingue este tema de lo que es la "prostitución", es decir que más allá de que la consecuencia de aquella persona tratada sea ser sometida a la explotación sexual, no debe confundirse con lo que se conoce como prostitución o trabajo sexual. Es aquí que encontramos la discusión enarbolada por el feminismo acerca del estatus de aquella persona que trabaja con su

cuerpo en occidente. Ante las divergencias morales y los cuestionamientos religiosos que implica el desarrollo del trabajo sexual, la sociedad, los doctrinarios y los estados se han ido sumergiendo en distintas teorías acerca del tratamiento del tema. Algunos manejan una postura prohibicionista y otro abolicionista, encontrando una tercera tesis que pretende la reglamentación de la actividad, la reglamentarista. Es así que la reglamentación del trabajo sexual en algunos Estados se ha implementado de forma necesaria por cuenta del creciente desarrollo de la explotación y tráfico sexual que se da en el marco de un comercio extendido en el mundo, dadas las condiciones de la globalización que facilita la interconexión con otras partes del mundo; de tal forma se ha gestado importante el fenómeno de la explotación que es entendida como un concepto "... que aparece en la época de los setenta, como parte del discurso feminista, que intenta explicar la subordinación de las mujeres a través de categorías marxistas." (Tirado M. 2010, p. 67).²⁹ Por otro lado la

²⁹ Tirado, M. (2010). Comercio Sexual - Una Mirada desde la Sociología Jurídica. Lima - Perú: edit. Instituto Internacional de Derecho y Sociedad.

tendencia a nivel de Derecho Internacional es una postura prohibicionista, debido a la comisión de delitos sobre trata de blancas y la explotación de seres humanos a fin de obtener numerosos beneficios económicos (Revista de Relaciones Internacionales, Estrategia y Seguridad 2011)³⁰.

Pero regresando al tratamiento del crimen internacional de trata, puede verse que desde comienzos del siglo XIX se celebraron diversas conferencias internacionales para abolir la esclavitud y suprimir la trata de esclavos. Los principales se concretaron en el Acta de Bruselas de 2 de julio de 1890, el Convenio de Ginebra de 25 de septiembre de 1926, la Convención complementaria de 7 de septiembre de 1956 y la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948. La actividad y la represión de la trata de esclavos se recogía en el artículo 13 del Convenio de Ginebra de 1958, el antecedente del Convenio de Jamaica, que lo plasma, en su artículo 99: "Todo estado tomará medidas eficaces para impedir y castigar el transporte de esclavos en buques autorizados para enarbolar su pabellón

³⁰

http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1909-30632011000100007

y para impedir que con ese propósito se use ilegalmente su pabellón. Todo esclavo que se refugie en un buque sea cual fuere su pabellón, quedará libre ipso facto”

Actualmente, Naciones Unidas adopta la definición de Trata de Personas que surge del “Protocolo de Palermo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas especialmente Mujeres y Niños”. Este documento reza:

“por trata de personas se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la captación de personas recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño o abuso de poder o de una situación de

vulnerabilidad o a concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otras, con fines de explotación. Esa explotación incluirá como mínimo la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o practicas análogas a la esclavitud, la servidumbre o extracción de órganos”.

Si tenemos en cuenta los elementos establecidos en la definición dada por el “Protocolo de Palermo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas especialmente Mujeres y Niños”, podemos ver que la “trata de personas” se caracteriza en su desarrollo especialmente por la intención maliciosa por parte de una persona u organización de explotar a otra persona, por medio de la coacción (esto quiere decir oponiéndose a la voluntad de la víctima lesionando su libertad).

¿Qué sucede con el consentimiento de la víctima, en caso de que exista?

Respecto de ello el mismo Protocolo de Palermo aclara que si se ha configurado el hecho mediante algunos de los medios descritos en la propia definición detallada ut supra, no se tendrá en cuenta en ningún caso el consentimiento prestado por la persona, captada, trasladada, coaccionada o transportada, con fines de su explotación, aunque el mismo haya realmente existido y pueda comprobarse fehacientemente. Esto lleva a que en caso de darse la aceptación por parte de la persona “tratada”, dicho consentimiento, debe presumirse como NO brindado, en ningún caso ni situación,

cualquiera sea la edad de la víctima, aun cuando sea mayor de edad, ya que el mismo consentimiento en casi la totalidad de los supuestos (por no decir en todos) es consecuencia directa del estado de indefensión de la víctima (quien hasta quizá puede estar bajo los efectos del alcohol o alguna sustancia tóxica), o del temor hacia el captor, o la coacción ejercida por el mismo, aun cuando la violencia no llegue a ser violencia física.

Es interesante para interpretar el por qué del no reconocimiento de dicho consentimiento como tal, entender el carácter de la víctima, y para ello, definirla. Es así que debo tener en cuenta que víctima es cualquier “Persona o animal sacrificado o destinado al sacrificio. Persona que se expone u ofrece a un grave riesgo en obsequio de otra. Persona que padece daño por culpa ajena o por causa fortuita. Persona que muere por culpa ajena o por accidente fortuito”.

Diferencia con el Tráfico.

Haciendo referencia a este concepto particular, y luego de investigar distintas posturas en la doctrina, puedo acordar en

definir el “tráfico de personas”, como “facilitación de entrada ilegal a un país, de una persona que no es nacional del mismo y reside allí permanentemente, con la finalidad de obtener directa o indirectamente un beneficio económico o de algún otro índole”. Esto quiere decir que el tráfico, implica el traspaso ilegal de las fronteras estatales de un país o varios países, sin importar cual sea el motivo de dicho egreso e ingreso, siempre que no sea a través de los controles normales de las fronteras estatales. Esto, en la mayoría de los casos, solo puede consistir en el hecho de facilitar el pasaje de una a otra parte de la frontera y allí culminar, sin necesidad de que luego esa persona sea privada de su libertad.

Aquellas personas en situación de tráfico, no se consideran en todos los casos como víctimas, sino que varias veces actúan por su propia voluntad como infractores de las leyes migratorias. Según lo sostenido por Naciones Unidas, cuando hablamos de migraciones nos referimos al “movimiento de una persona o grupo de personas de una unidad geográfica hacia otra a través de una frontera administrativa o política con la intención de establecerse de manera indefinida o temporal en un lugar distinto a su lugar de origen”.

En las últimas décadas, las restricciones migratorias en los límites estatales se han visto fuertemente incrementadas, lo que consecuentemente ha ocasionado un aumento de la ilegalidad en los desplazamientos transfronterizos. Muchos de quienes se mueven clandestinamente lo hacen de forma individual o colectiva pero sin contar con un tercero sea persona física u organización que le facilite en ingreso y/o egreso al Estado, este no sería el caso de “tráfico”. Sino que el “tráfico” en sí se configura cuando existe ese sujeto que actúa como intermediario entre la voluntad del cliente y el objetivo de traspasar las fronteras. Reitero como ya he dicho previamente que quien demanda esa “colaboración” para el desplazamiento, puede ser la propia persona (migrante ilegal), o en el caso de la trata el sujeto u organización que pretende traspasar víctimas de este delito. Siendo que el tráfico, como delito transnacional o transfronterizo, solo y únicamente es el “traspaso de las fronteras”.

Mientras que en la trata, como ya fue definido, nunca se considera al objeto de trata infractor, sino que aunque medie consentimiento, es una víctima en todos y

absolutamente los casos, sumado a que se requieren actividades específicas y determinadas, de captación, manipulación, pudiendo configurarse aun dentro de un mismo estado, sin salir de su territorio, y en caso de haber traspaso de fronteras... puede ser que este no sea ilegal (característica infaltable para que se configure el tráfico). La trata, conlleva privación de libertad y despojo de documentos y bienes... cosa que no se da en el simple y propiamente dicho tráfico.

Sin embargo y a pesar de ser dos conceptos distintos, pueden estar íntimamente relacionados, al punto de llegar a confundirse. Esto es, porque, una persona que se configure como víctima de trata, puede a la vez ser víctima de tráfico, si es introducida de forma ilegal a un país, cuestión que generalmente se da cuando la trata se suscita, como consecuencia de ser un crimen transnacional organizado.

De igual modo, aquella persona que comienza su migración voluntaria mediante tráfico puede terminar siendo explotada, valiéndose de la situación de vulnerabilidad en la cual la sitúa ese ingreso ilegal. Existen casos en los que menores de edad son utilizados como “mulas”, para el paso de

drogas dentro de su cuerpo, mochilas o bolsos, a través de las fronteras de distintos Estados. Los mismos, suelen ser los encargados de transportar de forma “invisible” ya que en muchos casos la esconden en su propio cuerpo, grandes cantidades de marihuana, cocaína y otras sustancias, nocivas para la salud. Siendo que este supuesto de trata, puede de todos modos llevarse a cabo sin la “trata” misma, es decir, que no siempre es necesaria la configuración de dicha acción típica, para lograr obtener trabajadores del traspaso de drogas. En muchas ocasiones no es necesario ni siquiera el engaño, fraude o ardid para confundir a la persona, sino que los menores sólo buscan un rédito monetario aun cuando en mismo sea ínfimo y para obtenerlo pongan el peligro su vida, y/o su libertad, esto debido a que la libertad puede verse afectada en caso de ser descubiertos por la policía o seguridad aeronáutica, portuaria, etc. y por otro lado, como ya menciones es muy peligroso para la salud, ya que han ocurrido casos, donde las “mulas” personas que transportan los estupefacciones en su propio cuerpo, han hasta llegado a fallecer por accidentes donde dichas sustancias han afectado al sujeto que las transporta.

Medios para efectivizar la trata de personas.

La obtención y captación de la víctima se ha convertido en la actualidad en todo un arte, se ha tornado algo sumamente audaz y vanguardista. Esto debido a que existen variedad no solo de medios, sino también de modos de captación, ya sea mediante amenazas, uso de la fuerza, secuestro, engaño, fraude, concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la otra.

Las redes criminales que, siempre se aprovechan de situaciones de vulnerabilidad de las posibles víctimas para lograr su objetivo, se encargan de efectivizar este delito, suelen estar integradas, aunque parezca increíble, por familiares, vecinos, reclutadores profesionales, agencias de viajes, de empleo, y hasta funcionarios públicos encargados del control y protección de las fronteras. Existen casos en los que los propios padres, se desprenden de los mismos a cambio de dinero, sin saber el desgraciado destino preparado para sus hijos, sin mencionar los casos en los cuales los propios progenitores entregan su descendencia a sabiendas del

cruel destino que les espera. Esto también, ya que existe un amplio mercado para la venta de las víctimas, aun cuando son menores de edad muy pequeños, ya que al contrario de lo que es lógico para una persona honesta y con sentimientos propios de humanidad, a muchos clientes les fascina la idea de niños pequeños satisfaciendo sus deseos sexuales, siendo los mismos de ambos sexos.

El UNICEF estima que cada año entre 1.000 y 1.500 bebés, niños y niñas guatemaltecos son objeto de trata de menores para su adopción por parte de parejas norteamericanas y europeas. Cada año, cientos de miles de niños son pasados de contrabando a través de las fronteras de los Estados y vendidos como si fueran objetos y no sujetos de derecho. Sin ningún tipo de protección acorde a sus edades, sin ningún tipo de derechos, ya sea a la educación, salud, a crecer dentro de una familia o a la protección del abuso, estos niños son explotados por adultos mientras que se atenta contra su dignidad como personas humanas. De este modo, aquellas personas, que por su corta edad, deberían estar sumergidos en un mundo de juegos, fantasías y mimos, llegan a perder la inocencia que los hace puros y

felices, derrochando, sin quererlo y sin saberlo, algo que no podrán recuperar con el paso del tiempo, “su infancia”. (http://www.unicef.org/spanish/protection/index_exploitation.html. UNICEF. “Protección infantil contra el abuso y la violencia”).

Si nos abocamos brevemente en las formas de efectivización occidentales, donde el conflicto armado se da más esporádicamente podemos encontrar el útil servicio de los "marcadores", estos sujetos son quienes suelen mezclarse con las víctimas durante la vida diaria y cotidiana, desarrollando oficios o actividades legales en el entorno común de las personas ya sea, disfrazados de taxistas, peluqueras o vendedores ambulantes, siendo aquellas personas que como lo dice su nombre “marcan” quien va a ser tratado, es decir, que indagan en un cierto lapso de tiempo que individuo de todos los que están siendo observados, coincide con las características del sujeto buscado, para finalmente cobrar simplemente por entregar el “dato” de algun/na joven, adolescente o niño pequeño con el perfil buscado. Este círculo delictivo se cierra con un posible protagonistas más, los conocidos como “proxenetas”, definido como

“persona que introduce a otra persona a ejercer la prostitución y se beneficia de las ganancias económicas que se obtienen de esta actividad”, según lo establecido por el Diccionario Manual de la Lengua Española. Larousse (2007) conocidos en la jerga como "maridos" o "madame", que obtienen la satisfacción de sus fines de lucro, es decir sus ganancias mediante la explotación sexual de una o más personas a quienes consideran “de su propiedad” sometiéndolas a la servidumbre; y los “regentes” de los prostíbulos, dueños o administradores de los establecimientos donde se ejerce la prostitución o cualquier otro tipo de actividad sexual remunerada.

Estos medios utilizados pueden también clasificarse según el sufrimiento y dolo inicial o posterior. A saber, el reclutamiento de las víctimas es conocido bajo dos tipos de sistemas: los cuales dependen de dicha diferenciación, es así que separamos por un lado la “trata blanda” y por otro lo conocido como “trata dura” (Mal-trata de personas. La esclavitud sexual. 2009)³¹.

³¹ Mal-trata de personas. La esclavitud sexual. 2009. <http://maltratadepersonas.blogspot.com/2009/11/sintesis-del-tema.html>

Uno de los casos, se aprovecha de las situaciones de humildad, pobreza, ignorancia, marginalidad, ligereza o indefensión del sujeto en cuestión y mediante engaños, fraude, artimañas, trasladan a las víctimas a otra provincia u otro país para ser explotada sexualmente, este sistema es conocido como “trata blanda”. Esto se configura cuando se ofrece a las personas necesitadas de trabajar para mantenerse a si mismos o sus familias, falsos empleos, las propuestas pueden variar desde trabajar en un restaurante, un salón de belleza, una agencia de modelos, cuidar bebés o ancianos o participar de promociones.

Por otro lado, cuando el reclutamiento nace de un secuestro, donde no se busca con fraude o artimañas “convencer” o “engañar” al sujeto, sino que se utiliza la coacción física, muchas veces utilizando la fuerza de modo agresivo, se denomina “trata dura”. Justamente lo que diferencia ambos supuestos es la violencia y la dureza en los medios que se ejerce de forma directa sobre la víctima al ser capturada, más allá del destino violento o no que se le dará con posterioridad. Es decir, cuando me refiero a trata “dura” o “blanda”, lo que redefine estas palabras dentro del concepto es solo como se logra la obtención

de la víctima de forma material, aunque previamente se hayan desarrollado otro tipo de actividades no violentas en sí.

Algunos mecanismos utilizados en la práctica:

Según análisis y estudios realizados por la “Fundación María de los Ángeles”. Organización no gubernamental, Argentina. Se han considerado una serie de metodologías modernas, como ejemplos puedo citar: Ofrecimientos de trabajo. Alejamiento del Hogar. Uso de Internet.

En todos estos casos el factor de riesgo es exponer la identidad de cada uno. Los datos personales y características propias, nuestras relaciones humanas y afectos, que en su conjunto forman parte de nuestra intimidad, dentro de un marco afectivo fundamental, forman parte de una información necesaria para quien entrega y/o recluta a la víctima, ya que desde el conocimiento de la persona, de los miembros de su familia, sus amigos, costumbres, etcétera, se consigue un sometimiento más efectivo de la víctima en cautiverio, quien se siente invadida por el conocimiento de su agresor relativas a su persona y vínculos familiares, a la vez que recibe amenazas de represalias sobre ellos en

caso de no facilitar su propio sometimiento. (Fundación María de los Ángeles. Organización no gubernamental. San Miguel de Tucumán, Argentina.- <https://www.facebook.com>).

La trata puede constituir una larga “cadena de explotaciones diversas”, comenzando con un fin específico, pero al no poder satisfacer el mismo, o quizá luego de haber sido satisfecho, llegar a utilizar el cuerpo humano para la satisfacción de distintos y múltiples fines accesorios. Es decir, la trata que puede comenzar con el objeto de la explotación sexual, puede culminar con tráfico de órganos, por ejemplo. Una vez llevadas a destino estas víctimas pueden variar la finalidad para la cual pretende explotárselas, todo dependiendo del país de destino, o de si por ejemplo quienes actuaron como victimarios son grupos terroristas, u organizaciones criminales organizadas.

Estas formas de esclavitud moderna, pueden ir desde el régimen de servidumbre, el trabajo infantil doméstico o de otro tipo, como la explotación en fábricas o distintos tipos de industrias, la explotación sexual comercial y la prostitución, el tráfico de

drogas, la utilización de niños en conflictos armados, y otras formas explotadoras y prácticas similares a la esclavitud en el sector industrial. Esta situación totalmente atroz es cuestionada por la Organización Internacional del Trabajo., la cual se esmera por luchar contra estas practicas y fomentar mediante políticas de acción como el plan de “Acción contra el trabajo infantil”, que los estados se sumen a esta lucha.

Otra finalidad perseguida por los criminales, es servirse de víctimas, para la propia satisfacción sexual y sentimental, contra la voluntad de la misma, que en la mayor parte de los casos ni siquiera tiene conciencia de lo que es un noviazgo o un matrimonio, debido a su escasa edad. Es así que encontramos, por ejemplo, que la trata de personas afecta a niñas de tan sólo 13 años -procedentes principalmente de Asia y Europa del este-, que son enviadas a otros países como "novias a la carta". En la mayoría de los casos, son niñas y mujeres que están solas e indefensas, por lo que corren un grave riesgo de ser víctimas de la violencia.

Es así que se pueden clasificar las distintas explotaciones consecuencia de esta

práctica, de la siguiente manera, de modo General:

Explotación laboral: trabajadores ilegales, que pueden haber llegado no solo mediante trata sino también por simple tráfico, a un país distinto, pero siendo sometido a una servidumbre laboral. Son situaciones donde los trabajadores carecen de derechos laborales sin olvidar la mala calidad de vida, no pudiendo accionar contra sus empleadores, por su carácter de ilegalidad, y en otros casos, no pudiendo acceder a la protección de la justicia justamente por no tener libertad de movimiento ya que están sometidos a Trata. A través de la Corte Constitucional, el Estado de Colombia ha implementado acciones en busca de protección a toda la población para que por igual gocen de sus derechos fundamentales y de esta manera ha declarado en múltiples ocasiones el Estado de Cosas Inconstitucionales³² (Ortiz Vanegas, Análisis del estado de cosas inconstitucionales desde el punto de vista procesal, pág. 10).

³² Ortiz Vanegas, H. D. (s.f.). Análisis del estado de cosas inconstitucionales desde el punto de vista procesal. 10.

Explotación sexual: Según lo establecido por “Alianza Global contra la Trata de Mujeres”, red conformada por personas físicas y jurídicas de todas partes del mundo, se define como “Explotación sexual” a: “la participación de una persona en la prostitución, la servidumbre sexual o la producción de materiales pornográficos, como resultado de haber sido sometida mediante engaño, coerción, abducción, abuso de autoridad, endeudamiento o fraude. Aun en ausencia de estos factores, en los casos en que la persona que participara de la servidumbre o producción de material pornográfico sea menor de edad, se considerara que ha existido explotación sexual”.

Explotación militar: esto hace referencia a los casos en los cuales la trata nace como resultado de la necesidad de reclutar soldados o nuevos combatientes, y al existir imposibilidad de dicho hecho se obtienen mediante el secuestro, es decir por la fuerza. No es necesario que el conflicto armado este en curso. Entre otras.

Observando más allá de los daños físicos en las víctimas, debe tenerse en cuenta el daño psicológico. Daño que va desde la

inseguridad y la pérdida de la autoestima hasta los traumas psicológicos graves y permanentes causados por el abuso y la violencia física y mental.

No solo la violencia física constituye violencia, sino que el maltrato psíquico, y la humillación que en general se manifiestan de forma verbal y no mediante golpes, también deja secuelas, muy especialmente cuando hablamos de víctimas menores de edad.

Para entender aún más esto, y la diferencia de poder entre la víctima que pretendería resistirse o defenderse y su captor, es necesario definir qué se entiende por “Situación de vulnerabilidad”, y en dicho orden de cosas la doctrina argentina sostiene que “vulnerable es aquel que por una adversidad o circunstancia especial se encuentra con menos posibilidades defensivas que el común de las personas”, de esta manera según lo sostenido y en el contexto del delito en cuestión, será considerado en su caso vulnerable aquella persona física que se encuentra en una posición de debilidad o de inferioridad respecto del captor, apresador o autor que le impide rebelarse o imponerse ante la voluntad del mismo, debiendo acatar

sus ordenes, esto sostenido por Hairabedian, Maximiliano (2009)³³.

Parte de la doctrina, como Ruiz, Alicia E. (2008), al asumir su postura acerca de estas Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas, ha sostenido que estas reglas son subjetivas, estableciendo que “Las 100 Reglas configuran nuevas formas de subjetividad poniendo al descubierto la discriminación, la fragmentación y la marginalidad e imponiendo al órgano judicial el deber de hacerse cargo de que la edad, el sexo, el estado físico o mental, la discapacidad, la pertenencia a minorías o a comunidades indígenas, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, la privación de libertad, las condiciones socioeconómicas hacen vulnerables a millones de personas más allá de que el derecho los declare iguales”³⁴.

³³ HAIRABEDIAN, Maximiliano. Tráfico de personas. 2009. *“La trata de personas y los delitos migratorios en el derecho penal Argentino e internacional”*. Pp.36, Bs. As., Edit. Ad-Hoc.-

³⁴ RUIZ, Alicia E. 2008. *“Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad. Comentario”*.

Sumado a lo expuesto, puede agregarse, lo establecido por un Documento elaborado por Naciones Unidas, “AnIntroduction to Human Trafficking: Vulnerability, Impact and Action”, luego de definir el termino de “vulnerabilidad” como “la condición que resulta de la forma en que los individuos experimentan negativamente la compleja interacción de los factores sociales, culturales, económicos, políticos y ambientales que conforman el contexto de sus respectivas comunidades”.

Sea la finalidad que sea la cual motive la configuración del delito, la consecuencia siempre será negativa para la persona afectada, y considero que más aun será así cuando hablamos de quienes no han llegado a un desarrollo físico y psíquico adecuando como para saber que la realidad no siempre es “la realidad”, que esa vida que viven, no es lo normal que tendría que ocurrirles. Que existe un mundo fuera de ese infierno, y que pueden ser ayudados. Sin embargo esa falta de desarrollo individual, torna difícil la utilización de herramientas para poder escapar de dicho infierno. Lo mismo ocurre en los casos en los cuales, la victima consigue retornar a una vida social corriente, luego del

suplicio, ya que la superación de los traumas causados, no es sencilla, y mucho menos para un sujeto que pasó toda su infancia sumergido en esa realidad.

Así se ve que esa violencia, y esa debilidad generada, va más allá de la situación creada al inicio de la actividad para llegar a configurar la trata. En la realidad de los hechos existe una vulnerabilidad previa, una durante y una posterior a la captación de la víctima.

La previa o existente es la que permite que se obtenga al sujeto y se lo rapte o convenza, seria en su caso la condición de vulnerabilidad que el presunto autor aprovecha. Pero la situación n finaliza allí, sino que luego a que la víctima ya se encuentra débil frente a quien la somete, esta vulnerabilidad se acrecentara por el hecho propio del captor o de cualquiera de los sujetos involucrados en la cadena de traslados y acogida de la víctima desde el lugar de origen hasta el lugar de destino. Una vez que la persona ya no puede defenderse, encontrándose en diferencia de poder, ya siendo víctima directa de su captura, el acrecentamiento de dicha debilidad no dependerá de cuestiones sociales, ni culturales

provenientes de su contexto diario, n del fraude o engaño emanado para crear en ella una determinada convicción que la lleve a caer el “la trampa”, ¿Por qué? porque ya cayo. A partir de este momento por el contrario son situaciones intencionalmente creadas por los victimarios para reducir al límite la voluntad de la víctima explotada. Aquí se dan las situaciones de aplicar estupefacientes, de amedrentar con presencia policial, de desproveerlas de sus documentos de identidad, pasaporte, medicación en caso que se la necesite, aislamiento absoluto de la victima, entre otros vastos ejemplos. Logrando todo esto se posibilita conservar al sujeto pasivo de este delito, inmovilizado ante el temor, resignado al dolor y casi dormido ante la crueldad de la realidad que le toca vivir.

Boko Haram y el infierno de las niñas nigerianas.

Nigeria es el país de África más poblado y uno de los más poblados del mundo. Cuenta con una tasa de natalidad, así como de mortalidad muy alta. Su población se encuentra dividida en muchos grupos étnicos, en dentro de ellos podemos

encontrar distintas religiones profesadas. Se sostiene que la Religión Cristiana conlleva el 50 % de la población, siendo el 40 % Musulmán, siendo menores el resto de las creencias religiosas.

Algunos sostienen que este país, posee un poderoso potencial humano y económico como para ser líder del continente africano, lo cual se hace muy difícil existiendo entre los grupos de habitantes diferencias irreconciliables (en su mayor parte encubiertas tras apariencias religiosas) que llevan a un desequilibrio fuerte entre norte y sur de la región, desencadenando enfrentamientos armados, golpes militares, así como negocios que conllevan crímenes internacionales, etc. Boko Haram, es el nombre con el que se define e identifica a uno de los dos principales grupos islámicos, que existen actualmente. Este, nació a la vida en el año 2002 al norte de Nigeria en un Estado llamado Borno, entrando en guerra explícita y evidente con el Estado desde 2009.

Tras la independencia del Estado Nigeriano, dada en 1960, la mayor parte de los grupos islámicos se ven inspirados por la Revolución Iraní. De este modo el grupo,

toma por su lado, la influencia mas directa de Al Qaeda del Magreb Árabe, naciendo como fanáticos religiosos pero sin vicios terroristas, mientras que a su alrededor el contexto económico-social, mostraba miseria, dolor y hambre, para lograr de algún modo ayuda social, mediante programas que no eran compatibles con el actuar del gobierno del Estado, lo que llevo a su enfrentamiento y convertirse en insurgentes.

Este movimiento islamita, hace referencia no solo a tintes religiosos sino también como es evidente a posturas marcadamente políticas. La denominación Boko Haram puede traducirse como “la educación occidental está prohibida”, (Origen etimológico de Boko (educación occidental) Haram (pecado/ prohibido), y su objetivo ya no era simplemente ayudar al pueblo y luchar contra los estereotipos occidentales de modo pacífico, sino que al verse impedidos de hacerlo. Pasaron a una finalidad mucho mas firme, fuerte y peligrosa como el derrocamiento del gobierno de Nigeria, para imponerse, radicalizando sus posturas, buscando el retorno al pasado, al origen, al estilo de vida medieval en el norte del país.

Es así que al vislumbrar la imposibilidad de imponer sus propósitos de otro modo más diplomático, comenzaron a imitar comportamientos y características terroristas de los movimientos Talibanes en Afganistán. Su fundador, Mohamed Yussuf, murió en 2009 luego de ser arrestado por la policía, y esto provocó una pequeña modificación, o mejor dicho se endureció aun mas el acción de la organización, haciendo mas común la criminalidad en el accionar del grupo, ya que con el ascenso de Abubakar Shekau a la cabeza, Boko Haram se radicalizó, tanto en el discurso como en las acciones, haciendo “cosa de todos los días”, el uso de las armas, las bombas, los atentados suicidas y no suicidas, y los operativos extremadamente violentos contras los civiles, mas aun cuando dichos civiles viven contrario a la filosofía islámica.

Este grupo, se ha lanzado firmemente en contra la formación escolar que actualmente se recibe en la región, en protesta de la utilización de los planes de estudio de estilo occidental en los colegios, agregando un poderoso y firme tinte religioso que busca justificar su lucha, sosteniendo que siguen las indicaciones de Dios, y hacen su trabajo

en la tierra, marcando así las diferencias entre las distintas creencias que se encuentran representadas en el país y derribando los esfuerzos por reconciliar a los cristianos del sur del lugar con los musulmanes del norte.

Y, ya no lo hacen como una ayuda humanitaria, sino que tornan toda esa fuerza que en sus inicios buscaba el bienestar de la comunidad, en crímenes, delitos, terror y mercado negro. La estructura ideológica y filosófica que fundamenta el accionar de la agrupación de Boko Haram excluye cualquier participación de los musulmanes en las actividades políticas o práctica social ligada a Occidente, sea de la índole que fuera.

Dentro de los crímenes y el gran abanico de actividades delictivas que financian su accionar terrorista, han llegado a las noticias mundiales hoy, por un hecho aberrante, que encuadra dentro de los Crímenes de Lesa Humanidad estipulados en el artículo n° 5 del Estatuto de Roma, configurándose la acción típica de la “trata de Personas”, ya que islamistas seguidores de este movimiento religioso-político de Boko Haram secuestraron a más 300 niñas en edad

escolar en el norte de Nigeria, a partir del mes de abril del presente año 2014, para ser las mismas vendidas como esclavas.

Su líder, Abubakar Shekau, no tuvo reparo en aparecer en los medios masivos de comunicación, rodeado de uniformes militares, armamento y movilidad blindada, adjudicándose la desaparición de las menores, orgulloso de su actuar y manifestando “Por Alá, las venderé en el mercado de esclavos”, “Dios me dio instrucciones de venderlas, son su propiedad y yo llevaré a cabo sus instrucciones”. Todo esto debido a que esta milicia islámica sostiene que el designio de Dios es que la mujer solo limite su vida a la realización de tareas del hogar y servir al hombre ya sea como esposa y/o madre, siendo que estas premisas religiosas y culturales llevadas al extremo, buscan dar fundamento a situaciones talmente atroces y cuestionables.

Estas inocentes niñas fueron secuestradas de sus dormitorios en el interior del establecimiento educacional ubicado en la ciudad de Chibok, al norte del país, en el Estado de Borno. Esta escuela brinda educación occidental y religión cristiana, y en dicho lapso había decidido abrir sus

puertas para de las menores pudieran rendir sus exámenes ya que la institución se había encontrado cerrada, por eventos violentos, buscando así mantener mayor seguridad.

Seguidamente, y ya en conocimiento de la Comunidad Internacional los presentes hechos, Boko Haram continuó en otras aldeas, separando menores de sus hogares para ser comercializados. El último ataque donde se configuraron mas raptos, cuya noticia tardó un poco en aparecer en los medios, se suscito mientras el propio gobierno del Estado Nigeriano se enfrentaba a poderosas críticas por su lento accionar y consecuente fracaso en encontrar a las estudiantes desaparecidas y así lograr poner freno a las actividades criminales de este grupo que fomento el miedo y sufrimiento y ya se ha cobrado miles de vidas en sus años de insurgencia.

El objetivo directo de quien comanda Boko Haram, puede vislumbrarse como el simple fomento del terror. Así, sostienen que la mujer, debe ser esposa y no contaminarse con educación innecesaria y pecaminosa, lo que lleva a que las niñas sean vendidas como novias, ya que las mismas son propiedad, según este líder terrorista, de Dios, y la

voluntad de Dios es que las mismas sean esposas, aun cuando tengan 9 años de edad.

Sin embargo la venta de las niñas como esclavas, encubre otros fines y configura un negocio más que rentable, como la Trata de personas, es decir, una de las mayores fuentes de financiamiento del terrorismo internacional, una solvente manera de sustentar actividades terroristas sostenidas.

En este caso no interesa que la finalidad de la venta de las mismas no sea la explotación sexual reiterada a cambio de ganancias económicas por parte de quien las regentea, sino que se pueden ejemplificar diferentes casos de trata, como distintos fines para la misma, que en muchas situaciones, dejamos de lado subsumiendo, este crimen solo a la trata sexual o el trabajo esclavo. Ya que es conocido internacionalmente que otro fin perseguido por los delincuentes, es servirse de menores femeninas, para la propia satisfacción sexual y sentimental, contra la voluntad de la victima, que en la mayor parte de los casos ni siquiera tiene conciencia de lo que es un noviazgo o un matrimonio, debido a su escasa edad.

Por lo tanto el actuar de Boko Haram, configura evidentemente la acción típica juzgada por la ley de “Trata de personas”, que como ya mencione ut supra en un crimen de lesa humanidad, el cual mas allá de ser aberrante e imprescriptible debe ser perseguido y juzgado como corresponde por la Comunidad Internacional.

Sostengo, en relación con este hecho que lo más preocupante aun es la posible relación que existe en los casos de trata de personas y el “poder”, es decir, que en muchos casos, miembros del gobierno y de las fuerzas de seguridad, o empresarios poderosos, tienen relación directa. Con hechos de esta índole, y en muchos otros supuestos colaboran en su ocultamiento o en brindarles impunidad a sus ejecutadotes. Pareciera, que el hecho que relaciona a estos terroristas y el secuestro de las niñas no escapa a esto. Se sostiene que, un empresario muy poderoso de Nigeria, relacionado directamente con el gobierno de dicho país, es parte del desgraciado evento suscitado desde mediados de abril de este año (y otros llevados a cabo por este grupo terrorista).

Este empresario fue detenido por el ejército nigeriano, mediante importante

operativo, en el mes de julio por participar junto a la organización de Boko Haram en el secuestro en cuestión. Se estableció, que su labor era estar al frente de la inteligencia de los operativos terroristas, ayudando a los mismos para planificar y llevar a cabo varios de sus ataques. El vocero de Defensa de dicho país, el General Chris Olukolade, manifestó que el sujeto arrestado habría utilizado su pertenencia a un grupo progubernamental "como tapadera, al tiempo que seguía siendo un terrorista activo".

Reacción internacional frente a Boko Haram.

La reacción de la Comunidad Internacional frente a las acciones de Boko Haram, generadoras de vastos sufrimientos, se silenció al inicio, pero el fantasma de lo que configura la “Trata de personas”, y su violación flagrante a los Derechos humanos, mas cuando hablamos de niñas que son vendidas como esclavas, termino evitando la oscuridad y centró la atención en su situación, lo que provocó que Estados Unidos, el Reino Unido por su parte, en principio, es decir como Estados Soberanos, y otros países ofrecieran ayuda al gobierno

de Nigeria. Washington ofreció “una célula de coordinación” que incluiría el personal militar y los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley con experiencia en negociaciones de rehenes.

Boko Haram considera a Nigeria como un país gobernado por corruptos, que siguen las líneas de Estados occidentales más corruptos aun, ello sumado a la acción espectacular del secuestro, así como la forma en que se sirve de los medios de comunicación para promocionar la causa de dicho grupo islámico, puso en jaque todo discurso occidental sobre la batalla contra el terrorismo.

Finalmente los Estados que forman parte del Consejo de seguridad de naciones Unidas, pusieron dentro de su orden del día al tema, para que la organización tomara cartas en el asunto.

Todos los integrantes de dicho órgano, ya sean permanentes, con derecho a veto, como n permanente, se vieron afectados por la situación y expresaron gran preocupación por los ataques terroristas perpetrados, “que han causado numerosas y devastadoras pérdidas de vidas y representan una amenaza

a la estabilidad y a la paz en África Occidental y Central”, estableciendo que deben tomarse medidas apropiadas contra este grupo de forma rápida y activa.

De este modo el Consejo de seguridad advirtió que estas acciones terribles desarrolladas por Boko Haram, podrían ser consideradas, sin lugar a dudas como Crímenes de Lessa Humanidad, violaciones al Derecho Internacional Humanitario y a la “Convención para la eliminación de toda forma de discriminación contra la Mujer”, subrayando que, quienes cometen actos de esa naturaleza deben rendir cuentas a nivel nacional e internacional y que algunas de esas acciones podrían ser consideradas crímenes penales internacionales, es decir con responsabilidad internacional y todo lo que ello conlleva, en base al Derecho Internacional.

Laurent Duvillier, representante de UNICEF para África Occidental señaló que este hecho cada día se torna más peligroso para las víctimas ya que “(...) cada día que pasa, las niñas secuestradas corren un mayor riesgo de ser explotadas sexual y laboralmente”. Según algunos expertos dedicados actualmente a la investigación en

curso, las estudiantes raptadas se encontrarían repartidas en países vecinos de Nigeria como el Chad, Camerún y Níger, ya habiendo sido vendidas para distintas tareas y con distintos destinos.

Consecuentemente, y en relación a todas las consecuencias de ser catalogado como crimen de derecho Internacional los actos llevados a cabo por esta organización, se logro que a pedido y solicitud del estado afectado, es decir Nigeria, el Comité de Sanciones a Al Qaeda del Consejo de Seguridad incorporara a su lista de sanciones internacionales a Boko Haram.

El Estado Nigeriano lo hizo mediante carta al Comité planteándole la urgencia de incluir al grupo en la lista dado el incremento de sus actividades y la peligrosidad de las mismas, para que Naciones Unidas comience a implementar acciones sancionatorias y preventivas, dirigidas a evitar incrementos de daños causados por actividades terroristas de esta agrupación. Las sanciones incluyen entre otras, congelamiento de activos, prohibición de viaje y embargo de armas a ese grupo y sus militantes.

El ex Secretario General de Naciones Unidas, Ban Ki-moon, no se mantuvo al margen de la situación y también se manifestó de forma fehaciente, condenando este terrible hecho, mas aun cuando se tiene en cuenta que los ataques han sido realizados contra centros escolares, haciendo que el accionar de Boko Haram lesiones las leyes y costumbres de la guerra, violando de forma directa el Derecho Internacional Humanitario, ya que se esta afectando de forma inapropiada a la población civil de un pueblo que no tiene nada que ver con actos hostiles, como los son niñas menores de edad. “Los ataques contra escuelas y alumnos es una grave violación del Derecho internacional humanitario”, subrayó Ban en el comunicado difundido por su portavoz y recalcó que los centros escolares “son y deben seguir siendo lugares seguros donde los niños puedan aprender y crecer en paz”.

Consecuentemente, el Consejo de Seguridad, órgano de Naciones Unidas, cuyas decisiones son vinculotes para los Estados partes, solicito la colaboración de todos los países, responsables en conjunto de mantener la Paz y seguridad internacionales, según reza el artículo n° 1 de la carta de

Naciones Unidas, para que colaboren con el gobierno de Nigeria, mas aun a aquellos estados de la Región. Esto llevo a que los estados del mundo se solidarizaran con la situación sufrida por su par, es decir el Estado Nigeriano, dando lugar a la iniciativa de crear un “Plan Internacional para el rescate de las niñas secuestradas”, propuesto en una cumbre realizada en la ciudad francesa de Paris. La principal conclusión de este encuentro, que engloba los intereses en Derecho humanos de la Comunidad Internacional respecto de este tema particular, celebrado en la capital francesa consistió en entablar una cooperación entre los Estados, que serán respaldados por Francia, Estados Unidos y Gran Bretaña en su lucha. De tal modo los jefes de Estado decidieron, poner en práctica estrategias de rescate, llevar a cabo patrullas conjuntas, compartir toda información recolectada sobre el tema, establecer firmes vigilancias en las fronteras y crear un equipo especializado en la pesquisa de Boko Haram. Así los Estados amigos colaboraran, siendo que ciudades como París, Londres y Washington pondrán a disposición los medios técnicos necesarios, para que estos

Estados nigerianos puedan servirse de los mismos.

Financiamiento del terrorismo.

La noción que me incumbe analizar, es decir, el “financiamiento del terrorismo”, esta dirigida a la forma en la cual estos grupos realizan sus actividades de manera sostenida, ¿Cómo se sustentan a si mismos y a sus actos?, la misma corresponde a la reunión de capital para la realización de actividades terroristas. En realidad las sumas de dinero que necesitan estos grupos para financiarse a si mismos puede que sean relativamente pequeñas en la mayoría de los casos, sin embargo lo mas complicado para el caso concreto es hallar las fuentes proveedoras, que colaboran a respaldar los actos terroristas, ya que la finalidad de dicha actividad (fuente) seria ilícita. Finalmente, una vez conseguida esa fuente que dará origen a los fondos, debe dilucidarse que tipo de fuente es, en relación a su estándar de permitida o no por la legislación, esto debido a que los fondos procedentes de actividades ilegales se introducen dentro del sistema financiero por medio de depósitos, transferencias electrónicas, etc. Estos

mismos fondos son alejados de su fuente ilícita por una serie de operaciones financieras luego de reintroducen dentro de la economía legal, de tal manera que parecen provenir de actividades legítimas. La expresión de “financiar el terrorismo”, hace referencia, por su parte, a una acción con miras a un futuro ilegal, como ya mencione en renglones previos, con esto me refiero a que no se trata de ocultar un accionar o una actividad pasada ilegal, ni ocultar un acto terrorista ya realizado con anticipación, ni de poder disfrutar en el futuro de sus ganancias con una relativa impunidad, sino que se trata específicamente de reunir fondos de cualquier manera, legal o ilegalmente, para realizar actos terroristas criminales, con posterioridad al hecho recaudador, osea, cometer un acto juzgable, en un futuro más o menos cercano.

El financiamiento del terrorismo correspondería a cualquier forma, maniobra o actividad, de acción económica, ayuda o mediación, aún cuando la misma sea totalmente permitida por el derecho, que proporcione colaboración financiera a las actividades de elementos o grupos terroristas. A pesar de que es lógico que el

objetivo principal de los grupos/ organizaciones no es específicamente financiero, ni mucho menos, los mismos requieren decididamente fondos para sustentarse y llevar a cabo sus actividades delictivas, o armarse y entrenarse, y hasta las actividades comunes que rodean los delitos a desarrollar, es decir alojarse, desplazarse, alimentarse. Reitero, algo esencial que es que el origen de dicho capital o fondos puede provenir de fuentes legítimas, no sancionadas por la ley, actividades delictivas, o ambas.

Lo importante de esta inclusión de actividades lícitas, es que más allá de que las mismas generen entrada de activos, o dinero de una forma legal, su finalidad es ilícita, es decir, “medio lícito para sustentar actividad ilícita”, lo que torna el total del accionar en ser sancionado por el objetivo oculto que encubre.

LA INTERPOL, nos proporciona una definición o conceptualización pragmática para lo que sería el financiamiento del terrorismo, esto tomando como fuente, al Comité Interamericano Contra el Terrorismo/Organización de los Estados Americanos, entendiendo tal actividad

como: “la producción de fondos por medios lícitos o ilícitos, que son remitidos a una organización terroristas o a su organización de fachada por redes financieras formales o informales”.

Es así, como sostiene el autor José Escribano Úbeda-Portugués (2009), que encontramos un estrecha relación entre el Terrorismo y la Delincuencia Organizada Transnacional, ya que muchas veces se realizan alianzas entre grupos terroristas y organizaciones delictivas organizadas por conveniencia, para colaborar entre si a los fines de establecer vínculos operacionales, logísticos financieros.

La Organización de Naciones Unidas ha expuesto que: “Los actos, métodos y prácticas del terrorismo en todas sus formas y manifestaciones constituyen actividades cuyo objeto es la destrucción de los derechos humanos, las libertades fundamentales y la democracia, amenazando la integridad territorial y la seguridad de los Estados y desestabilizando los gobiernos legítimamente constituidos. Reconociendo además que el desarrollo, la paz, la seguridad, y los derechos humanos están

interrelacionados y se refuerzan mutuamente”.

Según lo expresado por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito UNODC, (2010), la afectación de bienes jurídicos tan relevantes como los Derechos Humanos y libertades fundamentales, hace que el Terrorismo no sea un delito mas, un delito común, sino que su combate debe tener relevancia internacional y conlleva la necesidad de cooperación entre los sujetos de la comunidad Internacional, por consiguiente de ello se desprende la importancia de la lucha contra el financiamiento de dichas actividades destructivas, dado que para perpetrar actos de esta naturaleza es preciso movilizar y valerse de fondos capitales, y de dicho modo solventar las redes clandestinas, células e individuos de la organización, movilizarse, adquirir y adiestrar equipos, hacerse de armamento y municiones, organizar acciones complejas o comprar complicidades y silencios.

Dentro de lo que es el marco internacional que considera el financiamiento del terrorismo como un delito independiente y autónomo, podemos

encontrar tres fuentes esenciales, de las cuales extraer las obligaciones de los Estados parte de la comunidad Internacional en cuanto a la prevención y lucha contra el terrorismo.

A saber:

* “El Convenio Internacional para la Supresión del Financiamiento del Terrorismo”

1999. Con carácter vinculante para los países ratificantes, ya que es un tratado internacional.

Este instrumento internacional califica al Terrorismo Internacional como un acto contrario al “mantenimiento de la paz y la seguridad internacional”, lo que permite incriminar directamente a aquellos que financian actos de terrorismo elevando esta actividad a la categoría de delito autónomo. Asimismo hace hincapié en el carácter preventivo del delito de financiamiento de actos terroristas. De tal modo busca penalizar la preparación y el apoyo logístico que hacen posible la existencia de organizaciones terroristas y la eventual comisión por parte de los mismos de actos de violencia.

Dentro del mismo se destaca como aspecto importante, algo ya mencionado por mi en este trabajo, es decir que los fondos utilizados para financiar operaciones terroristas pueden ser tanto de origen legal o ilegal. Y el hecho de que provengan de actividades permitidas por la ley no les quita ilegalidad en su finalidad, ya que para configurar el delito, basta que los fondos hayan sido reunidos con el objetivo de cometer un acto terrorista (ilegal), sin necesidad que los mismos sean utilizados de forma efectiva.

* La Resolución 1373 del Consejo de Seguridad de la ONU. También en este caso es un fuente oficial, obligatoria para los estados por emanar del Consejo, órgano cuyas decisiones con vinculantes para todos los países, aun aquellos que no son parte de la ONU (según lo establecido por los Principios, citados en el Art. N° 2 de la propia carta de dicha Organización).

Esta Resolución es del año 2001, y encuentra sus fundamentos en el Artículo n° 2 de la Carta de Naciones Unidas, donde se hayan los Principios en los que se basa la

ONU, así como en el capítulo VII de la misma. Dentro de este texto 1.a), la obligación de los Estados miembros tendiente a “prevenir y reprimir la financiación de los actos de terrorismo”.

Puedo destacar, a su vez, que se plantea la necesidad de asegurar el enjuiciamiento de toda persona que participe en la financiación, planificación, preparación o comisión de actos de Terrorismo o preste apoyo a ese tipo de actos. De este modo, las medidas tendientes a la prevención y lucha contra el Terrorismo y su financiamiento, se convierten en un pilar fundamental del actuar de Naciones Unidas.

* Las 9 Recomendaciones especiales del GAFI sobre Financiamiento del terrorismo. En este caso, solo tiene carácter de recomendación, perteneciendo al “Soft Law”, es decir Derecho blando, por lo tanto no son vinculantes estas “sugerencias”, de dicho organismo.-

En este orden de cosas, el “GAFI”, “Grupo de Acción Financiera Internacional”, ha realizado una serie de recomendaciones frente al Terrorismo, siendo así reconocido

como un actor clave para dichos propósitos. Este es un grupo intergubernamental que establece ciertos parámetros o estándares, para desarrollar y promover políticas estatales, buscando combatir el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo. El GAFI, busca asegurar la implementación de políticas anti financieras del terrorismo en el territorio de los distintos Estados, estudiar en detalle las técnicas y topologías para el lavado de dinero y el financiamiento del terrorismo, sumado a que realiza actividades de asistencia destinadas a divulgar los estándares recomendados en todo el mundo.

Todo ello debido a que a pesar de la inexistencia de consenso internacional respecto de la determinación de ciertas definiciones, como la de “Terrorismo”, lo destacable es que por otro lado, si existe un consenso globalizado, respecto de que el combate contra los delitos de financiamiento del terrorismo y del “lavado de activos”, requiere de instrumentos e instituciones que coordinen los esfuerzos globales en este ámbito.

Dentro de las recomendaciones de este grupo de expertos, cabe destacar primeramente y en particular, la referencia

realizada hacia la “evolución negativa” del congelamiento de fondos con potencialidad tersita, ellos debido a que los Estados carecen de normativa que alcance para regular el blanqueo de capitales. Ellos sumado a que los grupos terroristas utilizan métodos y técnicas de lavado de dinero difíciles de rastrear, ya que como ya he establecido en el presente trabajo la fuentes proveedoras de activos se mezclan entre licitas e ilícitas.

Tal vez, acierta en su opinión el escritor José Escribano Úbeda (“Terrorismo, Narcotráfico, Blanqueo de Capitales, Trata de Personas, Tráfico ilícito de Migrantes, Trafico Ilícito de armas: Lucha global contra la Delincuencia Organizada Transnacional”. Pág. 69), cuando sostiene que “Quizá uno de los elementos mas preocupantes de la lucha contra el terrorismo estriba en el hecho de lo barato que sale la financiación de un acto terrorista (...)”

Como ya se ha dicho, parte de las actividades que constituyen el financiamiento del Terrorismo, se encuentra dentro de ciertas maniobras que se constituyen en delitos en sí mismos, pero delitos que se caracterizan en los hechos por

ser delitos continuados en el tiempo. A su vez podemos relacionar directamente este tipo de delitos con un principio importante en cuestiones internacionales como es el “Principio de la ubicuidad”, conocido también como “Tesis de la ubicuidad”. De tal modo, un crimen se reputaría no solo en el lugar y momento donde efectivamente el sujeto lleva a cabo la acción típica, sino también en el lugar y momento donde este produce sus efectos, aun cuando los efectos sean ocurridos en varios supuestos. Es decir, el hecho se reputa cometido en todo momento y lugar de los mencionados. Esto permite mayor amplitud a la hora de escoger entre los distintos Principios atributivos de Jurisdicción Internacional, de tal modo, esta tesis es de aplicación a los fines de evitar cierta impunidad de delitos, en caso de competencia negativa entre dos Estados por ejemplo (el estado donde se ejecuta el delito adopta la tesis del resultado y el estado donde se producen sus efectos la tesis de la manifestación de la voluntad), supuesto en el que los países se encontrarían impedidos de actuar, entendiéndose que el hecho se considera cometido tanto en el lugar donde se produjo la manifestación de la voluntad (que seria el evento en si mismo), como

donde se concretó el resultado (tantos lugares y momentos donde se producen los efectos), abarcando así las dos alternativas posibles.

Es interesante la relación que existe entre el control de las fuentes que sirven de financiamiento al terrorismo y la posibilidad de combatir de forma directa dicho crimen. En los últimos años han surgido propuestas tendientes a neutralizar el actuar de organizaciones delictivas atacando sus vías de financiación. Según la Unidad de Infamación Financiera, de la republica argentina, la cual responde al Ministerio de Justicia y derecho Humanos- Presidencia de la Nación, esta tendencia de lucha contra el crimen atacando sus fuentes de provisión de fondos se inicio, identificando primero el delito de “blanqueo de capitales”, es decir lo conocido como “lavado de dinero”, para luego llegar a la financiación del terrorismo.

El cuanto al tratamiento legal internacional financiero del terrorismo en 1999 la ONU llevó adelante la Convención Internacional para la represión del financiamiento del terrorismo, donde no hace una definición conceptual del Terrorismo, sino que hace referencia a sus

efectos materiales: la realización de actos voluntarios correspondientes a ciertos tipos de sabotajes, así como los perjuicios causados a víctimas inocentes y “Cualquier otro acto destinado a causar la muerte o lesiones corporales graves a un civil o a cualquier otra persona que no participe directamente en las hostilidades en una situación de conflicto armado, cuando, el propósito de dicho acto, por su naturaleza ó contexto, sea intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo”. Por un lado apunta de manera general al financiamiento “de cualquier otro acto destinado a causar la muerte...” cubriendo un campo mucho más amplio que las precedentes convenciones sobre el terrorismo. También permite incriminar directamente a aquellos que financian los actos de terrorismo y combatir indirectamente ciertos tipos de atentados terroristas, que no son actualmente cubiertos por ninguna convención específica, tales como los que no son realizados con explosivos. A diferencia de los convenios anteriores contra el terrorismo, el Convenio de 1999 coloca un conjunto de nuevas disposiciones tanto en materia de represión

como de prevención. El Convenio Internacional coloca el financiamiento del terrorismo como delito autónomo y doloso.

También considero interesante el modo en que influyen las transnacionalidad del delito de terrorismo, o su carácter eminentemente transfronterizo, que lo lleva a ser Terrorismo Internacional, en la dificultad del control y sanción de su financiamiento. Ya que luego de todo lo investigado es evidente que una de las características principales tanto del terrorismo como del delito de financiamiento del mismo, esta fuertemente ligada y vinculada con la intervención de organizaciones delictivas de carácter transfronterizo, atendiendo a que éste tipo de crímenes se enmarca dentro del actual fenómeno criminal propio de nuestro siglo, que es la “Delincuencia Transnacional Organizada”. Dada la interrelación e interdependencia existente entre los Estados y el alto desarrollo tecnológico de las telecomunicaciones actuales, los capitales fluyen fácilmente por el sistema financiero mundial, sostenido por D’Albora, (2004). Esto sirve a los movimientos transnacionales, y los grupos organizados puede autoabastecerse en varios países a la

ves, traspasando las fronteras de un Estado, y valiéndose de herramientas permitidas legalmente que le posibilitan el manejo de grandes cantidades de frutos gananciales.

En el marco de la Comunidad Internacional, esta peculiar particularidad fue específicamente contemplada por la “Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional”, según la ya previamente citada Convención de Palermo, la cual en su artículo N° 6 establece la “penalización del blanqueo del producto del delito, marcando así la vinculación existente con esta circunstancia”. Dicha característica fue destacada también en la Convención Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo de 1999 y la Convención Interamericana contra el Terrorismo del año 2002.

Conclusión.

El “terror” es un sentimiento profundo de miedo o fobia en la mayor escala que puede existir, es decir potenciada al punto de máximo esplendor, se dice que el terror aparece en la persona cuando el miedo

propriadamente dicho ha superado los controles posibles que puede ejercer el cerebro y ya no puede pensarse racionalmente, sino el que pánico invade el raciocinio del sujeto, impidiendo hasta que pueda manejarse a si mismo, tanto físicamente como psíquicamente.

El terror es un padecimiento constante, frente a situaciones que no siempre llegan a ser extremas en la práctica, pero si para la psiquis de la persona afectada por dicho sentimiento.

Los temas tratados en el presente trabajo de investigación, poseen un tremendo e insoslayable vínculo con el terror, ya que siendo, precisamente, su objetivo (como la conducción y ejecución de actos terroristas en si mismos), o siendo simplemente un medio voluntario o consecuente (cuando hablo de trata de personas), se genera este miedo exacerbado, turbación, desasosiego inmanejable, dejando a la persona humana vulnerable e impidiendo que la misma pueda hacer uso de su libre albedrío por estar condicionada por este sentimiento dominante de su psiquis.

La realidad globalizada con la que nos chocamos hoy en día, pero como ya he establecido, no siendo nueva, reconoce vanguardistas y modernas conductas generadoras de este sentimiento, siendo las mismas, por su carácter delictivo, penalmente reprochables, y en muchos casos siendo las mismas ejecutables mediante, o valiéndose de la estructura del crimen organizado, lo cual hace mas difícil el establecimiento del autor, y a su vez hace mas sencillo la ejecución de dichos crímenes, por contar con una estructura organizada en muchos casos desde el inicio de la acción hasta la posibilidad de lograr una posterior impunidad del acto ilegal.

Reconociendo dicho punto y habiendo llegado a la realidad mundial de los días corrientes, donde grupos y organizaciones terroristas se valen del crimen organizado, debo agregar, que la trata de Personas, no escapa al fenómeno actual de dicho accionar (crimen organizado transnacional), sino que por el contrario, junto a otros delitos, como el trafico de armas y el de estupefacientes, esta practica esclavista moderna es sumamente útil al terrorismo para solventar sus actividades generadoras de miedo masivo y violadoras de los derechos humanos y libertades

fundamentales de las personas. Buscando así, y logrando exitosamente, condicionar la libertad tanto física como mental de la autodeterminación de la persona, evitando que pueda decidir libremente sobre su plan de vida, y afectando su carácter de “persona”, ya la que voluntad y libertad son características esenciales del la humanidad.

Es por todo esto, que reitero, vale firmemente la pena, tanto conocer mucho mas acerca de los temas que planteo como colaborar en su investigación, su difusión e información a terceros, y la lucha contra los mismos, castigando fuertemente todas aquellas acciones que lesionan de esta forma tan atroz la humanidad de la persona, mas aun cuando conducen directamente a la explotación y esclavización del ser humano.

La trata de personas golpea por igual a países ricos y pobres, desarrollados o del tercer mundo, y constituye un delito de Lesa Humanidad, una flagrante violación a los derechos humanos.

Para finalizar, siento el compromiso de manifestar mi opinión personal acerca de la temática, y debo sostener que la cooperación internacional es, en definitiva, fundamental para erradicar tales practicas como la trata el trafico, los actos terroristas, pero para llegar a lograr dicho objetivo que muchas veces suena “utópico”, será necesario que aquellas potencias mundiales, que manejan el porvenir de la Comunidad Internacional al decidir sobre el mundo, dejen (ya que en varios casos sucede), de encontrar en las operaciones terroristas fuentes económicas millonarias, o beneficios por apoyo político, o conveniencias por ataques contra enemigos políticos en su caso, y finalmente se priorice el “Respeto de los Derechos Humanos”, el respeto a la vida, la divinidad, y se cumpla con el compromiso adquirido al firmar la Carta de Naciones Unidas de cooperar entre todos, para lograr, mantener y reestablecer la Paz y Seguridad Internacionales!.-

POR UNA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN EFICAZ³⁵

José Fernando Torres Peñuela³⁶

Universidad del Rosario- Colombia

jtorres.tcabogados@gmail.com.

Fecha de recepción: 26 de julio de 2020

Fecha de aceptación: 29 de agosto de 2020

³⁶ Abogado egresado de la Universidad Sergio Arboleda (2003), conciliador en derecho de la misma Alma Mater (2002) adscrito al Centro de Conciliación y Arbitramento de la Sociedad Colombiana de Arquitectos, especialista en Derecho Procesal del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario (2006) y actualmente candidato a Magister en Derecho con énfasis en Derecho Privado del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Correo.

jtorres.tcabogados@gmail.com.

Resumen.

La ausencia de decisiones judiciales, en la jurisdicción ordinaria – civil, que modifiquen o terminen contratos como consecuencia de la excesiva onerosidad proveniente de la alteración de las circunstancias existentes al momento de su perfeccionamiento, a pesar de la consagración expresa de la teoría de la imprevisión en el Código de Comercio de 1971, obedece, en nuestro criterio, a la inadecuada configuración normativa del instituto, por lo que resulta pertinente revisar, dogmática y pragmáticamente, los requisitos que normativamente se exigen hoy para su aplicación, y así poder proponer una nueva visión que permita su efectiva realización cuando en efecto la justicia conmutativa lo demande.

Abstract:

The absence of judicial decisions, in the ordinary civil jurisdiction, about modifies or terminates the contracts due to excessive onerosness arising from the alteration of the external conditions at the time of their perfection, despite the express consecration of the theory of unpredictability in the Commercial Code of 1971, obeys, in our opinion, the inadequate regulations of the country, so that it becomes relevant, dogmatically and pragmatically, the requirements that are normatively applied today for its application, and thus be able to propose a new vision that allows its effective realization when in fact commutative justice demands it.

Palabra clave:

Imprevisión, excesiva onerosidad, alteración de circunstancias, justicia conmutativa.

Metodología de investigación:

El presente artículo se elaboró empleando la metodología documental y la cualitativa. Según Cortés y García (2003), la investigación documental está basada en conocimientos fundamentados, en este caso la doctrina, la ley y las normas internacionales, que permiten elaborar un marco teórico conceptual que generan ideas para dar respuesta a las preguntas de investigación planteadas, buscando de esta manera un grado de certeza, fiables y con objetividad. Según Fraenkel y Wallen (1996) la investigación cualitativa permite conocer el ambiente natural y el contexto, con una recolección de datos que permite ir más allá de lo verbal, buscando saber qué piensan los sujetos de la investigación y qué significado tienen acerca del asunto investigado.

Introducción:

En Colombia, la figura de la imprevisión pareció existir en el ordenamiento jurídico a través de la *“jurisprudencia civil colombiana que desde la primera mitad del siglo XX ha considerado la posibilidad de llegar a aplicar la teoría de la imprevisión”* (MANTILLA ESPINOSA & TERNERA BARRIOS, 2009, pág. 322), como lo demuestra la sentencia de *“octubre de 1936 (casación de 29 de octubre de 1936, XLIV, P. 457)”* (MONROY CABRA, 2001, pág. 190), la cual fue reiterada *“por la misma corte en mayo de 1938 (casación de 23 de mayo de 1938. XLVI, p.544)”* (ARRUBLA PAUCAR, 2012, pág. 165).

Sin embargo, el reconocimiento que realiza parte de la doctrina nacional a dichas citadas jurisprudencias como antecedentes directos a la incorporación de la teoría de la imprevisión en Colombia, realmente se

encuentran lejos de ello, pues “en realidad, en ninguna de las sentencias la Corte aplico la teoría de la imprevisión, ni se alegó la excesiva onerosa, y más aún, en ninguna los hechos justifican siquiera mencionar la teoría” (CARO NIETO, 2009, pág. 240). Por ende, la Corte Suprema de Justicia desarrolló de una forma académica los lineamientos generales de esta teoría en sus *orbiter dicta*, y no en sus *ratio decidendi*, con lo cual se demuestra que esta teoría no fue aplicada en los referidos fallos judiciales, sino simplemente enunciada y explicada.

Realmente, el reconocimiento de la teoría de la imprevisión en el artículo 868 del Código de Comercio, no *positivizo* legado alguno jurisprudencial, sino que nace como producto de la labor legislativa de entonces. Sin embargo “hasta el día de hoy nuestra Corte Suprema de Justicia no parece haber aplicado nunca la disposición del

artículo 868 del Código de Comercio y, por consiguiente, no ha tenido oportunidad de interpretar dicha formulación normativa” (MANTILLA ESPINOSA & TERNERA BARRIOS, 2009, pág. 322).

Así las cosas, ni antes de la expedición del Código de Comercio de 1971 ni, y esto es lo más importante, después de promulgado dicho estatuto que reconoció expresamente el expediente de la teoría de la imprevisión -art. 868- fijando los requisitos para su configuración y adjudicando sus consecuencias, se conoce ningún caso en que la Corte Suprema de Justicia haya permitido la modificación o terminación de un contrato en virtud de ella.

Si bien el presente artículo se ha limitado a verificar, dentro de lo posible, la ausencia de antecedentes jurisprudenciales al nivel de la Corte Suprema de Justicia,

también puede afirmarse que la figura tampoco ha tenido acogida y desarrollo en las decisiones arbitrales, así que:

“Bien puede sostenerse que en derecho privado colombiano sigue siendo nula la aplicación práctica de las figuras ideadas por la teoría jurídica para la corrección del desequilibrio económico sobreviniente en la contratación, toda vez que en la esfera arbitral, al igual que en las pocas sentencias de la jurisdicción civil que se pueden ubicar en esta materia, no se identifica ninguna en la que se haya

dispuesto reconocer un ajuste a las prestaciones derivado de la aplicación de una de tales figuras”.

(SILVA GARCIA, 2007, pág. 49)

Así pues, como quiera que la figura de la teoría de la imprevisión resulta conflictiva en el plano del derecho comparado, en tanto que en el ámbito nacional está consagrada pero no se aplica, lo que pretende responder el presente artículo es: **¿Cómo conseguir que el reconocimiento legal de la teoría de la imprevisión en el artículo 868 del Código de Comercio sea efectivo en Colombia?**

Para contestar este interrogante se establecerá cómo, por un lado, la norma que consagra la teoría de la imprevisión en Colombia no se articula con nuestra

tradicción jurídica y, por otro, que la forma como se estructuró –los requisitos para su aplicación- y los tiempos en que la jurisdicción evacúa los procesos de este tipo, hacen inoperante la figura, y así, con base en dicho análisis, se propondrá un texto normativo que permita que la teoría de la imprevisión sea más que eso: más que una mera teoría, una clase en las aulas y un capítulo en los libros, convirtiendo en funcional el instrumento de justicia conmutativa contractual que representa.

REQUISITOS PARA LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN

Para que proceda la aplicación de la teoría de la imprevisión, conforme lo establece el artículo 868 del Código de Comercio, se deben satisfacer, de modo concurrente, los siguientes requisitos:

1) Que se trate de circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles: A pesar de ser conceptos con notables rasgos comunes, no es lo mismo que una circunstancia sea extraordinaria a que sea imprevisible o imprevista. La extraordinariedad hace relación a la infrecuencia en la ocurrencia de los hechos, es una situación objetiva, estadística. Por su parte, la imprevisibilidad es subjetiva, pues hace relación a la posibilidad que tiene el sujeto, dados sus conocimientos (ciencia, arte, técnica, profesión, oficio, experiencia, estudios, etc.) de antelarlo intelectualmente si el hecho o acontecimiento puede o no presentarse en el futuro. (BONIVENTO JIMENEZ, 2010, pág. 460)

A modo de ejemplo, la variación del valor de cierta divisa extranjera en un tiempo determinado es conmensurable, de suerte que un cierto margen de variación del precio

de dicha divisa, adecuado al comportamiento histórico, no es extraordinario. Otra cosa es que un ama de casa o un estudiante muy probablemente no están en las condiciones de prever esa alteración, que es, de todas maneras, ordinaria; en cambio, un importador o exportador que maneje de forma profesional esa específica divisa sí tiene la aptitud de preverla.

Así pues, las circunstancias ordinarias pueden ser previsibles para unos e imprevisibles para otros, según si razonablemente se debiera esperar que, dadas las condiciones de la persona, deba saber o pueda, sin esfuerzos extraordinarios, realizar el trabajo de anticipación intelectual de las variaciones de las circunstancias futuras.

En cuanto lo imprevisto de las circunstancias hace referencia al hecho de

haberse efectuado o no, en la realidad, la anticipación del acontecimiento, independientemente de que sea ordinario o previsible o extraordinario o imprevisible. Es, a la postre, la asignación voluntaria del riesgo, ora de forma expresa ora de forma implícita, lo último ocurre usualmente cuando el acontecimiento, siendo previsible, no fue objeto de regulación, con lo que se entiende que, en principio, fue aceptado implícitamente por quien de él pueda verse afectado. Por ello ha considerado la doctrina que “si media pacto expreso entre las partes en el cual se determina quienes y como se asumen las consecuencias derivadas de eventuales acontecimientos, deberá estarse a lo pactado, por más extraordinario que pudiera calificarse o por más onerosa que resulte la prestación” (BONIVENTO JIMENEZ, 2010, pág. 461).

Es lo normal que los acontecimientos extraordinarios o imprevisibles sean imprevistos, mas no es necesario, pues bien puede ocurrir que un suceso objetivamente improbable -extraordinario- que la persona por sus conocimientos específicos no estaba en el deber de prever -imprevisible-, hubiese sido efectivamente previsto, como si las partes asignan el riesgo de una eventual invasión extraterrestre o de un *tsunami* en Bolivia.

Así pues, conforme la norma y lo explicado, en la actualidad se requiere, para que pueda prosperar una pretensión derivada en una excesiva onerosidad sobrevenida, i) que la circunstancia sea objetivamente infrecuente, ii) que la parte afectada no tuviera el deber de anticiparla dados sus específicos conocimientos y iii) que no se haya asignado efectivamente el riesgo. Nosotros consideramos, en relación con este

primer requisito, que la imprevisibilidad subsume y supera la extraordinariedad y que, además, la previsión tácita incluye de suyo la previsibilidad.

En efecto, como vimos antes, lo extraordinario (objetivo) puede o no ser previsible (subjetivo) dadas las especiales características o condiciones de la persona de quien se puede esperar la antelación del hecho, y es en la imprevisibilidad, más que en la extraordinariedad, que debemos afincarnos la teoría, máxime en un sistema jurídico que, como el nuestro, gravita todavía en torno a criterios subjetivos de imputación.

Adicionalmente, una bien entendida teoría de la imprevisión, partiendo del concepto tácito pero inescindible de lo que es la previsibilidad, resulta suficiente en el texto normativo. En efecto, si la circunstancia es imprevisible y no se asignó

expresamente el riesgo de su ocurrencia, puede abrirse paso la imprevisión. *Contrario sensu*, si la obligación es previsible y no se asignó el riesgo, se considerará que la parte decidió asumirlo y se respetará tal decisión en virtud del postulado de la autonomía de la voluntad privada.

De todas maneras debe tenerse presente que el llamado *alea normal* del contrato es un límite a la posibilidad de argumentar una imprevisión inculpable. En efecto, toda persona debe al menos averiguar los aspectos más relevantes de las operaciones económicas que desarrolle, sin que sea permisible que se escude en la ignorancia de aquello que, dada la naturaleza del contrato, debe saber o tenga la carga de averiguar. No se puede olvidar, al respecto, que el concepto de buena fe se encuentra íntimamente ligado con la diligencia y la probidad en el actuar del agente.

Por otro lado, la auto asignación del riesgo tampoco debe considerarse como absoluta, pues puede ocurrir que aun en el evento de haberse asumido voluntariamente un riesgo, las circunstancias posteriores sean de tal suerte impredecibles y afecten de tal modo la carga prestacional que mal haría en seguirse de forma hierática e inamovible la imposibilidad de acudir al expediente de la imprevisión. En otras palabras, si se verifica que el juicioso ejercicio de auto responsabilidad mediante el cual se distribuyó un riesgo se ve superado de forma protuberante por las circunstancias, debería aceptarse que se hiciera uso de la teoría de la imprevisión.

A guisa de ejemplo, si las partes, previendo la inflación, como el fenómeno ordinario y predecible de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda por el paso

del tiempo, acordaron una cláusula de reajuste atada a algún indicador económico, de haber un desquiciamiento mayúsculo del proceso inflacionario que no era razonablemente esperable al momento de perfeccionar el acuerdo cuya consecuencia sea convertir a la cláusula de reajuste en totalmente insuficiente, mal haría en sancionarse al contratante previsorio, precisamente por su previsión y diligencia, pues de no haber tenido la cláusula de reajuste muy seguramente podría solicitar la revisión.

A manera de conclusión en relación con este requisito, más que exigir que las circunstancias sean, como actualmente se exige, extraordinarias, imprevistas e imprevisibles, se debe exigir, simple y llanamente, que las circunstancias hayan sido inculpablemente imprevistas y hacer la salvedad, además, de que aun cuando haya

asignación voluntaria del riesgo, y verificados ciertos requisitos, pueda abrirse camino la acción de imprevisión.

2) Que las circunstancias sean posteriores a la celebración del contrato.

La exigencia de que las circunstancias sean posteriores a la celebración del contrato aparentemente es obvia. Si la desproporción prestacional se predica al momento de celebrar el contrato estaríamos en una situación jurídica diferente: un evento de lesión o de algún vicio del consentimiento o de cláusulas abusivas, y en todo caso con la anuencia del contratante afectado. “Lo que en realidad determina que un contrato sea estatal, ya no es la existencia de potestades excepcionales o la denominación expresa de negocio público, sino la celebración de un acto jurídico por una entidad estatal destinataria

del estatuto contractual, sobre la cual recaen facultades y deberes” (Ortiz Vanegas, 2019, pág. 35).

Adicionalmente, las reglas que rigen el momento de perfeccionamiento del contrato están relacionadas de forma directa con las condiciones de existencia y validez de los contratos y, consecuentemente, con las sanciones de inexistencia y nulidad. Para poder hablar de excesiva onerosidad sobreviniente es requisito que haya un contrato existente y válido, en consecuencia, tiene que aceptarse que las condiciones que sustenten una petición de imprevisión sean posteriores a la celebración del contrato. “La etapa legal del contrato estatal toma suma importancia la bilateralidad, en la cual se parte de la base que la facultad y el deber conforman la obligación jurídica, puesto que no puede haber deberes que no aparejen su oposición de facultades; no puede haber

facultades que no entrañen la contrapartida del deber; necesariamente, si existe un sujeto obligado, tiene que existir otro sujeto facultado que le pueda en algún momento exigir al obligado el cumplimiento del deber” (Ortiz Vanegas, pág. 35).

No obstante, la aparente obviedad de lo antedicho, al entrar en el mundo hipotético de los hechos y los actos, que son finalmente los regulados por las normas, es posible que circunstancias anteriores o concomitantes a la celebración del contrato que las partes no conocían ni estaban en el deber de conocer produjeran el mismo efecto desquiciador que eventuales circunstancias posteriores, no obstante lo cual, el contrato no puede ser, con la legislación actual, objeto de imprevisión.

Supongamos, por ejemplo, que dos personas celebran un contrato y diez minutos antes había ocurrido un hecho que no podían conocer y que trastornó de forma grave el acuerdo de intereses que sensatamente creían regular con esa convención. ¿Debe acaso aceptarse que por conceptos meramente académicos alguien puede ser abocado a la ruina o alguien enriquecerse excesivamente ante el correlativo infortunio de otro, en tanto que si hubieran celebrado el contrato once minutos antes el tratamiento habría sido completamente diferente?

No parece ya tan plausible la argumentación que sostiene la imposibilidad absoluta de permitir que acontecimientos anteriores a la celebración del contrato puedan dar cabida a una imprevisión. De hecho, en los principios Unidroit (literal a del artículo 6.2.2) se permite la protección contractual por excesiva onerosidad “aun en

eventos verificados con anterioridad al cierre del negocio, siempre que hubiesen sido desconocidos por las partes. Posición que a su turno asume la legislación alemana de 2001 dentro de los presupuestos de alteración de las bases del negocio” (BONIVENTO JIMENEZ, 2010, pág. 468)

Así pues, somos partidarios que de forma excepcional, circunstancias previas a la celebración del contrato pero inculpablemente desconocidas por las partes puedan dar lugar a una acción de imprevisión. No debe confundirse, de todas maneras, un evento de imprevisión sobre hechos previos a la celebración del contrato con la lesión. En la lesión la afectación del equilibrio económico del contrato proviene del interior del mismo, del valor objetivo de las prestaciones, en tanto que, en la imprevisión, la ruptura del equilibrio proviene de factores externos, aunque

desconocidos por las partes, que modifican la relación de equivalencia o el sinalagma que las partes consideran están atendiendo en su acuerdo.

3) Que se trate de contratos de ejecución sucesiva, periódica o diferida. Excluye de forma expresa los contratos aleatorios y los de ejecución instantánea.

Para que una circunstancias posterior a la celebración del contrato pueda alterar de forma grave el esfuerzo que se debe realizar para cumplir las obligaciones de una de las partes es necesario, físicamente necesario, que haya un lapso de tiempo entre el perfeccionamiento del contrato y el cumplimiento de las obligaciones, pues si no fuere así ¿en qué momento se podrían haber presentado las circunstancias imprevistas?

Parte de la doctrina opina que la suma de exigir inicialmente que se trate de contratos de ejecución sucesiva sumada a la final prohibición de aplicación de la figura en contratos de ejecución instantánea se debe entender de forma exegética como una prohibición de aplicación de la teoría en contratos que sean, por su naturaleza, de ejecución instantánea, ya que “nuestro legislador habla de contratos de ejecución sucesiva, periódicas o diferidas, y más adelante, señala que la teoría no se aplica a los contratos aleatorios ni en los de ejecución instantánea, como por ejemplo la compraventa que a pesar de estar sometida a plazo será de ejecución instantánea” (ARRUBLA PAUCAR, 2012, pág. 167)

No obstante, la mayoría considera que para entender cabalmente el artículo legal se debe tener presente que, además de la viabilidad expresa de los contratos de

ejecución sucesiva se permitió, también expresamente, en los contratos *de ejecución periódica o diferida*, por ello, tratándose de contratos que por su naturaleza son de ejecución instantánea, como la compraventa, “la teoría de la imprevisión resultaría viable en la medida en que el cumplimiento de sus pretensiones se haya postergado en el tiempo, como la venta a cuotas, pues en tal situación se estaría ante un contrato de ejecución diferida” (BONIVENTO JIMENEZ, 2010, pág. 451)

Así las cosas, para la opinión general, y en ello estamos completamente de acuerdo, no es en la clasificación de contratos de ejecución sucesiva y contratos de ejecución instantánea en donde radica el campo de aplicación de la imprevisión. Es, en realidad, en la situación fáctica de que exista “un lapso entre la celebración del contrato y su ejecución (...) interregno en el

cual sobrevienen circunstancias que alteran en exceso la onerosidad inicial del contrato, evento que no puede presentarse en los contratos de ejecución instantánea al no existir tal lapso.” (BONIVENTO JIMENEZ, 2010, pág. 451)

Ahora bien, una cosa es que estemos de acuerdo con la posibilidad de acudir al expediente de la imprevisión en contratos de ejecución instantánea con cumplimientos diferidos en el tiempo y otra es que creamos que el legislador efectivamente permitió dicha aplicación, pues, además de la prohibición expresa, también es dicente que ante la imposibilidad de reajustar el contrato el juez lo deba *terminar*, en vez de *resolver*, que como es bien sabido, es el efecto lógico en los contratos de ejecución instantánea, independiente de la forma de cumplimiento de sus prestaciones. “El contrato se entenderá cumplido por el contratista cuando

este lo haya realizado acorde con los términos establecidos y con la totalidad de su objeto, a satisfacción de la administración; por consiguiente se exige por parte de la Administración un acto de recepción con las formalidades del caso, de la respectiva obra, bien o trabajo” (Ortiz Vanegas,pág. 50).

Sobre el particular nos parece que ha sido un poco superficial el tratamiento ordinario del tema. En realidad, la norma sí parece indicar que solo en los contratos que por naturaleza son de ejecución sucesiva podría hacerse uso de la teoría de la imprevisión, así como que también indica que en caso de no poder reajustar el contrato conforme a la equidad se procederá a decretar su terminación y no a la resolución.

Y es que, si se piensa bien, una resolución de contrato por imprevisión solo

trasfiere la totalidad del riesgo de la parte inicialmente afectada a la otra. Si A debe cumplir una prestación en favor de B a cambio de otra prestación, considerándose equivalentes ambas, cuando los hechos imprevisibles hagan excesivamente onerosa la prestación de A, al limitarnos a resolver el contrato, liberamos a A pero obligamos a B a satisfacer su necesidad con otra persona que le cobrará con las nuevas condiciones, es decir: solo le trasladamos la totalidad del riesgo. El dilema no se predica de igual manera con los contratos de ejecución sucesiva pues, en ellos, en tanto duró el contrato las prestaciones cumplidas lograron satisfacer, al menos parcialmente, la causa del contratante beneficiario de las circunstancias fortuitas, en este caso, de B.

Finalmente, en relación con la prohibición de aplicación de la teoría en contratos aleatorios, parece también muy

lógica, pues si en este tipo de contratos se tiene una contingencia de ganancia o pérdida como esencia de su tipo, mal podríamos pretender que luego, desconociendo ese elemento propio del contrato, las partes pretendan sustraerse a sus obligaciones por ser muy gravosas.

No obstante, nosotros consideramos que debe permitirse la imprevisión siempre y cuando la agravación en el cumplimiento de la prestación sea completamente ajena al alea normal del contrato, como lo admite la legislación argentina y la italiana.

Así pues, en cuanto al requisito actual que se trate de contratos de ejecución sucesiva, periódica o diferida con exclusión de los de ejecución instantánea y los aleatorios, creemos que no hace falta decir qué tipos de contratos abarca la teoría, sino resulta más eficiente tan sólo establecer que

el deudor no debe estar en mora, así es físicamente necesario el tiempo; por otro lado, se debe aceptar que se puede predicar una excesiva onerosidad sobrevenida en contratos aleatorios siempre y cuando la agravación de las condiciones en que debe ejecutarse la prestación sea completamente ajena al alea del contrato mismo.

Una nota breve: aún se escuchan voces que incluyen como limitante a la aplicación de la figura de la teoría de imprevisión que el contrato sea bilateral, atendiendo a alguna o ambas de las siguientes elucubraciones: i) que sólo en los contratos bilaterales, es decir, en aquellos en que ambas partes se obligan y la causa de cada uno es reflejo del objeto de la otra, puede darse un desequilibrio y/o ii) que al exigir la norma que se trate de contratos conmutativos, es decir, aquellos en que ambas partes consideran que sus

prestaciones resultan equivalentes, presupone de forma necesaria que ambas partes estén obligadas. No hay contratos unilaterales conmutativos, concluyen.

No obstante lo anterior, pensamos que la legislación actual no realiza la diferencia y donde la ley no distingue no cabe que el interprete lo haga. Es claro que la excesiva onerosidad se puede presentar en contratos unilaterales y que en la búsqueda de solución a cómo proceder a su modificación se puede tomar como ejemplo el artículo 1468 de la legislación italiana, de conformidad con la cual *“si se trata de un contrato en el cual una sola de las partes ha asumido obligaciones, puede solicitar una reducción de su prestación o bien una modificación en la modalidad de ejecución, como recurso suficiente a la equidad”* (BERROCAL LANZAROT, 2014, pág. 206)

4) Que las circunstancias alteren o agraven la prestación a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa.

Es el pilar fundamental de la figura. Ciertamente, si, por una parte, los contratos deben cumplirse de forma rigurosa en la forma en que fueron pactados pero, por otra, se va a permitir que los contratos válidamente celebrados se desconozcan o se modifiquen en sede judicial sin que medie incumplimiento de ninguna de las partes, algo tendría que justificar ese tratamiento de excepción y ese algo es, precisamente, la agravación de las prestaciones a cargo de una de ellas. “La cláusula exorbitante es inherente a la administración pública, otorgándole privilegios a la administración para que pueda realizar sus cometidos, aunque deba hacerlo con respecto a las

normas y procedimientos de legalidad” (Ortiz Vanegas,pág. 54).

El punto problemático de este requisito está en establecer los criterios para definir cuándo una agravación de las prestaciones es suficiente para romper el principio de intangibilidad del contrato, pues la ley no lo define.

Primeramente establezcamos, y es la parte sencilla, que el límite superior de la agravación de la alteración de las circunstancias para que opere la imprevisión es la imposibilidad de cumplimiento. “Las circunstancias sobrevinientes que alteran el equilibrio contractual no deben tener la magnitud para hacer del todo imposible el cumplimiento, pues en este caso estaríamos ante una situación de caso fortuito o fuerza mayor”, (BERROCAL LANZAROT, 2014,

pág. 206) que tiene un tratamiento jurídico diferente.

En efecto, el caso fortuito o la fuerza mayor son eximentes de responsabilidad (a menos que hayan sido contractualmente asumidos o legalmente asignados), de suerte que el deudor no podrá cumplir, ni deberá indemnizar. En cambio, en tratándose de imprevisión, lo que se debe determinar es cómo distribuir los efectos económicos de los hechos sobrevenidos con mira a la supervivencia del contrato o, de no ser posible, a su terminación, con las respectivas restituciones mutuas (tal y como se desprende del Código de Comercio, aunque, como se verá, nos apartamos de ese orden de prelación en las consecuencias que pensamos deberían seguir al reconocimiento de la excesiva onerosidad sobrevenida).

Así pues, “mientras la fuerza mayor y el caso fortuito impiden de forma absoluta el cumplimiento del contrato, la teoría de la imprevisión requiere que dicho cumplimiento sea aún posible, sólo que mucho más gravoso” (GONZALEZ GARCIA-HERREROS, Junio 2010, pág. 170)

Por cierto, un breve paréntesis: nos parece artificioso el intento de incluir la teoría de la imprevisión en el contexto propio de la fuerza mayor, bajo el entendido que toda obligación contractual en realidad implica una pauta comportamental cuya medición está en el nivel de diligencia exigible al deudor en cada caso concreto, de modo que si los efectos de las circunstancias imprevistas no pueden ser removidos con el esfuerzo que se equipare a la diligencia exigible, a pesar de ser objetivamente

salvables con otro nivel de esfuerzo, sería en todo caso un evento de fuerza mayor.

Las causas y efectos de la teoría de la imprevisión son meramente económicas, en tanto que el nivel de diligencia exigible a un deudor en cada caso es un asunto puramente jurídico y su mezcla resulta improcedente por ininteligible. Una de las tantas manifestaciones del principio de la economía es la utilización de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, los cuales son utilizados con el objetivo de solucionar conflictos de forma amistosa, rápida, sencilla, además de ser eficiente y eficaz con todos los efectos plenos legales de una sentencia. (Ortiz Vanegas, pág. 43).

Precisamente, la teoría de la imprevisión existe cuando la parte afectada por el desquiciamiento económico, *sin su culpa*, se ve abocada a realizar un esfuerzo

económico extraordinario para poder cumplir la obligación. El criterio jurídico de la diligencia debida es, pues, un elemento determinante para la configuración de la teoría, pero solo en el sentido de excluirla si el deudor fue negligente en la estimación de los riesgos o participo de forma reprochable en la generación de las circunstancias que alteraron el equilibrio o lo agravaron.

En segundo término, siendo la parte más compleja, el límite inferior de la agravación de las prestaciones no tiene un criterio unificado al cual acudir para determinarlo. Para algunos *“La teoría de la imprevisión apunta a una excesiva onerosidad sobreviniente que varía, modifica o agrava la posición del deudor contractual en cuanto que la ventaja que le reporta el contrato no guarda ya la inicial proporción o equivalencia con el sacrificio que le corresponde asumir”*, (BONIVENTO

JIMENEZ, 2010, pág. 456) para otros la figura se abre camino por la desproporción que justifica la intervención judicial cuando el desequilibrio esté *“Por fuera de los límites normales de oscilación del valor de la prestación debida”*. (MANTILLA ESPINOSA & TERNERA BARRIOS, 2009, pág. 436)

No obstante las evidentes discrepancias, existe más o menos consenso al menos en cuanto a que: i) la excesiva onerosidad debe verificarse por circunstancias objetivas, no de las circunstancias propias del deudor (como perder el puesto o tratarse de un contrato pequeño para una persona de considerables recursos cuya afectación en el conjunto de su patrimonio es insignificante) y ii) la determinación de cuándo se puede acudir a la excesiva onerosidad sobrevenida es, a la

postre, un asunto que se deja al prudente criterio del juzgador.

Nosotros nos apartamos de la posición mayoritaria que exige que la excesiva onerosidad sea objetiva, por cuanto consideramos que si en realidad se pretende que sea una figura que desarrolle la justicia conmutativa, es en la situación económica general del deudor donde debemos encontrar el baremo del desequilibrio. *“Tal vez ha llegado el momento de consagrar la propuesta del profesor CHRISTOPHE JAMIN de revisar judicialmente el contrato por imprevisión cuando el cambio en las circunstancias es susceptible de arruinar a un contratante y el otro tiene los medios para permitir la continuación de su relación contractual”* (ALCALDE RODRIGUEZ, 2007, págs. 366 - 367).

En efecto, bien visto, uno se pregunta: ¿cómo los defensores de la teoría hablan de “justicia” con bases objetivas?, ¿Es acaso justo que un contrato insignificante de un gran empresario sea objeto de adecuación en tanto un contrato grande de una persona no comerciante que se ve sujeto a la ruina no lo sea? ¿Es acaso justo que la persona que pierde fortuitamente el empleo se vea arrinconada a la ruina en tanto el que ve aumentar el precio de las materias primas no? Frente al acreedor ¿tiene buena fe quien sabiendo que su contraparte está afrontando, digamos, los costos de una enfermedad catastrófica de su hijo, cobre igual la prestación que le será insoportable a su deudor y tiene mala fe, en cambio, aquel acreedor que se niegue a modificar el contrato porque la caída de la bolsa de China hizo excesivo el costo de importar un insumo? Las respuestas a estos interrogantes son pragmáticas: la teoría objetiva no busca

en realidad la justicia sino evitar el colapso absoluto del sistema económico liberal.

Por otro lado, los hechos sobrevenidos deben alterar de forma real el esfuerzo que la parte deudora debe realizar para cumplir su prestación. Así las cosas, a manera de ejemplo, un incremento inusual y grave de los precios de la materia prima para cumplir una prestación no tendría efecto si el deudor de todas maneras tuviera la materia prima antes de la súbita subida de los precios. En efecto, podría darse el evento extraordinario, imprevisto e imprevisible (o inculpablemente imprevisto, en nuestra propuesta) pero aun así no generar un verdadero caso de excesiva onerosidad sobrevenida. La administración restablezca el equilibrio económico del contrato, para que no se presenten pérdidas por la ocurrencia de situaciones imprevistas que, por supuesto, no le sean imputables a los

contratistas; en el eventual caso de que la administración sea quien rompa dicho equilibrio tendrá que restablecer la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato (Ortiz Vanegas, págs. 37-38).

5) Que la prestación afectada por las circunstancias sobrevenidas sea “*de futuro cumplimiento*”.

Este es un requisito que, como ha sido entendido mayoritariamente en Colombia, resulta el mayor obstáculo, desde un punto de vista fáctico, para la eficacia de la teoría de la imprevisión, atendiendo especialmente el tiempo de duración de un proceso declarativo. La jurisprudencia constitucional colombiana ha dejado establecido que existen tres categorías de sistemas de carrera administrativa: la carrera

general (Ley 909 de 2004), las carreras especiales que a su vez se dividen en carreras especiales de origen constitucional, y los sistemas específicos de carrera de carácter legal (Hernández & Ortiz Vargas, 2012, pág. 46).

Para entender cómo ha sido interpretado este requisito traeremos a colación un pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia en el que la alta Corporación sobre el particular precisó mediante sentencia de julio 31 de 2014. SC-10113. Con ponencia de Margarita Cabello Blanco lo siguiente:

*“La previsibilidad o no a que alude ese instituto <teoría de la imprevisión> debe repararse durante la ejecución, en el interregno de vigencia del negocio jurídico, no cuando éste se halla concluido (...) **ha sido posición reiterada, invariable y***

constante de la Sala, que ejecutado, terminado o concluido el contrato y extinguida por su observancia la prestación, nada hay por revisar, reajustar, restablecer o terminar (...) Así, sin requerirse mayores elucubraciones, lo cierto es que conforme a las reglas de elucidación contenidas en los artículos 27 y siguientes del Código Civil colombiano, la institución en estudio opera para contratos que se hallen en curso, puesto que solo así podrá el Juez ordenar su revisión o terminación. Esa y no otra, es la razón, también, para que dicha figura no pueda aplicarse en tratándose de acuerdos de ejecución instantánea, por no poder, naturalmente, prolongarse en el tiempo, debido a que su nacimiento y finalización suelen confundirse en un mismo momento”. (Negrillas fuera del texto original).

Ahora bien, hay otro entendimiento posible pero minoritario del requisito en comento, a saber, que el futuro cumplimiento se refiere a la cronología entre los hechos extraordinarios, imprevistos e imprevisibles y la exigibilidad de las obligaciones afectadas por la excesiva onerosidad, y no a que el afectado no haya pagado la obligación derivada de su contrato.

Lógica no le falta a esta interpretación, primero porque si la obligación era exigible antes de los eventos desquiciantes y no fue cumplida, la teoría de la imprevisión no podría enervar el incumplimiento “a menos que la mora sea absolutamente irrelevante en la configuración de la excesiva onerosidad subsiguiente en la prestación” (BONIVENTO JIMENEZ, 2010, pág. 471), en tanto que si era exigible y había sido

cumplida, nada habría que reclamar pues los hechos posteriores no podrían afectar la ecuación económica hacía el pasado.

Por el contrario, la exigencia, como se ha entendido, y atendiendo que la teoría de la imprevisión no afecta la exigibilidad de las prestaciones derivadas del contrato, resulta un escollo enorme y muchas veces insalvable para su aplicación y por ello nos parece más lógica la interpretación minoritaria.

Por otro lado, no se entiende como obvio que la extinción de las obligaciones por pago implique la ausencia de sentido de la figura, como lo expone la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, pues baste revisar el funcionamiento de la revisión posterior del equilibrio económico en la contratación estatal para demostrar que el pago no extingue el interés del perjudicado en

restaurar, por otro medios, así sea restitutorios de dinero, el equilibrio roto. “En Colombia no se han desarrollado los conceptos jurídicos indeterminados, entendido como una actividad reglada o discrecional que permite la decisión única justa y no una libertad de elegir la solución justa de varias ajustadas a derecho” (Hernández & Ortiz Vargas, 2012, pág. 105).

Así pues, se debe dar la opción de conseguir una solución económica si se desarrolla el objeto del contrato encontrándose la declaración de la excesiva onerosidad sobrevenida en curso procesal, es decir, habiéndose interpuesto la demanda, para lo cual, si bien el Código General del Proceso ya prevé las medidas cautelares innominadas, la norma que establezca la teoría de la imprevisión debería hacer alusión expresa a algunas medidas cautelares, digamos que exóticas en nuestro

ordenamiento, pero necesarias para la efectiva realización de la figura en la práctica.

CONCLUSIÓN

Como quiera que el presente artículo pretendía establecer que la naturaleza jurídica de la teoría de la imprevisión y los requisitos para su configuración la hacen inoperante, la conclusión se presentará como un texto normativo propuesto que recoja todas las críticas realizadas, así:

Artículo de la teoría de la imprevisión:

Cuando circunstancias inculpablemente imprevistas posteriores a la celebración del contrato agravan la prestación aún no exigible a cargo de una de las partes, de suerte que su cumplimiento exacto implicaría una carga descomunal en su

patrimonio, visto en conjunto, el juez dará un plazo razonable para que las partes intenten re-negociar el contrato. Excepcionalmente pueden ser circunstancias anteriores al perfeccionamiento del contrato, siempre y cuando las partes no las conocieran ni hubieran debido conocerlas.

En caso de que las partes no hayan llegado a un acuerdo, el juez declarará terminado el contrato. No obstante, si se verifica que la parte beneficiaria de las circunstancias imprevistas no intentó seriamente llegar a un acuerdo en la etapa de negociación, el juez podrá hacer subsistir el contrato modificándolo de forma tal que reparta los efectos del cambio de circunstancias atendiendo primeramente la disposición de intereses inicialmente acordada por las partes y podrá, igualmente, condenar a las indemnizaciones a que haya lugar por la ausencia de seriedad en la renegociación.

Si el contrato es de ejecución instantánea pero con obligaciones diferidas o periódicas, el juez deberá guardarse de resolverlo, en su lugar, deberá terminarlo asegurándose de repartir los efectos del cambio de circunstancias siguiendo los criterios establecidos en el inciso anterior.

El juez podrá hacer uso de las medidas cautelares que considere necesarias para que durante el tiempo que dure el proceso no se genere un perjuicio irremediable o considerable a una de las partes contratantes, así como para garantizar la efectividad de la decisión final, pudiendo anticipar la repartición de las cargas excesivas derivadas de las circunstancias imprevistas, o la reforma temporal del contenido o forma de cumplimiento de las prestaciones, o cualquier otra medida que le parezca conducente.

En todo caso, si durante el proceso el contrato culmina con el cumplimiento a pesar de las circunstancias imprevistas, el juez reconocerá las compensaciones a que haya lugar para restaurar el equilibrio.

Cuando se trate de contratos aleatorios o cuando se trate de circunstancias previstas, podrá aplicarse el presente artículo siempre y cuando la agravación de la prestación provenga de hechos ajenos al alea propio del negocio o cuando se verifique que razonablemente no es exigible mantener la asignación voluntaria del riesgo.

Para decretar las reformas del contrato, incluyendo las que se realicen como medidas cautelares, el juez podrá decretar un dictamen pericial mediante auto que no tiene recursos.

Una nota final: si bien el artículo trata de la teoría de la imprevisión desde un punto de vista legal y dado que es cada vez más usual (tomado de los contratos internacionales) la existencia de cláusulas destinadas precisamente a prever lo imprevisible, por contradictorio que suene, que son las cláusulas normalmente conocidas como *hardship*, cuya obligación principal es la re negociación del contrato, vale la pena advertir la posible incompatibilidad (nada deseable) entre estas cláusulas y el segundo inciso del artículo 13 del Código General del Proceso. Es claro que debe haber un incumplimiento contractual por no intentar seriamente re negociar el contrato y que con ello no se está obstruyendo, en este caso especial, el acceso a la justicia sino, muy por el contrario, resulta ser una herramienta muy útil para solucionar conflictos de forma civilizada, amigable y justa.

BIBLIOGRAFÍA.

1. ALCALDE Rodríguez, Enrique. *Corte de apelaciones de Santiago y Teoría de la Imprevisión. Un hito fundamental en la evolución de nuestra justicia ordinaria*. Revista Chilena de Derecho, volumen 34, No. 2. P. 361 – 372.

2. ALTERINI, Atilio Aníbal. *Treinta estudios de derecho privado*. Editorial Temis y Pontificia Universidad Javeriana. 2011.

3. ARRUBLA Paucar, Jaime Alberto. *Contratos mercantiles. Teoría general del negocio jurídico mercantil*. Editorial Legis. Decimotercera edición actualizada. 2012.

4. ARRUBLA Paucar, Jaime Alberto. *Las transformaciones en los contratos*. En: Revista de la Corte Suprema de Justicia No. 18. 2004.

5. BENÍTEZ Caorsi, Juan. *La revisión del contrato*. Editorial Temis. Segunda edición, 2010.

6. BERROCAL Lanzarot, Ana Isabel. *La cláusula Rebus Sic Stantibus. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo, del Pleno de la Sala Primera, de 17 de enero de 2013*. Cuadernos de Derecho y Comercio 2014, No. 60.

7. BONIVENTO Jiménez, Javier José. *Algunas reflexiones en torno a la teoría de la imprevisión en el derecho contractual privado colombiano*. En: Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI, Derecho Privado, Tomo IV, Volumen I. Editorial Temis y Pontificia Universidad Javeriana. 2010.

8. BORDA, Alejandro. *Contratos*. Editorial Ibáñez y Pontificia Universidad Javeriana. 2012.

9. CARO Nieto, Juan. *La imprevisión: una teoría que se planeta pero no se aplica*. En: Estudios de derecho privado, Tomo I, liber amicorum en homenaje a César Gómez Estrada. Editorial Universidad del Rosario. 2009.

10. CASTILLO Fernando Alfredo. *Algunas reflexiones acerca de los efectos de la obligación de 'renegociar un contrato desequilibrado'*. En: *Estudios de derecho privado en homenaje a Christian Larroumet*.

Bogotá: Editorial Universidad del Rosario. 2008.

11. CHAMIE Gandur, José Felix. *La adaptación del contrato por eventos sobrevenidos. De la vis cui resisti non potest a las cláusulas de hardship*. Universidad Externado de Colombia. 2013.

12. CUBIDES Camacho, Jorge. *Los deberes de la buena fe contractual*. En: Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI, Derecho Privado, Tomo IV, Volumen I. Editorial Temis y Pontificia Universidad Javeriana. 2010.

13. EMILIANI Román, Raimundo. *Conferencias de obligaciones. Fuentes voluntarias de las obligaciones*. Editorial Temis. 1980.

14. GARRIDO Cordobera, Lidia. *Transformaciones del derecho contractual y principios de libertad y autonomía*. En: Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI, Derecho Privado, Tomo IV, Volumen I. Editorial Temis y Pontificia Universidad Javeriana. 2010.

15. GONZÁLEZ García-Herreros, Juan Lucas. *La excesiva onerosidad frente a la imposibilidad absoluta de cumplimiento*. En: Revista de derecho de la división de ciencias jurídicas, No. 15. Universidad del Norte. Junio de 2001.

16. MANTILLA Espinosa, Fabricio y TERNERA Barrios, Francisco. *Breves comentarios sobre la revisión judicial del contrato*. En: Los contratos en el derecho privado. Editorial Legis y Universidad del Rosario. Segunda reimpresión de la primera edición. 2009.

17. MAZEAUD, Denis. *La europeización del derecho de contratos (de lege ferenda)*. En: El contrato: problemas actuales, evolución, cambios. Universidad Externado de Colombia. 2007.

18. MONROY Cabra, Marco Gerardo. *Introducción al derecho*. Duodécima edición. Editorial Temis. 2001.

19. MORALES Hernández, Alfredo. *La revisión del contrato mercantil frente a la crisis económica mundial de 2009*. En: Realidades y tendencias del derecho en el

siglo XXI, Derecho Privado, Tomo IV, Volumen II. Editorial Temis y Pontificia Universidad Javeriana. 2010.

20. MUÑOZ Laverde, Sergio. *Equilibrio financiero en los contratos privados. Concepto, formas de ruptura y mecanismos de reparación*. En: Modernización de las obligaciones y los contratos. Seis estudios. Editorial Temis y Universidad de los Andes. 2015.

21. NAMÉN Vargas, William. *Autonomía privada*. En: Responsabilidad civil y negocio jurídico. Editorial Ibáñez y Universidad Santo Tomas. 2011.

22. ORDOQUI Castilla, Gustavo. *Buena fe contractual*. Editorial Ibáñez, Pontificia Universidad Javeriana y Universidad Católica [Montevideo, Uruguay]. 2012.

23. OSPINA Fernández, Guillermo y OSPINA Acosta, Eduardo. *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*. Séptima edición. Editorial Temis. 2015.

24. OVIEDO Albán, Jorge. *La excesiva onerosidad sobreviniente (Hardship) en los*

Principios de Unidroit para los contratos comerciales internacionales. En: Estudios de derecho mercantil internacional. Editorial Ibáñez. 2009.

25. PÁJARO Moreno, Nicolás. *El contrato y sus principios orientadores*. En: Derecho de las obligaciones con propuestas de modernización, Tomo I. Segunda Edición. Editorial Temis y Universidad de los Andes. 2015.

26. PIZARRO Wilson, Carlos. *El derecho de los contratos en Latinoamérica. Bases para unos principios de Derecho de los Contratos*. Universidad del Rosario y Universidad Externado de Colombia. 2012.

27. RENGIFO García, Ernesto. *Las Facultades unilaterales en la contratación moderna*. Editorial Legis. 2014.

28. RENGIFO Gardeazabal, Mauricio. *Teoría general del contrato. Introducción a las teorías clásicas*. En: Derecho de las obligaciones con propuestas de modernización. Tomo I. Segunda edición. Editorial Temis y Universidad de los Andes. 2015.

29. REVET, Thierry. *La revisión del contrato*. En: *El contrato: problemas actuales, evolución, cambios*. Universidad Externado de Colombia. 2007.
30. SILVA García, Fernando. *Una aproximación a la visión de la corrección del desequilibrio contractual desde la perspectiva de la jurisprudencia arbitral*. Revista e – Mercatoria. Volumen 6. Número 2. 2007.
31. SOTO Coaguila, Carlos Alberto. *El “Pacta Sunt Servanda” y la revisión del contrato*. En: *Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI, Derecho Privado, Tomo IV, Volumen I*. Editorial Temis y Pontificia Universidad Javeriana. 2010.
32. URBINA Sánchez, Elisa; ACOSTA, Joaquín Emilio; DURÁN Vinazco, Ricardo y PALOMARES, Jorge Ricardo. *Los contratos en la era global*. Editorial Ibáñez y Universidad Santo Tomas. 2012.
33. Ortiz Vanegas, H. D. (2016). Capítulo VI LA UNIÓN DE HECHO EN ECUADOR . Valencia: EUDEBA.
34. Ortiz Vanegas, H. D. (2019). Capítulo VII Estado de cosas inconstitucional el camino hacia el nuevo derecho procesal constitucional. Bogotá: Ediciones nueva jurídica.
35. Ortiz Vanegas, H. D. (s.f.). Análisis del estado de cosas inconstitucionales desde el punto de vista procesal. 6.
36. Ortiz Vanegas, H. D. (s.f.). Contratación estatal en Colombia. Análisis de las multas y cláusula penal.
37. Hernández, C. A., & Ortiz Vargas, H. (2012). Perspectiva de la discrecionalidad en el retiro de los empleados una comparación entre Colombia y España. Bogotá: Universidad Libre.

LA LESIÓN EN COLOMBIA, UNA NUEVA INTERPRETACIÓN³⁷Lina María Sánchez Unda³⁸.

Universidad del Rosario Colombia

linamar_sanchez@yahoo.com

Fecha de recepción: 21 de julio de 2020

Fecha de aceptación: 25 de agosto de 2020

³⁸ Abogada egresada de la Universidad Sergio Arboleda (2003), especialista en Legislación Financiera por la Universidad de Los Andes (2006) y actualmente candidato a Magister en Derecho con énfasis en Derecho Privado del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Correo. linamar_sanchez@yahoo.com.

Resumen:

Con fundamento en los argumentos expuestos en sentencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de julio 6 de 2007, se tiene por sentado que la lesión enorme en Colombia no solo es de aplicación restrictiva, esto es, que únicamente se puede predicar de los actos o contratos en los que expresamente la previó el legislador, sino que, además, dicho criterio es inmodificable en sede de hermenéutica judicial, dado que la rama jurisdiccional no tiene competencia para alterarlo, siendo obligatoria la intervención del legislador.

Pretendemos demostrar que, por el contrario, con la legislación vigente y el uso de reglas comúnmente aceptadas de hermenéutica, en Colombia sería posible aplicar la lesión a actos o contratos

diferentes a aquellos en que está legalmente prevista de forma expresa.

Abstract:

Based on the arguments presented in the judgment of the Civil Chamber of the Supreme Court of Justice of July 6, 2007, it is assumed that the enormous injury in Colombia is not only of restrictive application, that is, that it can only be preached from the acts or contracts expressly provided by the legislator, but also, that criterion is unchangeable in the seat of judicial hermeneutics, given that the jurisdictional branch has no competence to alter it, the intervention of the legislator being mandatory.

We intend to demonstrate that, on the contrary, with the current legislation and the use of commonly accepted rules of hermeneutics, in Colombia it would be

possible to apply the injury to acts or contracts different from those in which it is legally provided expressly.

Palabra clave:

Lesión, hermenéutica, interpretación

restrictiva, lesión subjetiva, lesión objetiva.

Metodología de investigación:

El presente artículo se elaboró empleando la metodología documental y la cualitativa. Según Cortés y García (2003), la investigación documental está basada en conocimientos fundamentados, en este caso la doctrina, la ley y las normas internacionales, que permiten elaborar un marco teórico conceptual que generan ideas para dar respuesta a las preguntas de investigación planteadas, buscando de esta manera un grado de certeza, fiables y con objetividad. Según Fraenkel y Wallen (1996) la investigación cualitativa permite conocer

el ambiente natural y el contexto, con una recolección de datos que permite ir más allá de lo verbal, buscando saber qué piensan los sujetos de la investigación y qué significado tienen acerca del asunto investigado

INTRODUCCIÓN:

Limitar la lesión enorme a los actos y contratos en los que se consagró de forma expresa en la ley es una de las más reiteradas y uniformes posiciones de nuestra jurisprudencia nacional³⁹. En efecto, la sala Civil de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que la lesión es una institución jurídica de carácter excepcional, de suerte que su aplicación se limita forzosamente a aquellos casos en los que el legislador previó

³⁹ Por ejemplo, en sentencias C-222 de 1994 de la Corte Constitucional o sentencias de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil: de octubre 19 de 1976 (G.J., CLII, pág. 463), julio 16 de 1993 (expediente 3269), noviembre 29 de 1999 (expediente 5327) y diciembre 9 de 1999 (expediente 5368).

su aplicación. No obstante, por aplicación analógica a contratos o actos atípicos se concedió, entre 1909 y 1971, la posibilidad de acudir a la lesión cuando había dación en pago con inmuebles y se diera la desproporción prestacional que la hiciera posible.

Sin embargo, en sentencia de julio 6 de 2007, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia decidió que la lesión enorme no puede destruir un negocio de dación en pago con inmuebles. Dicha sentencia es especialmente importante para el tema de la lesión, pues determina que la posibilidad de aplicar la mentada figura en contratos diferentes a aquellos en los que se encuentra expresamente consagrada, incluso los atípicos o innominados, requiere necesariamente una reforma legislativa.

Teniendo en cuenta lo anterior, es decir, dando como cierto el hecho de que nuestro sistema jurídico actual impide la aplicación de la lesión a negocios en los que no se haya prevista expresamente, pero, así mismo, que hay contratos en los que parecería que su aplicación produciría una protección adecuada a valores y principios que hoy en día resultan de mayor valía incluso que el de la autonomía de la voluntad privada, al punto que la limitan o modulan (ALTERINI, 2011, págs. 221 - 228), algunos autores propenden por la modificación legislativa que la actualice a las necesidades modernas y otros incluso intentan obtener, con recursos jurídicos diferentes, efectos similares.

En el primer escenario cabe destacar a SERGIO MUÑOZ LAVERDE, cuando afirma que: “En suma, la lesión enorme adolece de múltiples fallas en su concepción

legal: es de aplicación injustificadamente restrictiva y casuista; no sirve para la protección efectiva de la onerosidad conmutativa en los contratos; se concibe de forma puramente objetiva, de espaldas al comportamiento subjetivo de las partes; procede ante desproporciones económicas precalificadas con carácter estrictamente aritmético y le impide al afectado escoger entre la rescisión del negocio o el reajuste en las condiciones económicas, al concederle esa facultad al contratante no lesionado, que, en caso de mantener la vigencia del negocio, se hace acreedor a una utilidad precalificada por el legislador de forma igual para todos los casos” (MUÑOZ LAVERDE, 2015, pág. 11) (Negritas y subrayado fuera del texto original). Este autor parte de identificar como correcta la posición restrictiva que ha desarrollado nuestra jurisprudencia, por lo que su propuesta se decanta en una reforma legislativa.

En el segundo escenario tenemos a SERGIO IVÁN PIÑEROS CONTRERAS, quien, en su obra, EL DESEQUILIBRIO CONTRACTUAL Y LA LESIÓN ENORME (PIÑEROS CONTRERAS, 2017), defiende la tesis según la cual un concepto fortalecido y actualizado de la causa sería suficiente para proteger los casos de excesiva desproporción prestacional en los contratos conmutativos al momento de su celebración, consiguiendo así los mismos efectos de la lesión y *salvando* su estrecho margen de acción. No se verifica una posición valorativa de la interpretación restrictiva de nuestras altas cortes, solo se tiene como un dato fáctico que, precisamente, fuerza buscar soluciones alternas sin necesidad de reforma legal.

Y es que, incluso la misma Corte Constitucional ha manifestado mediante la

Sentencia C-491-2000. MP. Alejandro
Martínez Caballero que:

“(…) puede que sea oportuna una modificación de la regulación de la lesión enorme a fin de extender la posibilidad de invocar la rescisión a algunas transacciones en bienes muebles. Pero a esta Corte Constitucional no le compete determinar la conveniencia o no de ese cambio normativo. La pregunta que debe resolver esta Corporación es si ese eventual anacronismo histórico de la regulación de la lesión enorme implica la

inconstitucionalidad de la disposición acusada.”

Nos sumamos, con el presente artículo, al grupo de personas que considera que reducir de forma absoluta la posibilidad de acudir a la lesión enorme a aquellos actos o contratos que de forma expresa hayan sido previstos por el legislador, resulta inconveniente y, muchas veces, abiertamente injusto. No obstante, a diferencia de las posiciones hasta ahora esgrimidas por la doctrina, esto es, la reforma legislativa o el uso de la causa, nosotros creemos que lo único que hace falta es la actualización pretoriana de la lesión, mediante recursos hermenéuticos que son reconocidos en nuestro sistema jurídico.

Amén de que así se cumple con una de las más elevadas funciones de los Jueces: actualizar el contenido de la ley a las

condiciones socioeconómicas del momento de su realización o aplicación, se tienen dos ventajas adicionales en relación con las posiciones antevistas. En cuanto a la reforma legislativa, si tenemos en cuenta que el legislador no ha mostrado un interés particular en realizar dicha específica actualización de nuestro derecho privado, siendo normas del Código Civil, es decir, habiendo tenido más de un siglo para hacerlo, no podemos tener excesiva fe en que ahora lo vaya a hacer.

En cuanto a la aplicación de un concepto actualizado de la causa, además de parecer un poco artificioso para nuestro gusto, tiene el gran problema de parecer incurrir, o al menos perfilarse muy en el límite, en la figura del fraude a la ley. En efecto, si la Corte mantiene que el *silencio* de la regulación de la lesión en otros contratos es deliberado, lo que implica el

querer cierto del legislador en la eficacia de los contratos conmutativos objetivamente desequilibrados al momento de su celebración como respeto al principio liberal de la autonomía de la voluntad privada, impidiendo la analogía, incluso para contratos atípicos, buscar cualquier otra figura para obtener los mismos efectos sería desconocer ese querer cierto del legislador. Con la Ley 28 de 1974 el legislador le otorga al ejecutivo facultades extraordinarias para dictar normas en materia de contratos, a fin de conformar un estatuto completo y coordinado. De tal manera se dicta el Decreto-Ley 1670 de 1975 que se considera el primer estatuto colombiano sobre contratación de la administración, en el cual se denota un claro deseo legalista de llevar a la norma todo el tema de contratación (Ortiz Vanegas, pág. 22).

Así pues, con el fin de poder otorgar una interpretación alternativa de la lesión que permita su aplicación a negocios no necesariamente previstos en la ley, se analizará la posición actual de nuestra jurisprudencia, centrándonos en la sentencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de julio 6 de 2007, por contener todos los argumentos que han sido expuestos por el máximo Tribunal e incluso algunos más (A); acto seguido se procederá a verificar si, con la legislación actual, mediante procedimientos hermenéuticos reconocidos y validados en nuestro medio jurídico, es factible ampliar la lesión a negocios no previstos expresamente por el legislador y, en caso afirmativo, con qué límites se podría realizar dicha extensión. (B) para, finalmente, presentar nuestras conclusiones (C).

A. LA POSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA EN RELACIÓN CON LA LESIÓN

Sin el ánimo de ser exhaustivos, que no viene al caso ni hace falta, pues tan solo pretendemos constatar el fundamento de una posición jurisprudencial actual, veamos cuales son los principales argumentos de la Corte para limitar la lesión a los casos expresamente previstos por el legislador, con especial énfasis, como ya se anunció, por contener básicamente todos los argumentos que en otros fallos han usado, en las consideraciones de la sentencia de julio 6 de 2007, con Magistrado Ponente Dr. CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO.

En síntesis, y solo para los efectos que interesan al presente artículo, es decir, prescindiendo de toda la argumentación del fallo relacionada con la naturaleza jurídica específica de la dación en pago y la posibilidad de *analogarla* con la

compraventa o la permuta, la Corte utiliza los siguientes argumentos para sostener que la lesión en Colombia solo puede predicarse en aquellos actos o contratos en los que de forma expresa e inequívoca la previó el legislador:

1) En primer término se evidencia un fuerte componente histórico, cuyo eje se centra en la elaboración del Código Civil Chileno por Don Andrés Bello, verificando como, si bien en los proyectos que fue publicando, la lesión fue tratada varias veces como vicio del consentimiento, es decir, de carácter general, al final de cuentas, la lesión fue tratada solo aisladamente en algunos negocios especiales.

2) En segundo término se clasifica la lesión como una sanción y, por esta vía, se le niega la posibilidad de cualquier tipo de interpretación analógica o extensiva,

acogiéndose al principio de estricta legalidad del derecho sancionador.

3) En tercer lugar, también niega la existencia de una laguna , con ello, de un elemento esencial de la aplicación analógica de la ley, pues se considera que habiendo una norma general, a saber, el artículo 1602 del Código Civil, que consagra el principio de la autonomía de la voluntad privada, el silencio del legislador no fue accidental sino intencionado (CALDERON VILLEGAS & LOPEZ CASTRO, 2016, págs. 87 - 88), buscando que en todos aquellos actos o contratos en los que no previó la posibilidad de lesión, aplicaría el principio general de obligatoriedad del contrato derivado del acuerdo sano de voluntades entre personas capaces o entre personas incapaces debidamente representadas.

4) Como cuarto argumento la Corte considera, con base en el derecho comparado, que la lesión objetiva es propia de sistemas que la prevén de forma excepcional, en tanto que, en los sistemas que la conjugan con elementos subjetivos, si tiene aplicación general. Así pues, siendo nuestro sistema positivo de talante objetivo, forzoso es que mantenga su estructura rígidamente casuística.

5) Finalmente, se concluye que la posibilidad de aplicar la lesión a cualquier contrato, típico o no, diferente a aquellos en los que está legalmente prevista de forma expresa, corresponde a una competencia exclusiva del legislador.

B. LA INTERPRETACIÓN ALTERNATIVA DE LA LESIÓN

En la pluricitada sentencia de julio 6 de 2007 hay, de hecho, una interpretación alternativa en el salvamento de voto. En efecto, el magistrado EDGARDO VILLAMIL PORTILLA salvó su voto, básicamente reiterando la posición asumida en decisiones previas de la misma corporación, específicamente de fechas 16 de septiembre de 1909, 24 de mayo de 1926, 31 de mayo de 1961 y 9 de julio de 1971, que se fundan en la analogía legis de las normas que regulan la compraventa para la dación en pago.

No obstante, el salvamento de voto no contiene contra-argumentos que permitan contradecir o, al menos, otorgar una solución diferente con relación a los argumentos que, individualmente considerados, suponen la posibilidad de negar la aplicación extensiva de la lesión a casos no previstos expresamente por el legislador, de los que

trata el acápite anterior. Por otro lado se queda corto, en nuestro sentir, al permitir solo y exclusivamente la lesión para la dación en pago cuando pueden existir otros contratos onerosos conmutativos que, en sus propias palabras, impliquen “razones bastantes para hacer operar la función correctora de la lesión enorme, en tanto ella transparenta la necesidad de intervenir en las negociaciones privadas, en procura de buscar la anhelada equidad entre los seres humanos, todo sin desdeñar el principio de libertad contractual”.

Por ello, nuestra hermenéutica alternativa no se mueve en el campo de la analogía legis de tipos negociales específicos sino, al contrario, de la analogía iuris⁴⁰, a modo de principio que puede aplicarse a un número indeterminado de casos, con los

⁴⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia de agosto 30 de 2001. Ref. 5791. MP: Nicolás Bechara Simancas y sentencia C-284 de 2015. MP: Mauricio González Cuervo.

limitantes que se pasarán a exponer, no sin antes hacer una breve mención a cada uno de los argumentos de que trata el numeral anterior.

1) En relación con la interpretación histórica de la lesión:

Sea lo primero recordar que dentro de las reglas o pautas de interpretación de la ley, la histórica no es, ni mucho menos, la principal, pues lejos de un sistema que de forma general y primordial acuda a lo que quisieron algunos *padres fundadores*, nuestro sistema, de corte continental, tiene en la ley su principal fuente del derecho, pero no como la expresión de voluntad de una asamblea específica en un momento histórico determinado, sino como una regla democrática que expresa la soberanía popular y mide su eficacia en la aceptación y aplicación por las comunidades a las que se

dirige y las autoridades que las aplican (PARRA HERREDA, 2018, pág. 207). La norma supera a su creador y, en los roles de poderes y funciones del sistema estatal liberal, uno de los principales de la rama judicial es, precisamente, actualizar a las realidades socio económicas vigentes al momento de su aplicación, los postulados generales y abstractos que constituyen las leyes emanadas del cuerpo legislativo.

Además, la interpretación histórica realizada por la Corte, en su sentido subjetivo, nos parece discutible. En efecto, la misma Corte recuerda que el sabio legislador caraqueño, don Andrés Bello, teniendo en consideración varias legislaciones – obviamente la francesa incluida-, en algunos de sus proyectos de Código contempló a la lesión como vicio de la voluntad, por ello de aplicación general y, aunque al final no la

trato así, TAMPOCO LA PROHIBIÓ EN FORMA EXPRESA.

Y es que al no haber prohibición no se cierran de forma indefectible, como pretende hacer ver la Corte, los caminos de las interpretaciones válidas. Véase como en Francia se había realizado dicha limitación expresa en el artículo 1118 del Código Civil Frances, según el cual “la lesión **ne vicie les conventions** que dans certains contrats ou à l’égard de certaines personnes, ainsi qu’il sera expliqué en la même section”⁴¹ (Negrilla fuera del texto original), de la misma forma como lo hacía nuestro propio Código de Comercio Terrestre, que preveía en su artículo 238 que: “no hay rescisión por causa de lesión enorme, en los contratos mercantiles”, disposición que estuvo vigente

⁴¹ La lesión **no vicia las convenciones** sino en ciertos contratos o con respecto a ciertas personas, como se explicará en la misma sección.

hasta la expedición del Código de Comercio de 1971.

Así pues, la anotación histórica que muestra la ambivalencia de don Andrés Bello en relación con la naturaleza de la lesión mientras elaboraba el Código Civil chileno, ora para ciertos contratos, ora de forma general como vicio de la voluntad, no fue zanjada con una fórmula tajante y prohibitiva, que con su espléndida técnica sin duda habría podido usar el sabio codificador si ese hubiese sido su inequívoco deseo, al estilo del *Code* francés o de nuestro propio Código de Comercio Terrestre.

Es entonces posible presumir que para Bello la posición finalmente asumida no era tan extrema como la pretende ahora mostrar la Corte, dejando las dudas que le asaltaron en el curso de la elaboración del Código abiertas, precisamente, para la

interpretación pretoriana que no tendría la cortapisa de la prohibición expresa y que se adaptaría y decantaría con el tiempo, la evolución de las ideas y las experiencias que dan los casos reales cada vez que son resueltos.

Ya la misma Corte Suprema de Justicia había tenido la oportunidad de aclarar, al modificar una interpretación jurisprudencial que había sido antigua y reiterada, que la inexistencia de norma expresamente prohibitiva permite la variación en la interpretación judicial. Así, cuando la Corte, en el año 2011 decidió que la llamada cesantía comercial del contrato de agencia mercantil era renunciable desde su celebración, expresó: “en verdad, no existe norma alguna prohibitiva del acto dispositivo del derecho a la prestación establecida en el inciso 1º del mencionado artículo 1324 (*ad exemplum*, la hay en las

hipótesis de los arts. 424, 1522, 1673 y 1950 del Código Civil; arts. 200, 297, 318, 501, 504, 1005, 1097, 1203 y 1244, C. Co)” (Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia de octubre 2 de 2011. Exp. 11001-31-03-032-2001-00847-01. MP: William Namén Vargas.)

En síntesis, ni la interpretación histórica es la dominante en nuestro sistema jurídico, ni puede afirmarse con total certeza que el querer de don Andrés Bello fue prohibir de forma absoluta la aplicación de la lesión a otros negocios que aquellos en los que fue expresamente consagrada, tanto por desconocer las dudas que le asaltaron sobre el tema mientras elaboraba su gran obra civil, como -y especialmente- por no haber una prohibición expresa, técnica que bien conocía y que además, en el punto concreto de la lesión, había sido usada en Francia e,

incluso, en nuestro mismo sistema jurídico para la materia comercial.

2) En relación con la prohibición de la aplicación analógica de las normas sancionatorias y del silencio deliberado del legislador para hacer prevalente el principio general de la autonomía de la voluntad privada, dos temas quiero abordar, primero: la rigidez conceptual que no ha utilizado en otros muchos asuntos y, segundo, el sofisma anacrónico de la plenitud de los Códigos aplicando las cláusulas generales de libertad.

Nadie puede negar que la institución jurídica contractual ha tenido muchas más modificaciones reales que legales, así como que las modificaciones legales fueron, en no pocos casos, precedidas por la evolución pretoriana, y no al revés. En efecto, si se verifica la evolución real de la institución contractual al margen de las modificaciones

legislativas, desde el tsunami que ha implicado el posicionamiento de la buena fe en relación con el principio de la autonomía de la voluntad, que tiene como casos de aplicación concretos, a modo de ejemplo, la teoría de la imprevisión, las cláusulas abusivas y el abuso de la posición dominante, los deberes secundarios de conducta y el solidarismo contractual; hasta la evolución de la simulación o el surgimiento de nuevos principios como el del mantenimiento del contrato -para evitar o modular las clásicas nulidades-, no se compagina la realidad jurídica y el avance de la jurisprudencia con la posición dogmática, que raya en la exegesis, asumida por la Corte para este específico caso.

Incluso se ha identificado que han existido dos momentos históricos en los que la jurisdicción, mediante la interpretación del mismo derecho positivo, modificó de forma

considerable las instituciones jurídicas, el primero fue con la llamada Corte de Oro, - 1936 a 1940- y, el segundo, con las dos primeras Cortes Constitucionales después de la Constitución Política de 1991.

Sobre la primera, por ejemplo se ha dicho: “Fue así como, en aras de esta ‘reconducción del derecho a la vida’, ‘los juristas de la época adaptaron la doctrina de los tribunales y autores franceses, en unos casos, mientras que en otros **corrigieron y ampliaron el sentido originario de muchos textos legales**’, por medio de ‘[l]a adopción y el desarrollo por la Sala de Casación civil de principios y figuras [...] que ampliaron el radio de acción de la normatividad y le infundieron calor humano, sentimiento de justicia, sentido común y estética’. La actividad judicial no puede ser ajena a la realidad que opera detrás del texto de las normas jurídicas; como afirmó Tafur

Morales en la época de la ‘Corte de Oro’, **‘la actividad judicial debe conducir necesariamente a la formulación de aquellas reglas latentes o implícitas en el sistema social efectivamente en vigor y a la interpretación de las reglas sugeridas por el desenvolvimiento y complicación de las relaciones sociales’**” (PADILLA, RUEDA, & ZAFRA, 2014, pág. 107) (Negrillas fuera del texto original).

Así pues, solo por citar algunos ejemplos, la causa funcional, las cláusulas abusivas, el abuso de la posición dominante, el abuso del derecho, la teoría de la imprevisión o el incumplimiento de los deberes secundarios de conducta derivados de la buena fe, no podrían haber evolucionado como lo hicieron si aceptáramos que solo puede *sancionarse* con resolución, nulidad o, en general, con el anquilosamiento de efectos contractuales, si

y solo si existen normas que regulen el supuesto de hecho de forma expresa y le asignen tal sanción. De la misma forma, en todos aquellos casos subyacía el principio de la autonomía de la voluntad y no fue óbice para que tan importantes figuras vieran la luz de la vida jurídica, lo que nos lleva al segundo punto: la falsa premisa de plenitud de la codificación decimonónica en virtud de las cláusulas generales de libertad.

Las dos ficciones sobre las que se edificó la ya superada escuela de la exegesis de comienzos del siglo XIX fueron, por un lado, la supuesta coherencia sistémica perfecta del Código, negando la existencia de antinomias o, de haberlas, pensando que las mismas normas del Código permitían salvarlas de forma *sencilla* y, por el otro lado, en la presunta plenitud del *Code*, es decir, en que todas las posibles situaciones sociales encontraban respuesta en la

regulación legal, desconociendo la existencia de lagunas. Uno de los pilares para esta ficción de la plenitud radicaba, precisamente, en el espíritu liberal exacerbado, en virtud del cual, estando permitido todo aquello que no fuera expresamente prohibido, al tenor de las cláusulas generales de libertad, con destacado papel de la autonomía de la voluntad privada, no podía haber lagunas: donde no había ley había libertad y no un simple vacío.

Pero, ciertamente, ateniendo la evidente transformación pretoriana del derecho, en general, y del derecho de contratos, en particular, es evidente que la judicatura no ha sido tan condescendiente con las cláusulas generales de libertad -en buena hora, valga señalar-. Tal vez por ello, ante la incontestable realidad del quehacer creador pretoriano, la Corte afirma, en la

sentencia de julio 6 de 2007. Exp. 11001-31-03-037-1998-00058-01. MP: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo:

*“La situación analizada no acompasa pues con otras que oportunamente permitieron a la jurisprudencia idear, en su momento, novedosas tesis, luego recogidas por el derecho positivo, como es el caso de la **imprevisión** o del enriquecimiento sin causa, pues el laborío de los jueces en esos temas fue precedido del silencio normativo, que permitió, con apoyo en los principios generales del derecho y en la*

aplicación analógica de las disposiciones afines, definir esas instituciones jurídicas, sin que, por tanto, se tratara de eventos regulados insuficiente o fragmentariamente por la ley, como el caso de la dación en pago, o de la extensión de excepciones, como cabe predicarse en relación con la lesión enorme” (Negrilla fuera del texto original)

Parece muy poco convincente afirmar que la ausencia de regulación legal de la imprevisión, mencionada en el párrafo transcrito, no quepa en el mismo argumento de autonomía de la libertad como principio rector de las relaciones contractuales; de

hecho, además del mismo artículo 1602 del Código Civil que establece que los contratos son ley para las partes, lo que implica que deben cumplirse, sin que la ley, antes de 1971 en el Código de Comercio, admitiera que las circunstancias posteriores a la celebración del contrato pudieran afectarlo, hay una norma adicional mucho más específica, cual es el artículo 1627 de la misma obra que preceptúa que “El pago se hará **bajo todos respetos en conformidad al tenor de la obligación**; sin perjuicio de los que en los casos especiales dispongan las leyes. El acreedor no podrá ser obligado a recibir otra cosa que lo que se le deba, ni aun a pretexto de ser de igual o mayor valor la ofrecida” (Negrillas fuera del texto original).

Y ello sin hablar de, por ejemplo, las cláusulas abusivas, que también podrían beber del mismo artículo 1602 del Código Civil para ser rechazadas, o del abuso del

derecho, que en vez de haber sido históricamente un asunto de simples lagunas, fue un desarrollo doctrinario y jurisprudencial enorme, tan grande que produjo la distinción entre derecho objetivo y derecho subjetivo y que aún no es reconocido por importantes doctrinantes - pues el derecho cesa donde el abuso comienza-. Se debe entender que el Consejo de Estado considera las cláusulas penales y las multas como una tasa anticipada de perjuicios por incumplimiento, bien sea por incumplimientos graves (a lo cual se le deben aplicar cláusulas penales) o incumplimientos leves (a los cuales se le deben aplicar multas) (Ortiz Vanegas, pág. 117). ¿Qué laguna, en el sentido de libertades genéricas, puede haber en el uso de un derecho? No, no es cierto que la jurisprudencia avance a ritmo de lagunas (¡ni que lo haga!), pues su función es mucho más trascendente y amplia, como la historia,

contada como es y no como para el caso sirve, lo demuestra.

3) En relación con el análisis del derecho comparado, sin entrar en la discusión de si la ley extranjera puede ser fuente formal que permita edificar una sentencia y definir los contornos de nuestras instituciones jurídicas, si debe criticarse la simplicidad del análisis, que se puede resumir en: a) las legislaciones “viejas” tienen la lesión restringida, como la nuestra, en tanto que la legislaciones “nuevas” tienen una lesión general, y b) la lesión restringida atiende criterios puramente objetivos de desproporción, en tanto la lesión general requiere, adicionalmente, elementos subjetivos, por lo que sería *injusto* y atentaría contra la seguridad jurídica que, con la facilidad probatoria de la lesión objetiva, se estatuyera una lesión de carácter general.

En primer término, si atendemos que legislaciones “nuevas”, que recepcionan el *régimen* general de la lesión, como la peruana, contienen, además, presunciones que acercan la facilidad probatoria al elemento objetivo, desvirtuando en gran parte la *suprema injusticia* alegada -pero no demostrada- por la Corte; esa que supuestamente se predica cuando se tiene al tiempo la facilidad probatoria y el *régimen* general de la lesión, y, en segundo término, que precisamente, dentro del contexto de globalización actual, la jurisprudencia adquiere una renovada función de actualización, no solo con la realidad socio económica local, sino con la internacional, con la que necesariamente interactúa. Así, si en el contexto internacional la tendencia es claramente a la lesión general, aunque con requisitos subjetivos, la pregunta es: existen realmente limitantes lingüísticos

(prohibición expresa, imperatividad objetiva) que impidan, contra todo intento hermenéutico racional, adecuar nuestras vetustas instituciones a la realidad actual mundial, sin necesidad de modificación legislativa. Y creo que la respuesta es: no.

En este punto ya podemos empezar a adentrarnos en nuestra propuesta de una posible hermenéutica que, sin modificar el contexto legal actual, permita ampliar el campo de la lesión a actos o contratos que no se habían previsto expresamente por el legislador. Si bien nos parece plausible acudir a la analogía legis cuando estamos ante contratos atípicos, caso por caso, como en el tema de la sentencia que analizamos en el acápite anterior de la dación en pago, habida cuenta que en esta tipología contractual lo que buscamos es la similitud que nos permita acudir a la regulación legal de contratos típicos afines y así establecer el

plexo normativo que regula la celebración, ejecución, terminación y liquidación del específico contrato atípico -incluso en las normas *sancionatorias*, pues el régimen legal no es solo para lo bueno-, queremos ir un poco más allá y proponer una analogía *iuris*, un principio general de los contratos, que de hecho ya hoy la doctrina reconoce y que sustenta importantes instituciones jurídico contractuales modernas ya antes mencionadas como la teoría de la imprevisión o las cláusulas abusivas, y es el de la equivalencia mínima de las prestaciones. Las cláusulas penales y las multas deben pactarse como cláusulas especiales en el contrato y su declaración o cobro deben decretarse por el juez competente. El argumento principal se centra en la teoría de la voluntad de las partes y que las facultades excepcionales de la Entidad contratante desbordan este principio: No se puede ser juez y parte (Ortiz Vanegas,

Contratación estatal en Colombia. Análisis de las multas y cláusula penal, pág. 117).

Debemos, para poder entender este nuevo contexto interpretativo, explicar que entendemos el *principio* como aquel instituto jurídico que informa y soporta todo el sistema por expresar las escalas valorativas imperantes de la sociedad democrática en cada momento histórico. Este concepto de principio, propio del positivismo alemán del siglo XIX, es diferente al principio del *iusnaturalismo* racional. Mientras que los principios del *iusnaturalismo* racional son eternos, anteriores, inmutables e intrínsecamente buenos, los principios del positivismo alemán son mutables y se extraen, en comienzo, del mismo derecho positivo -en sentido amplio (GARCIA AMADO, 2010, pág. 37).

Así las cosas, la cesión de porciones de autoridad moral que la sociedad

decimonónica liberal le confería a la autonomía de la voluntad privada hacía nuevos valores de franca estima y reconocimiento actual, como el de la justicia conmutativa mínima o equivalencia de las prestaciones y el de la defensa de la parte débil, que han justificado, no solo las plurimentadas figuras de la imprevisión o de las cláusulas abusivas, sino que ha llegado mucho más lejos con el surgimiento de ramas enteras del derecho que han adquirido autonomía en su especialidad, como el derecho laboral o el derecho del consumidor, con conceptos que para cuando se elaboró el Código Civil eran impensables, como por ejemplo el de contratos dirigidos, o el de listas negras o grises de cláusulas abusivas en relaciones de consumo, implica la necesidad, o a veces al menos la oportunidad, de releer las instituciones a la luz del nuevo plexo valorativo social.

Al irrumpir, pues, nuevos principios en la esfera jurídica nacional, las interpretaciones de la ley que se estructuraban sobre los viejos principios, deberán articularse con los nuevos principios, misión que bien puede desarrollar el legislador, pero que también podrá hacer la judicatura, respetando, en todo caso, el texto de la ley, es decir, con los límites que el idioma impone.

En este orden de ideas, no hay norma expresa que en verdad prohíba aplicar la lesión a casos no previstos por el legislador, esa es, pues, una interpretación modificable. Tampoco hay normas que de forma idiomáticamente indiscutible indiquen que la lesión solo opera de forma objetiva o aritmética. Acudir a aforismos como el usado por la Corte: *si la inclusión de unos implica necesariamente la exclusión de los otros*, de forma irrestricta, llevaría a

soluciones contraevidentes en asuntos que en nuestro ordenamiento están superados. Piénsese, por ejemplo, en el artículo 1513 del Código Civil, según el cual la fuerza, como vicio del consentimiento, debe ser capaz de infundir un justo temor de verse expuesto a un mal irreparable y grave, no solo frente a quien se dirige, sino también en relación con “su consorte, o alguno de sus ascendientes o descendientes”.

Si analizáramos la norma con fundamento en el citado aforismo, la amenaza cierta de un daño grave contra una persona que no fuera el consorte o algunos de los ascendientes o descendientes, no podría viciar el consentimiento -pues la inclusión de unos implica la exclusión de otros-. No obstante, la fuerza en realidad puede viciar el consentimiento si la amenaza recae, por decir, sobre un hermano o un amigo, solo que frente a los parientes que la

norma menciona existe una presunción que no opera en relación con los segundos. Así, no se tiene que probar la cercanía que hizo que la amenaza sobre un descendiente viciara el consentimiento, pero, en relación con un amigo, se deberá probar “la calidad del afecto y, de ser posible, allegar indicios sobre el impacto psicológico sufrido”. (EMILIANI ROMAN, 1980, pág. 168) Otro ejemplo sería el de las arras en asuntos civiles, en los que “su regulación quedó incluida específicamente para los contratos de venta (arts. 1859 a 1861) y arrendamiento (precepto 1972); aunque **no existe discusión sobre su viabilidad en toda clase de contratos sinalagmáticos**”. (Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia de julio 31 de 2018. Exp. 25899-31-03-002-2013-00162-01. MP: Luis Alonso Rico Puerta).

Así pues, si revisamos los casos en los que consagran de forma expresa la lesión

enorme: compraventa, excluyendo bienes muebles o enajenados por ministerio de la justicia, permuta de inmuebles, anticresis, particiones, cláusula penal e intereses, así como sus consecuencias, que usualmente es la rescisión del contrato, con la salvedad que puede ser evitada pagando el *justo precio* (que incluye un margen de utilidad), aunque para la cláusula penal y los intereses la sanción es la reducción al máximo legal, podemos verificar que esos actos o contratos en los que el legislador previó la lesión tienen como denominador común, para la época en que fueron previstos, una incidencia económica alta, ya para los contratantes -negocios traslaticios de dominio sobre inmuebles y universalidades-, ya para la sociedad -intereses y cláusula penal-.

Igualmente es importante señalar que la limitación a la lesión en la compraventa de

bienes muebles que consagró el artículo 32 de la ley 57 de 1887 tiene buenas razones que la justifican, las cuales son evidenciadas en la sentencia C-491 de 2000, especialmente en relación con su prueba y con la seguridad en el tráfico de dicho tipo de bienes.

Revisado lo anterior, la lesión, aceptada como principio general del derecho privado contractual, significaría:

a) Admitir la posibilidad de que haya lesión sobre contratos traslaticios de dominio sobre inmuebles no previstos en la ley, como por ejemplo en la dación en pago, la aportación en sociedades o el beneficio de área en fiducias mercantiles inmobiliarias.

b) Admitir la posibilidad de la lesión en contratos sobre bienes muebles que por su valor y seguridad jurídica lo puedan

soportar, como automotores, naves, aeronaves o propiedad intelectual, que no solo son de gran valía, sino que constan de registros públicos de propiedad y precios relativamente estables y comunes en el mercado.

c) Admitir que los casos expresamente previstos cuentan con la presunción de derecho conforme la cual la desproporción matemática es suficiente para la rescisión del contrato, en tanto que en los demás casos la desproporción simplemente matemática no será suficiente, si bien será importante como indicio y como rasgo identificador de la figura, pero se deberá probar, adicionalmente, algún elemento subjetivo del aprovechamiento de la inexperience o necesidad ajena.

d) Admitir que, en todo caso, la lesión enorme implica la rescisión del

contrato, dejando a salvo la posibilidad de enervarla ajustando el precio a su justo valor comercial con un margen de utilidad equivalente al 10%, a menos que se trate de actos o contratos relacionados con indemnizaciones, en cuyo caso la sanción será su rebaja.

C. CONCLUSIONES

1) Las altas Cortes en Colombia han mantenido de forma reiterada que la lesión enorme en Colombia es de aplicación restrictiva y excepcional, es decir, que solo se predica en aquellos actos o contratos en los que el legislador la previó expresamente.

2) No obstante, tanto las mismas Cortes como la doctrina consideran que la limitación de la lesión y su carácter puramente objetivo es anacrónica y, en ocasiones, injusta.

3) Aun así, se ha considerado, especialmente a partir de sentencia de julio 6 de 2007, que para ampliar el campo de acción a cualquier tipo de contrato diferente a los expresamente previstos en la ley, así sea atípico, sería indispensable reforma legal

4) Para sustentar la excepcionalidad de la lesión, la jurisprudencia ha usado: i) un argumento histórico, ii) un argumento de estricta legalidad del derecho sancionador, iii) un argumento consistente en la inexistencia de lagunas por haber norma general aplicable y iv) un argumento de derecho comparado entre las legislaciones modernas, que aceptan la lesión general, pero subjetiva, y las legislaciones clásicas, que aceptan la lesión restringida y excepcional, de carácter objetivo.

5) La interpretación histórica realizada por la Corte, en su sentido

subjetivo, que no es en todo caso el criterio interpretativo previsto de forma predominante en nuestro medio, puede tener otra lectura, pues desconoce las dudas de don Andrés Bello en *la historia de su establecimiento* (como ley) y, sobre todo, porque no hizo uso de una técnica reconocida de prohibición expresa. Adicionalmente, una interpretación histórica, en su sentido objetivo, teleológico, sería más acorde con las mismas críticas que las Cortes realizan al anacronismo y eventual injusticia del sistema restringido, habiendo muchos contratos de gran importancia que hoy en día están excluidos de su aplicación.

6) Los argumentos de estricta legalidad y plenitud del ordenamiento por cláusula general de libertad de autonomía de la voluntad, se oponen a la realidad de la evolución pretoriana del derecho contractual

y se superan con el concepto de principio general de derecho.

7) El argumento de derecho comparado, amén de no ser fuente formal de derecho nacional, implica una lectura simplista para sostener una posición previamente asumida.

8) La pluralidad de normas que contemplan la lesión, leída bajo actuales principios como el de la buena fe, la equivalencia mínima de prestaciones y la protección de la parte débil, aunque articulada con los principios de autonomía de la voluntad y de seguridad jurídica, permiten elevar un principio general conforme al cual:

Todo contrato bilateral, oneroso y conmutativo, que implique la transferencia de dominio de bienes inmuebles o de bienes

muebles sujetos a registros públicos, puede dar lugar a la rescisión por lesión, de no haber otra sanción expresamente consagrada, demostrando, eso sí, el aprovechamiento de la inexperiencia o necesidad del lesionado - siempre que no se trate de uno de los casos expresamente previstos por el legislador-, y subsanable mediante ajuste al justo precio con reconocimiento de una utilidad tasada en 10%.

BIBLIOGRAFÍA.

LIBROS:

ALTERINI, Atilio Anibal. *“Treinta estudios de derecho privado”*. Editorial Temis y Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá. 2011.

CALDERÓN VILLEGAS, Juan Jacobo y LÓPEZ CASTRO, Yira. *“La analogía en asuntos de derecho privado”*. Editorial Legis y Universidad del Rosario. Bogotá. 2016.

EMILIANI ROMAN, Raimundo. *“Conferencias de obligaciones. Fuentes voluntarias de las obligaciones”*. Editorial Temis. 1980.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *“El derecho y sus circunstancias. Nuevos ensayos de filosofía y jurídica”*. Editorial Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2010.

LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *“Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana”*. Editorial Legis,

Universidad de Los Andes y Universidad Nacional de Colombia. Bogotá.

MUÑOZ LAVERDE, Sergio. *“Equilibrio financiero en los contratos privados. Concepto, formas de ruptura y mecanismos de reparación.”*. En *“Modernización de las obligaciones y los contratos. Seis estudios”* Marcela Castro Cifuentes (Coord.). Editorial Temis y Universidad de los Andes. Bogotá. 2015. P.

PARRA HERRERA, Nicolás. *“Temperamentos interpretativos. Interpretación del contrato, la ley y la constitución”*. Editorial Legis. Bogotá. 2018.

PIÑEROS CONTRERAS, Sergio Iván. *“El desequilibrio contractual y la lesión enorme”*. Editorial Ibáñez. Bogotá. 2017.

Ortiz Vanegas, H. D. (2016).
Capítulo VI LA UNIÓN DE HECHO EN
ECUADOR . Valencia: EUDEBA.

Ortiz Vanegas, H. D. (2019).
Capítulo VII Estado de cosas
inconstitucional el camino hacia el nuevo
derecho procesal constitucional. Bogotá:
Ediciones nueva jurídica .

Ortiz Vanegas, H. D. (s.f.). Análisis
del estado de cosas inconstitucionales desde
el punto de vista procesal. 6.

Ortiz Vanegas, H. D. (s.f.).
Contratación estatal en Colombia. Análisis
de las multas y cláusula penal.

Hernández, C. A., & Ortiz Vargas, H.
(2012). Perspectiva de la discrecionalidad en
el retiro de los empleados una comparación
entre Colombia y España. Bogotá:
Universidad Libre.

REVISTAS INDEXADAS:

PADILLA Jorge, RUEDA, Natalia,
ZAFRA Málory, “*Labor creadora de la
jurisprudencia de la ‘Corte de Oro’*. Los
*ejemplos de la causa del contrato, el error
de derecho y la responsabilidad por
actividades peligrosas*”. En “*Revista de
Derecho Privado*” Universidad Externado
de Colombia, no. 26, enero – junio de 2014.

JURISPRUDENCIA:

República de Colombia. Corte
Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia de
agosto 30 de 2001. Ref. 5791. MP: Nicolás
Bechara Simancas.

República de Colombia. Corte
Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia de
octubre 2 de 2011. Exp. 11001-31-03-032-
2001-00847-01. MP: William Namén
Vargas.

República de Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia de julio 6 de 2007. Exp. 11001-31-03-037-1998-00058-01. MP: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

República de Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia de julio 31 de 2018. Exp. 25899-31-03-002-2013-00162-01. MP: Luis Alonso Rico Puerta.

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-491-2000. MP. Alejandro Martínez Caballero.

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-284 de 2015. MP: Mauricio González Cuervo.

TRAUMA DE TÓRAX EN PANDEMIA

M.D. José Joaquín Ortiz Vanegas⁴², M.D. María Camila Piedrahita Rojas⁴³, M.D. Interno Flor Alba Beltrán Montaña⁴⁴

⁴² Fellow American College of Surgery, Miembro Asociación Colombiana de Cirugía, Departamento servicio de cirugía general Hospital La Victoria, Docente adjunto Universidad Antonio Nariño, Universidad del Bosque, Universidad Juan N Corpas.

⁴³ Departamento de cirugía general Hospital La Victoria, médico general.

⁴⁴ Departamento de cirugía general Hospital La Victoria, médico interno electivo.

RESUMEN:

El trauma de tórax es un problema de salud pública, dada su alta prevalencia en la población en general y más específicamente entre los 15 a 45 años de edad, lo que sin duda lo hace un tema de interés, dado que sigue siendo un evento muy desafiante en los servicios de urgencias y cirugía, en donde se deben tomar decisiones oportunas, eficaces y acertadas basadas en la evidencia y experiencia médica. En la actualidad, se suma el reto de la disminución del riesgo de contagio por Covid-19, dado que, por el contexto de la pandemia, se debe manejar a todo paciente que requiere de cirugía de urgencia como paciente sospechoso o positivo para el virus, lo que implica ejecutar a cabalidad todos los protocolos de bioseguridad que esto conlleva. Toda intervención en estos pacientes tiene un impacto a corto, mediano y largo plazo, que se evidencia en las tasas de morbimortalidad. Las lesiones torácicas en su mayoría se pueden manejar de manera médica un 80%, y el porcentaje restante requerirá de manejo quirúrgico, con intervenciones mínimamente invasivas o en casos más severos con manejo quirúrgico, lo que podría desencadenar complicaciones por el contagio tanto para el paciente como para el personal de salud. En la siguiente revisión se mostrará la importancia de abordar con todas las normas de bioseguridad un traumatismo torácico en tiempos de pandemia.

Palabras claves: Trauma torácico, urgencias, cirugía, pandemia, COVID-19.

ABSTRACT:

Chest trauma is a public health problem due to the high prevalence in the general population. Between 15 to 45 years of age, there is a greater probability of developing chest trauma, which

undoubtedly makes it a topic of interest, being a very challenging event in emergency and surgery services. In those situations, timely, effective and correct decisions must be made based on medical evidence and experience. Also, the challenge of reducing risks of contagion by Covid-19 is added due to the context of the pandemic today. Every patient who requires emergency surgery must be managed as a suspected or positive patient of the virus. This implies fully executing all the biosecurity protocols that this entails.

Any intervention at those patients has a short, medium, and long-term impact that is evidenced in the morbidity and mortality rates. Most thoracic injuries are 80% medically manageable. The remaining percentage will require minimally invasive interventions or in severe cases, surgical management will be needed. This could trigger complications due to infection for both patient and health staff.

The next review will show the importance of addressing chest trauma with all biosecurity standards in times of pandemic.

KEY WORDS: Chest trauma, emergencies, surgery, pandemic, COVID-19.

INTRODUCCIÓN: El trauma de tórax es la causa primaria o factor que más contribuye en las muertes por trauma en un 75%, de los cuales, entre el 15% y el 30% de las lesiones penetrantes requieren intervención quirúrgica. Dichas lesiones pueden ser contundentes, ocasionadas por fuerzas directas que pueden generar contusión cardiaca, fuerzas bidireccionales, de

aceleración y desaceleración que a nivel torácico provocan en algunos casos ruptura de grandes vasos o cardíaca, (colisiones en vehículos de motor) y fuerzas indirectas compresivas en áreas adyacentes al tórax o la combinación de todas ellas que es lo más frecuente.⁽¹⁾

También se debe caracterizar el trauma de tórax de tipo penetrante, que abarca un amplio espectro de severidades y mecanismos, como heridas por arma cortopunzante o por arma de fuego.⁽²⁾

En Colombia, estos traumatismos representan el 81,9% y el 13%, respectivamente, siendo la herida por arma cortopunzante la más común y con menor tasa de mortalidad. En este sentido, las intervenciones que requieren estos pacientes son individualizadas, por lo que se hace necesario la intervención quirúrgica en cuestión de minutos, puesto que el tiempo de respuesta se refleja en el pronóstico del paciente, lo que en el contexto de la pandemia, representa mayor riesgo de exposición y contagio por coronavirus; tanto para el personal de salud como para los pacientes, por esto es nuestra responsabilidad conocer y cumplir con todas las medidas de bioseguridad para reducir el contagio, y mejorar la supervivencia en este tipo de pacientes.⁽³⁾

DEFINICIONES:

La región torácica se delimita en su parte superior, por una línea imaginaria transversal que atraviesa la incisura yugular hacia el acromion de ambos lados sobre el borde superior de las clavículas; en la parte inferior, por la línea que pasa por debajo del borde costal de cada lado y por la articulación xifoesternal; el límite lateral del tórax está delimitado por la línea axilar media bilateral.⁽⁴⁾

FISIOPATOLOGÍA: Muchos de los principios descritos en el trauma de tórax también se aplican a las lesiones iatrogénicas, como hemotórax o neumotórax por colocación de las líneas centrales o lesiones traumáticas durante procedimientos. Las consecuencias fisiológicas del trauma torácico son la hipoxia, hipercapnia y acidosis. Contusión, hematoma, y el colapso alveolar, o cambios en las relaciones de presión intratorácica (por ejemplo, neumotórax a tensión y neumotórax abierto) causan hipoxia y conducen a la acidosis metabólica y la hipercapnia va a generar acidosis respiratoria por una ventilación inadecuada causada por los cambios en las relaciones de la presión intratorácica y disminución del nivel de conciencia. El daño conduce a desigualdades en la ventilación-perfusión y disminución de la distensibilidad pulmonar.^(1,4)

Es fundamental reconocer y abordar las principales lesiones que afectan a las vías respiratorias durante la valoración primaria. Dentro de las lesiones más comunes por trauma de tórax y que comprometen la vida se encuentran el Hemotórax Masivo, el Neumotórax a Tensión, la Lesión Traumática de la Aorta, el Tórax Inestable y el Taponamiento Cardíaco.⁽⁵⁾

Hemotórax Masivo: Representa la rápida acumulación de más de 1,500 mL de sangre o un tercio o más de volumen de sangre del paciente en la cavidad torácica. Es más frecuente en heridas penetrantes que lesionan vasos sistémicos o hiliares, en menor frecuencia puede ser resultado de un trauma contundente. Se debe realizar la restauración al mismo tiempo que la recuperación del volumen de sangre y descompresión de la cavidad torácica.⁽⁶⁾

Neumotórax A Tensión: El neumotórax a tensión se desarrolla cuando una fuga de aire “válvula unidireccional” se produce desde el pulmón o a través de la pared torácica. El aire es forzado en el espacio pleural sin medios de escape, finalmente ocurre el colapso del pulmón afectado, lo que va a generar que el mediastino se desplace hacia el lado contralateral, con la consecuente disminución del retorno venoso y comprimiendo el pulmón opuesto. La causa más común de neumotórax a tensión es la ventilación de presión positiva mecánica en pacientes con lesión pleural visceral.

Ruptura Traumática de la Aorta: La ruptura aórtica traumática es una causa común de muerte súbita después de una colisión del vehículo o caída desde una gran altura. Los sobrevivientes de estas lesiones con frecuencia se recuperan si la ruptura aórtica se identifica y se trata con prontitud. Aquellos pacientes con la mejor posibilidad de sobrevivir tienden a tener una laceración incompleta cerca del ligamento arterioso de la aorta. La continuidad es mantenida por una capa adventicia intacta o hematoma mediastinal contenida, impidiendo exanguinación inmediata y la muerte. La sangre puede escapar hacia el mediastino, pero una característica común a todos los sobrevivientes es que tienen un hematoma contenido.

Tórax Inestable: Lesión que resulta de un trauma cerrado, produciendo una disociación completa de una porción de la caja torácica por medio de la pérdida de la continuidad ósea producida por fracturas de más dos costillas en dos o más partes de las mismas. También puede establecerse un tórax inestable por separación del esternón y las costillas por fracturas de estas o por separación de las articulaciones costoverbrales. El fragmento separado responde a cambios de la presión intratorácica, más que a

los movimientos de la pared, moviéndose contrario a esta durante la respiración.

Taponamiento Cardíaco: Es un síndrome clínico caracterizado por aumento de la presión intrapericárdica, que conlleva a la compresión de las cavidades, disminución del llenado ventricular y alteraciones hemodinámicas, con una alta mortalidad cuando no se trata de manera oportuna. El taponamiento cardíaco es más común en lesiones penetrantes que en traumatismos cerrados. El taponamiento cardíaco puede desarrollarse lentamente, lo que permite una evaluación menos urgente, o rápidamente, lo que requerirá un diagnóstico y una intervención quirúrgica rápida. Debido a la similitud en sus signos, el neumotórax a tensión inicialmente se puede confundir con taponamiento cardíaco. La presencia de hiperresonancia en la percusión indica neumotórax a tensión, mientras que la presencia de sonidos respiratorios bilaterales indica taponamiento cardíaco. ^(4,5,6)

En condiciones óptimas y fuera del contexto traumático de las salas de emergencia, se debe evaluar la función pulmonar preoperatoria por medio de la espirometría ya que es la prueba más validada para el estudio de la función ventilatoria por medio del Volumen Espiratorio Forzado en 1 segundo (VEF1) que estratifica el riesgo preoperatorio y es complementario con el estudio de difusión alveolar (DLCO). Los rangos óptimos son una VEF1% preoperatoria > 80%, o un VEF1% postoperatorios > 40%, si está dentro de los valores de seguridad se considera bajo riesgo de complicaciones, en traumatismo que requieren la intervención de urgencia se opta por la medición del VEF1% postoperatorio como predictor de supervivencia del paciente, de igual manera ayuda a determinar en qué momento es más beneficiosa la extubación para el paciente, teóricamente es

cuando tiene un VEF1% postoperatorio >40%, a diferencia del paciente donde este valor se encuentre disminuido en tal caso se debe mantener la ventilación mecánica y postergar la extubación hasta que cumpla con los criterios de retiro y de preferencia en UCI.

Epidemiología: El traumatismo representa una de las emergencias quirúrgicas más importantes en el Departamento de Urgencias tanto a nivel mundial como nacional, siendo la primera causa de muerte en menores de 45 años, cifra que no ha tenido una reducción significativa en el contexto de la pandemia por el que atraviesa la población mundial, lo que ha implicado un reto para los profesionales en salud.

Al momento de redactar esta revisión, la Organización Mundial de la Salud (OMS) reportó más de 53 millones de casos confirmados de Covid-19 a nivel mundial, superando el millón de muertes, posicionando a América como el continente con mayor número de casos confirmados, ubicando a nuestro país en el cuarto lugar, por número de casos en América siendo el noveno a nivel mundial, lo que representa que el país superó el millón de contagios, con más de 33 mil muertes reportadas a causa del Covid-19. Lo que nos obliga a tener en cuenta esta situación en las demás patologías prevalentes del país, generando que el sistema de salud, y sus profesionales adopten y modifiquen conductas de autocuidado y para con el paciente expuesto.^(7,8,9)

Imágenes Diagnósticas:

Radiografía de Tórax: Es el estudio imagenológico más utilizado en traumatismo, ya que su realización es de gran utilidad y de fácil acceso. En la radiografía de tórax es posible estudiar la pared torácica, el parénquima

pulmonar y el espacio pleural principalmente, por lo que se puede evidenciar lesiones óseas (fracturas costales y esternales), lesiones pleuroparenquimatosas (hemotórax, neumotórax, contusión pulmonar) lo que va a permitir de manera rápida guiar el tratamiento definitivo.

Ecografía de Tórax: La ecografía FAST (Focused Abdominal Sonography for Trauma) es una herramienta que permite evaluar el tórax de manera integral y oportuna, tiene una alta sensibilidad para el taponamiento cardiaco y la visualización de líquido libre.

TC de tórax: Es el estudio más sensible para las lesiones pleuroparenquimatosas y mediastínicas, por lo que es el Gold Standard en trauma de tórax, sin embargo, la preparación representa tiempo de espera, elevación de costos, y la necesidad de un operador experto para su lectura, por lo que en ocasiones no está al acceso en todos los centros hospitalarios.^(10,11)

Plan de Manejo:

El manejo del paciente traumatizado se debe iniciar con lo indicado en los protocolos de soporte vital avanzado (ATLS) en donde se realiza una evaluación inicial del trauma en orden primero por las vías respiratorias, la respiración, y la circulación, es de vital importancia el manejo prehospitalario, en el cual solo se debe realizar lo realmente necesario, y trasladar lo más pronto posible al centro de salud más cercano. A continuación, se debe monitorizar al paciente, para control de signos vitales. Después de aplicar el protocolo ABCDE y de manera simultánea se debe ir explorando y evaluando el mecanismo de la lesión, la gravedad de la misma, para que en la evaluación secundaria se pueda elegir y definir una conducta

definitiva a seguir, con la ayuda diagnóstica, si es el caso, de la clínica e imágenes que indicarán la necesidad de intervención quirúrgica. ⁽¹¹⁻¹⁴⁾

RECOMENDACIONES COVID-19

La experiencia registrada a nivel mundial arroja que el personal de la salud es la población con mayor riesgo de contagio por COVID-19, dado que están en contacto directo con las secreciones infecciosas tales como esputo, suero, sangre, heces y gotas respiratorias, en especial en procedimientos generadores de aerosoles como intubación y extubación endotraqueal, compresiones torácicas, ventilación mecánica no invasiva, paso de sonda nasogástrica, traqueostomía, inserción de un tubo torácico, toracotomías y procedimientos pleurales entre otras.

En pacientes que ingresan a urgencias por traumatismo torácico que requieran de cirugía inmediata se deben manejar como casos positivos o sospechosos sin importar la toma de pruebas inmunológicas o PCR, dado que la transmisión es comunitaria, por lo que se debe extremar las medidas de prevención del contagio por medio de los elementos de protección personal (EPP) nivel III, los cuales son uso de al menos un respirador N95 certificado por el Instituto Nacional de Seguridad y Salud Ocupacional (NIOSH), protección para los ojos como el uso de monogafas o un protector facial completo, gorro, bata y guantes, uniforme de trabajo, uniforme protector médico desechable, guantes de látex desechables y preferiblemente un dispositivo PAPR. Todo el equipo de profesionales debe estar capacitado en la correcta colocación y retiro de estos implementos de seguridad para evitar el contagio.

En los casos donde se involucran las vías respiratorias altas y bajas o la exposición de la cavidad abdominal, se debe tener especial precaución por la constante exposición y producción de aerosoles.

No hay evidencia de calidad disponible que favorezca el abordaje abierto y el laparoscópico, porque se deberían evaluar variables secundarias como el riesgo relacionado al proceso de intubación, la producción de gases quirúrgicos, la extracción de tejido o el CO₂ al retirar el neumó, no se ven significativamente disminuidos durante la cirugía abierta.

Por otro lado se recomienda tener una sala quirúrgica destinada para pacientes covid, que debe contar con presión negativa y los insumos necesarios para cada intervención antes del ingreso del paciente, dado que se debe restringir la circulación del personal de salud dentro de la misma y se debe realizar aseo de la sala antes y después de cada procedimiento, generando una espera de al menos 30 minutos después de la desinfección de las superficies y ambiente para garantizar un entorno seguro y protegido tanto para el personal de salud como los futuros pacientes a ser intervenidos. En las salas se debe procurar la presencia del personal médico asistencial con mayor experticia, para que sean los encargados de liderar el procedimiento asegurando la disminución del tiempo quirúrgico, la probabilidad de fallo y otras conductas que puedan favorecer el riesgo de infección y contagio. Aún no hay información que nos asegure que tipo de inmunidad se genera en pacientes recuperados de COVID-19, por lo que no hay certeza del riesgo de contagio de esta población, después de un contagio inicial, lo que significa que pese a que muchos de nuestros profesionales de la salud ya se han recuperado, se deben seguir cumpliendo y extremando a

cabalidad todos los protocolos y las medidas de bioseguridad establecidas para el contexto de esta pandemia con Covid-19.⁽¹⁵⁻¹⁹⁾

Conclusión:

La actual pandemia causada por el virus SARS-CoV-2 ha sido un reto para el sistema de salud a nivel global, y en este artículo hemos destacado la importancia de la protección del equipo médico dado que desde el autocuidado se puede lograr disminuir la transmisión y contagio por COVID-19, teniendo especial precaución en el contexto de las intervenciones quirúrgicas de urgencia, secundarias a los traumatismos de tórax. Por lo que nos encontramos con la enorme responsabilidad de cuidar, atender y tratar a los pacientes de la forma más idónea, promoviendo conductas de autocuidado como solo los expertos pueden hacerlo, manteniendo la calidad en la atención lo cual se va a ver reflejado en la evolución y pronóstico del paciente, para generar un impacto directamente en la tasa de mortalidad, aún en el contexto de extremar medidas de bioseguridad frente al coronavirus, para disminuir el ciclo de contagio, se debe seguir evaluando los posibles riesgos y complicaciones, asociados al traumatismo de tórax y su directa relación con el contagio de Covid-19.⁽²⁰⁾

REFERENCIAS

⁽¹⁾ Galvagno, S. M., Jr, Nahmias, J. T., & Young, D. A. (2019). Advanced Trauma Life Support® Update 2019: Management and Applications for Adults and Special Populations. *Anesthesiology clinics*, 37(1), 13–32. <https://doi.org/10.1016/j.anclin.2018.09.009>

⁽²⁾ Lichtenberger, JP, Kim, AM, Fisher, D., Tatum, PS, Neubauer, B., Peterson, PG y Carter, BW (2018). Imágenes del trauma torácico relacionado con el combate - Revisión del trauma penetrante. *Medicina militar*, 183 (3-4), e81 – e88. <https://doi.org/10.1093/milmed/usx034>

⁽³⁾ Jain A, Quemaduras B. Traumatismo Penetrante en el Pecho. [Actualizado el 28 de abril de 2020]. En: StatPearls [Internet]. Treasure Island (FL): StatPearls Publishing; 2020 enero-. Disponible en: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/books/NBK535444/>

⁽⁴⁾ Rojas, A; Soto, A; Castellanos, A; Arteaga, M; (2015), Mexico: Manual de disecciones: primera edición por, McGRAW-HILL INTERAMERICANA.

⁽⁵⁾ de Campos, J. y White, TW (2018). Estabilización de la pared torácica en pacientes traumatizados: ¿por qué, cuándo y cómo ?. *Revista de enfermedad torácica*, 10 (Supl. 8), S961 – S962. <https://doi.org/10.21037/jtd.2018.04.69>

⁽⁶⁾ Pumarejo Gomez, L., & Tran, V. H. (2020). Hemothorax. In *StatPearls*. StatPearls Publishing.

⁽⁷⁾ Pieracci, FM, Burlew, CC, España, D., Livingston, DH, Bulger, EM, Davis, KA y Michetti, C. (2020). Toracostomía con sonda durante la pandemia de COVID-19: orientación y recomendaciones de los comités de cuidados intensivos y cirugía de cuidados intensivos de la AAST. *Cirugía de trauma y cuidados agudos abiertos*, 5 (1), e000498. <https://doi.org/10.1136/tsaco-2020-000498>

⁽⁸⁾Engelman, DT, Lothar, S., George, I., Funk, DJ, Ailawadi, G., Atluri, P., Grant, MC, Haft, JW, Hassan, A., Legare, JF, Whitman, G., Arora, RC y Sociedad de Cirujanos Torácicos Grupo de Trabajo COVID-19 (2020). Cirugía cardíaca en adultos y la pandemia de COVID-19: las estrategias agresivas de mitigación de infecciones son necesarias en la sala de operaciones y la recuperación quirúrgica. *Los Anales de la cirugía torácica*, 110 (2), 707–711. <https://doi.org/10.1016/j.athoracsur.2020.04.007>

⁽⁹⁾ Pandey, AS, Ringer, AJ, Rai, AT, Kan, P., Jabbour, P., Siddiqui, AH, Levy, EI, Snyder, KV, Riina, H., Tanweer, O., Levitt, MR, Kim, LJ, Veznedaroglu, E., Binning, MJ, Arthur, AS, Mocco, J., Schirmer, C., Thompson, BG, Langer, D. y Grupo de Investigación de Neurocirugía Endovascular (ENRG) (2020). Minimizar la exposición al SARS-CoV-2 al realizar intervenciones quirúrgicas durante la pandemia de COVID-19. *Revista de cirugía neurointervencionista*, 12 (7), 643–647. <https://doi.org/10.1136/neurintsurg-2020-016161>

⁽¹⁰⁾González L, R., Riquelme U, A., Fuentes E, A., Saldías F, R., Reyes M, R., Seguel S, E., Stockins L, A., Jadue T, A., Canales Z, J., & Alarcón C, E. (2018). Traumatismo torácico: caracterización de hospitalizaciones durante tres décadas [Thoracic trauma. Experience of three decades]. *Revista medica de Chile*, 146(2), 196–205.

<https://doi.org/10.4067/s0034-98872018000200196>

⁽¹¹⁾ de Leeuw, RA, Burger, NB, Ceccaroni, M., Zhang, J., Tuynman, J., Mabrouk, M., Barri Soldevila, P., Bonjer, HJ, Ankum, P. y Huirne, J. (2020). COVID-19 y cirugía laparoscópica: revisión del alcance de la literatura actual y la experiencia local. *Salud pública y vigilancia de*

la JMIR, 6 (2), e18928. <https://doi.org/10.2196/18928>

⁽¹²⁾ Rojas, A., Opazo, M., Hernández, M., Ávila, P., & Villalobos, D. (2015). Evaluación preoperatoria y predictores de morbilidad en resección de cáncer de pulmón [Preoperative evaluation and predictors of mortality in lung cancer resection]. *Revista medica de Chile*, 143(6), 759–766. <https://doi.org/10.4067/S0034-98872015000600009>

⁽¹³⁾ Ayoub, F., Quirke, M. y Frith, D. (2019). Uso de antibióticos profilácticos para prevenir complicaciones por traumatismo torácico cerrado y penetrante que requiere la inserción de un drenaje torácico: una revisión sistemática y un metanálisis. *Cirugía de trauma y cuidados agudos abiertos*, 4 (1), e000246. <https://doi.org/10.1136/tsaco-2018-000246>

⁽¹⁴⁾ Bouzat, P., Raux, M., David, J. S., Tazarourte, K., Galinski, M., Desmettre, T., Garrigue, D., Ducros, L., Michelet, P., Expert's group, Freysz, M., Savary, D., Rayeh-Pelardy, F., Laplace, C., Duponq, R., Monnin Bares, V., D'Journo, X. B., Boddaert, G., Boutonnet, M., Pierre, S., ... Vardon, F. (2017). Chest trauma: First 48hours management. *Anaesthesia, critical care & pain medicine*, 36(2), 135–145. <https://doi.org/10.1016/j.accpm.2017.01.003>

⁽¹⁵⁾Aranda-Narváez, J. M., Tallón-Aguilar, L., Pareja-Ciuró, F., Martín-Martín, G., González-Sánchez, A. J., Rey-Simó, I., Tamayo-Medel, G., Yáñez-Benítez, C., Costa-Navarro, D., Montón-Condón, S., Navarro-Soto, S., Turégano-Fuentes, F., Pérez-Díaz, M. D., Ceballos-Esparragón, J., Jover-Navalón, J. M., Balibrea, J. M., & Morales-Conde, S. (2020). Atención de la urgencia quirúrgica durante la pandemia COVID-19. Recomendaciones de la Asociación

Española de Cirujanos [Emergency Surgery and Trauma Care During COVID-19 Pandemic. Recommendations of the Spanish Association of Surgeons]. *Cirugia espanola*, 98(8), 433–441. <https://doi.org/10.1016/j.ciresp.2020.04.031>

⁽¹⁶⁾Restrepo-Álvarez, Camilo Andrés, Valderrama-Molina, Carlos Oliver, Giraldo-Ramírez, Nelson, Constain-Franco, Alfredo, Puerta, Andrés, León, Alba Luz, & Jaimes, Fabián. (2016). Trauma severity indices. *Colombian Journal of Anesthesiology*, 44(4), 317–323. Retrieved November 15, 2020, from http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0120-33472016000400010&lng=en&tlng=es.

⁽¹⁷⁾Coccolini, F., Perrone, G., Chiarugi, M., Di Marzo, F., Ansaloni, L., Scandroglio, I., Marini, P., Zago, M., De Paolis, P., Forfori, F., Agresta, F., Puzziello, A., D'Ugo, D., Bignami, E., Bellini, V., Vitali, P., Petrini, F., Pifferi, B., Corradi, F., Tarasconi, A.,... Catena, F. (2020). Cirugía en pacientes COVID-19: directrices operativas. *Revista mundial de cirugía de emergencia: WJES*, 15 (1), 25. <https://doi.org/10.1186/s13017-020-00307-2>

⁽¹⁸⁾Coimbra, R., Edwards, S., Kurihara, H., Bass, GA, Balogh, ZJ, Tilsed, J., Faccincani, R., Carlucci, M., Martínez Casas, I., Gaarder, C., Tabuenca, A., Coimbra, BC y Marzi, I. (2020). Recomendaciones de la Sociedad Europea de Trauma y Cirugía de Emergencia (ESTES) para

la preparación para traumatismos y cirugías de emergencia durante tiempos de infección por COVID-19. *Revista europea de trauma y cirugía de emergencia: publicación oficial de la European Trauma Society*, 46 (3), 505–510. <https://doi.org/10.1007/s00068-020-01364-7>

⁽¹⁹⁾Moletta, L., Pierobon, ES, Capovilla, G., Costantini, M., Salvador, R., Merigliano, S. y Valmasoni, M. (2020). Pautas y recomendaciones internacionales para la cirugía durante la pandemia de Covid-19: una revisión sistemática. *Revista internacional de cirugía (Londres, Inglaterra)*, 79, 180–188. <https://doi.org/10.1016/j.ijcu.2020.05.061>

⁽²⁰⁾Balibrea, J. M., Badia, J. M., Rubio Pérez, I., Martín Antona, E., Álvarez Peña, E., García Botella, S., Álvarez Gallego, M., Martín Pérez, E., Martínez Cortijo, S., Pascual Miguelañez, I., Pérez Díaz, L., Ramos Rodriguez, J. L., Espin Basany, E., Sánchez Santos, R., Soria Aledo, V., López Barrachina, R., & Morales-Conde, S. (2020). Surgical Management of Patients With COVID-19 Infection. Recommendations of the Spanish Association of Surgeons. Manejo quirúrgico de pacientes con infección por COVID-19. Recomendaciones de la Asociación Española de Cirujanos. *Cirugia espanola*, 98(5), 251–259. <https://doi.org/10.1016/j.ciresp.2020.03.001>

Capital Social. Aproximación al Concepto, Límites y Alcances.

Fredy H. Rodríguez Bonilla*

Introducción

El concepto de Capital social se ha convertido en una variable explicativa de las distintas conductas y actuaciones de la sociedad; su conocimiento y medición ha llevado a muchos investigadores sociales a abordarlo desde múltiples perspectivas, en especial de la economía, pues ayuda a su fortalecimiento y crecimiento, además el capital social permite a la democracia consolidarse. Es decir que el capital social toca de manera directa o indirecta los distintos entramados sociales que permiten las relaciones de los individuos y de éstos con las organizaciones e instituciones del Estado.

El hecho de que el capital social actualmente es abordado por las distintas disciplinas del saber social y humano nos indica los nuevos rumbos interpretativos que se hacen de lo social y de lo público hoy. “El capital social resulta tan interesante precisamente por sus efectos sobre otras variables. Así, por

ejemplo, se dice que el capital social es un factor importante en la reducción de los costes de transacción ajenos a todo intercambio de mercancías, y, en consecuencia, puede resultar una variable clave para el desarrollo económico. Pero, probablemente, el éxito del capital social se debe a sus presuntos efectos beneficiosos para el funcionamiento de la democracia. Se supone que mayores reservas de capital social son sinónimo de democracias que funcionan mejor, donde los ciudadanos participan más y pueden ejercer mejor *accountability* sobre sus gobernantes”⁴⁵. Como se prevé el marco conceptual y práctico en el que puede desenvolverse el capital social es grande, por lo cual es necesario precisar su contenido y funcionalidad.

* Fredy H. Rodríguez Bonilla. Candidato a Doctor por la Universidad de Salamanca, España. Magister en Filosofía del Derecho. Abogado, Político, Lic. En Filosofía y letras. Docente universitario e investigador.

⁴⁵ HERREROS VAZQUEZ, Francisco, ¿Por qué confiar? El problema de la creación de Capital Social, Centro de Estudios Avanzados en Ciencias Sociales, Instituto Juan March, Madrid, 2002, p.2.

Analizando los diferentes trabajos e investigaciones que han abordado el tema del capital social, dicho abordaje se ha realizado desde los fenómenos económicos, de capital humano, políticas criminales, políticas públicas, rendimiento y eficacia de las instituciones, entre otras; se ve cómo ha existido una falta de precisión del concepto.

Dichos términos (capital social,) nos lleva a estudiarlo en profundidad y para ello se acudirá inicialmente a una serie de definiciones que permitirán el encuadramiento de sus límites y alcances. Para Sudarsky “el capital social es la acumulación de vínculos asociativos que se han construido entre los miembros de una sociedad, dentro de lo que permiten sus marcos organizacionales e instituciones, el supuesto es que estos vínculos tiene algún grado de permanencia y por ello son acumulables.”⁴⁶ No es entonces cualquier tipo de relación o vínculo, es decir, no toda relación social genera capital social, pues también existe un “capital social improductivo y perverso”. El capital social se refiere a esos vínculos que voluntariamente surgen entre las personas que se asocian.

⁴⁶ SUDARSKY ROSENBAUM, John, El Capital Social de Colombia, Departamento nacional de Planeación, Bogotá, 2000, p.12.

El capital social se ha convertido en una herramienta que permite conocer e interpretar a la sociedad, a la vez que brinda la facultad de postular a los líderes políticos estrategias de desarrollo social y crecimiento económico, gracias a sus resultados y al manejo de sus variables. El capital social nos aleja de interpretaciones que señalan que el crecimiento económico necesariamente conducía al desarrollo económico. Es precisamente a través de vínculos sociales, relaciones interpersonales y confianza, que se puede hablar de un verdadero desarrollo no solo económico sino social, que va mucho más allá de un desarrollo sostenible en términos de acceso de recursos y oportunidades a generaciones futuras como las hayan podido tener las generaciones actuales. Si bien en las concepciones clásicas y explicativas de la economía mencionaban como capitales el físico, humano y financiero, ahora se incluye el capital social reconociendo así la existencia de múltiples y complejas formas de compromiso cívico (civil engagement), que genera niveles más elevados... y acelerado crecimiento económico”⁴⁷. Es decir, que en una sociedad donde existe capital social se desarrolla la confianza y la credibilidad. En el siglo XX ha renacido el espíritu cívico que ha llevado a la

⁴⁷ CUELLAR, María Mercedes, Colombia: un Proyecto Inconcluso. Valores, instituciones y capital social, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000, p.763.

comprensión de la vida comunitaria como mecanismo de progreso. Señala Putnam: “por analogía las nociones de capital físico y humano –instrumentos y formación que mejoran la productividad individual, la idea central de la teoría del capital social es que las redes sociales poseen un valor. De la misma manera que el destornillador (capital físico) o una formación universitaria (capital humano) pueden aumentarla productividad (tanto individual como colectivo) así también los contactos sociales afectan a la productividad de los individuos y grupos. Mientras el capital físico se refiere a objetos físicos y el humano a propiedades de las personas, el capital social guarda relación con los vínculos entre individuos –las redes sociales y las normas de reciprocidad y confianza derivadas de ellas. En este sentido el capital social está estrechamente relacionado con lo que algunos han llamado “virtud cívica”.⁴⁸

De la confianza surge un escudo de protección involuntario (y voluntario) contra lo que en economía se ha llamado el *oportunismo*, que básicamente consiste en que los individuos cuentan o perciben incentivos para obrar de una manera determinada en contra de la colectividad, o sea que resultan ganando si juegan en

⁴⁸ PUTNAM D., Robert, Solo en la Bolera. Colapso y Resurgimiento de la Comunidad Norteamericana, Ed. Galaxia Gutenberg, Barcelona, 2002, p.14.

posiciones que no son necesariamente sociales. Mientras se perciba que hay ganancia individual se recurrirá al oportunismo. Pero cuando hay confianza individual y social los miembros de organizaciones sociales actuarán más cívicamente y tendrán una mayor predisposición a la participación, es decir, que serán más democráticos. Putnam establece que “el capital social surge de asociaciones horizontales entre individuos y su capacidad de desarrollar densas redes de interdependencia, las cuales se reflejan en normas culturales y de confianza interpersonal, que facilitan la cooperación y coordinación para el beneficio mutuo.”⁴⁹

Los individuos que se asocian ganan mucho, pues su espíritu de cooperación genera mayor participación y la construcción de organizaciones e instituciones que facilitan el logro común de objetivos que permitan una mejora en la calidad de vida, felicidad, y visión de futuro. El capital social se convierte en clave de la dinámica de evaluación de procesos políticos en los conglomerados. Para North la principal fuente de crecimiento viene originada de la estructura institucional de las sociedades que se moldea a través de la interacción de las diferentes normas formales e informales que se

⁴⁹ PUTNAM D. Robert, Para hacer que la Democracia funcione. La experiencia italiana en descentralización Administrativa, Ed. Calac, Caracas, 1994, p.167.

vayan produciendo como resultado de la interacción de los individuos y que presupone por lo tanto el señalamiento de un cumplimiento de lo acordado, brindando la seguridad en los compromisos favoreciendo la vida no solo económica sino democrática.

Esta visión relacional critica a la escuela clásica que sostenía hasta hace poco que eran los individuos los únicos actores válidos en las actividades económicas. Así mismo se sostenía como premisa que los países pobres debían acceder a la tecnología industrial y administrativa (que es fruto de la Revolución Industrial, disponible para todo el mundo); con el fin de colocarse en igualdad de condiciones que los países ricos e industrializados. Hoy la realidad muestra muchas décadas después que desafortunadamente no sucedió así. El proceso no es tan simple, la sola creación de infraestructura no es suficiente, se necesita del surgimiento de redes asociativas de capital social donde la base sea la confianza entre los individuos, la creación de un fuerte tejido social, secundado por las políticas asociacionistas del Estado. Lo económico se desarrolla junto con lo político, pues los mercados son reglados por instituciones que tiene un origen en las regulaciones del Estado, que con un poder coercitivo en la sociedad hará que los acuerdos se cumplan y por ende proporcionará los marcos

y espacios de intercambio comercial entre los individuos y las diferentes sociedades; gracias al capital social podemos entender que los vínculos sociales disminuyen los costos de transacción en las negociaciones y en la información.

La importancia del capital social radica en aspectos fundamentales venidos de la economía, la política y la sociedad, en el sentido de que las relaciones sociales influyen y son influidas por los resultados económicos; dichas relaciones se dan entre los diferentes individuos y cómo éstos construyen organizaciones que facilitan ese desenvolvimiento de la vida económica produciendo unas externalidades positivas que llegan a toda la vida política y social, contar con un capital social favorece el actuar de los gobiernos al proporcionar un escenario claro y seguro para la inversión, desarrollo y la consolidación de regímenes democráticos que permiten el mundo del comercio; pues como ya se ha señalado la estructura de lo institucional (sobre todo que se cumplan los pactos y acuerdos) facilita y propicia las relaciones entre individuos. “El nuevo enfoque de la escuela económica institucionalista, cuyo principal representante es el premio Nobel de economía Douglass North, y el de la modernización, representado por Inglehart, se salen del ámbito económico e incursionan en otros terrenos, esencialmente en

relación con la estructura institucional de los países –el gobierno, la justicia, las instancias políticas- y los valores culturales de cada sociedad, así como con la capacidad de las personas de trabajar mancomunadamente”⁵⁰.

Es lo que se llama círculo virtuoso del capital social. HERREROS nos muestra claramente la diferencia de contar o no con capital social; “imaginemos dos individuos. Uno de ellos vive en el estado de naturaleza Hobbesiano⁵¹, mientras que el otro es habitante de un estado de naturaleza Roussoniano⁵². Lo desagradable de vivir en el estado de naturaleza Hobbesiano se debe en gran medida, a la ausencia de capital social: el individuo está aislado, por lo que difícilmente desarrollará relaciones de confianza con otros habitantes del estado de naturaleza. Esto le impide contar con recursos tales como la información acerca,

⁵⁰ CUELLAR, María Mercedes, Ob. Cit. p.36

⁵¹ La teoría hobbesiana, de Thomas Hobbes (1588-1679), básicamente se conoce como la del estado de naturaleza del hombre temeroso de los demás hombres, pues no tiene quien le garantice su seguridad integral y por eso cede sus derechos y privilegios a un tercero (Leviatán). Homo homini lupus. Hobbes manifestaba ir en contra de la libertad de conciencia que proponía la reforma.

⁵² A diferencia, la teoría Roussoniana, de Jean-Jacques Rousseau (1712-1778), manifiesta el contrato social, y la defensa clásica de la democracia cuyo fundamento reside en una voluntad, la voluntad del pueblo que decide de acuerdo al principio de las mayorías.

digamos, de las nuevas técnicas de cultivo desarrolladas por su vecino. Tampoco puede ayudar a su vecino a recoger su cosecha esperando que ese favor le será devuelto en el futuro. Carece de recursos (obligaciones de reciprocidad e información) que hace que su vida resulte mucho más dura. En ausencia de capital social se hace que sea necesario el establecimiento de derechos de propiedad garantizados por el Estado. Por el contrario en el estado de naturaleza de Rousseau, la vida es mucho más dulce gracias a las reservas existentes de capital social... el individuo no está aislado y disfruta de recursos de capital social, la pertenencia a redes de pertenencia sociales es la que determina la reserva potencial de capital social con la que cuenta un individuo”⁵³. En este caso hipotético, que además sirve para distinguir el énfasis que dan los contractualistas contemporáneos a la confianza (fides) como fundamento de la vida social, señala que, en ambos casos, la fuente de recursos de capital no está en las actitudes o valores del individuo como tal, sino en su red de relaciones. La confianza y la información son elementos que se manejan en el capital social y que permiten ubicar las distintas sociedades en cuadrantes de rendimiento democrático según sea su desempeño institucional.

⁵³ HERREROS VAZQUEZ, Francisco, Ob. Cit. p.9

¿Qué hace que se pueda calificar de bueno o malo un gobierno? ¿Cómo se logra el distinto grado de satisfacción de los ciudadanos? ¿Cómo se dan diferencias tan grandes entre un Estado y otro? El capital social implica la vivencia de normas de reciprocidad y de igualdad que permiten resolver los conflictos de manera cooperativa y solidaria. Cuando hay más confianza es más fácil tender puentes y se puede esperar del antagonista que terminará comportándose con arreglo a las normas. De lo contrario donde no hay capital social los problemas se resuelven con un hombre fuerte, entregando la autoridad a alguien que maneje gente con influencia (clientelismo) generando formas de violencia que destruyen el capital social, acabando el fundamento de la confianza y teniendo como consecuencia un efecto desmoralizador profundo. Cuando hay un poder autoritario, éste termina como un gran depredador: extrae recursos y no responde por el individuo. Las sociedades que han limitado el poder pudieron prosperar mucho más, pues piden cuentas y solicitan explicaciones a sus gobiernos, es decir que el desarrollo que algunos países han alcanzado se debió a la consolidación de un capital social.

Cuando analizamos el caso colombiano y observamos tan fragmentada su situación política y social, es fácil notar que se presenta

una falta de credibilidad y de respeto en las instituciones, y esa ausencia de autoridad se percibe y se generaliza. El origen de este marco poco edificador ha venido desarrollándose desde los tiempos de la Colonia en Colombia. SUDARSKY establece tres sucesos históricos que han condicionado esta situación: la ausencia de un régimen feudal contractual en España durante el siglo XV, a diferencia de cómo se produjo en el resto de Europa en donde existió un pacto o contrato con los señores feudales, que a cambio de los servicios de los campesinos ofrecía protección; la unión entre el estado y la Iglesia y la profunda resistencia contra la reforma protestante como eje de políticas y actuar de las instituciones⁵⁴.

El capital social tiene que ver con redes sociales que generan recursos venidos de esa pertenencia, que conlleva la obligación de reciprocidad y a una relación de confianza, el capital social es creado como subproducto de la realización de otras actividades asociativas. Pero no es solo asociarse *per se*, también es proyectar objetivos que favorezcan la integración social y su crecimiento económico. El capital social tiene que ver entonces con la democracia participativa, en la cual haya información sobre el

⁵⁴ SUDARSKY ROSENBAUM, John. Ob. Cit. p.14.

comportamiento de los políticos, y se pueda pedir cuentas de su actuación.

Definición de Capital Social. Límites y Alcances.

Desde las últimas décadas el concepto de capital Social ha entrado en el haber de distintas disciplinas. Pero su definición ha sido difusa, pues presenta la dificultad de no lograr concretar lo que puede ser capital social de lo que no lo es. Generalmente se entiende por capital social el conjunto de redes sociales y organizaciones a través de las cuales los individuos logran participar en la vida social, construyendo instituciones, accediendo al poder y a los recursos que facilitan la toma de decisiones y formulación de políticas. Sin embargo, para hacer un seguimiento a la evolución que ha tenido el término de capital social se presentarán las definiciones más relevantes que han plasmado sus “fundadores” y el recorrido en su construcción.

Origen del Concepto.

Unas de las anotaciones más antiguas de éste concepto se le atribuyen a Hanifan, según lo relata Putnam: “Hace casi cien años, Lyda Judson Hanifan, un joven educador y reformador

social del partido progresista que había estudiado en varias de las mejores universidades norteamericanas, regresó a su tierra de origen, Virginia occidental, un estado empobrecido de los Apalaches, para trabajar en su sistema escolar rural. ...poco a poco llegó a la conclusión de que los graves problemas sociales, económicos y políticos de las comunidades en las que trabajaba solo podían resolverse reforzando las redes de solidaridad entre sus ciudadanos. Observó que había caído en desuso las viejas costumbres de vecindad rural y compromiso cívico, como las sociedades de debate y las fiestas para ayudar a construir graneros e injertar manzanos.

En un ensayo escrito en 1916 para recalcar la importancia de un compromiso comunitario renovado en apoyo de la democracia y el desarrollo, Hanifan acuñó la expresión “capital social” para explicar por qué era así. Para Hanifan el capital social se refería a “...esos elemento tangibles (que) cuentan sumamente en la vida diaria de las personas , a saber, la buena voluntad, la camaradería, la comprensión y el trato social entre individuos y familias, características constitutivas de la unidad social (...) Abandonado a sí mismo el individuo es socialmente un ser indefenso (...) Pero si entra en contacto con sus vecinos y éstos con nuevos vecinos, se producirá una

acumulación de capital social que podrá satisfacer de inmediato sus necesidades sociales y producir las posibilidades sociales suficientes para mejorar de forma sustancial las condiciones de vidas de toda la comunidad. La comunidad en conjunto se beneficiará de la cooperación de todas sus partes, mientras el individuo encontrara al asociarse las ventajas de la ayuda, la comprensión y la camaradería de sus vecinos...”
 citado en Hanifan, L.J., The rural school community Center, annals of the American Academy of political and social science, 67, 1916, p. 130-138.”⁵⁵

Putnam reseña que durante el resto del siglo pasado el concepto fue repensado y reformulado en varias ocasiones y que en la década de 1950 el sociólogo canadiense John Seeley y sus colegas emplearon la expresión para indicar que “para el habitante de las colonias suburbanas que asciende en la escala social, la afiliación a clubes y asociaciones... es una especie de título negociable (no menos real que valores de bolsa, a pesar de ser psicólogo) que su poseedor puede convertir en efectivo, transferir o utilizar como garantía”⁵⁶. La idea de capital social no se lograba definir con precisión,

⁵⁵ PUTNAM D., Robert (Ed.), El Declive del Capital Social. Un estudio Internacional sobre las Sociedades y el Sentido Comunitario, Ed. Galaxia Gutemberg, Barcelona, 2003, p.9.

⁵⁶ PUTNAM D. Robert, Ob. Cit. p.11.

inicialmente los economistas lo catalogaron como un *stock* de agregado de las distintas formas de capital de un sistema económico, como un valor que se le da a las relaciones sociales.

Sin embargo los primeros acercamientos para intentar definir y enmarcar en un conjunto teórico el capital social viene de Pierre Bourdieu en los años setenta al señalar que el capital social es “el agregado de los actuales o potenciales recursos que están relacionados con la posesión de una red perdurable de relaciones más o menos institucionalizadas de conocimiento y reconocimiento mutuo –en otras palabras, con la pertenencia a un grupo -que le brinda a cada uno de los miembros el respaldo del capital socialmente adquirido”⁵⁷. O sea que para Bourdieu las redes sociales son el resultado de un diseño de estrategias de inversión que desarrollan las personas y los grupos sociales para conseguir efectos positivos inmediatos. Básicamente lo que pretende explicar es como unas formas de capital se transforman en otras formas de capital. “Bourdieu le dio carta de ciudadanía en 1980, entendiéndolo como aquel “residuo”, atribuible a las conexiones personales

⁵⁷ BOURDIEU, Pierre, Las Formas del Capital, Greenwood Press, New York, p.216, citado por VARGAS FORERO, Gonzalo, Hacia una Teoría del capital Social, Revista Institucional, Vol. 4, Nro. 6, primer semestre de 2002, p.73

de un individuo y a su pertenencia a un grupo, que explican su éxito económico y social superior al de personas con comparables niveles de capital cultural y físico”⁵⁸. Sin embargo, a pesar de que el término capital social se asocia con la economía, Bourdieu, Coleman y Putnam relacionan el concepto con la antropología, la sociología y la ciencia política. Es decir, se amplía su radio de acción.

Son muchas las definiciones y orientaciones que se le han dado al término capital social; a continuación, se clasificarán en cinco aspectos haciendo una breve sinopsis, cómo es entendido el término por sus principales exponentes. 1. *Participación en organizaciones*: los individuos tienen confianza y confían en las instituciones, hay un interés en lograr una mejoría económica en sus hogares, los amigos y la familia cuentan. Encontramos a Putnam, Narayan, Kawachi; Helliwell y Cuellar. Un segundo grupo denominado como los que identifican al capital social como 2. *Confianza y Reputación*: la confianza es necesaria cuando se hacen los contratos y se manejan recursos comunes, es necesario un nivel de confianza mutuo en el grupo capaz de auto-sancionarse sin recurrir a un tercero sancionador. Encontramos aquí a: Ostrom, Paldam, Knack, Fafchamps. Un tercer grupo relaciona el capital social con 3. *Redes sociales informales*, donde se confía en

los amigos y los extraños, que difícilmente engañan o sus clientes o familiares y son estos los más llamados a ayudar cuando se presentan las crisis económicas, autores: Rose, North, Rauch y Lyon. Otro aspecto definitorio es el que considera como capital social como 4. *El desempeño del Gobierno*, y el cumplimiento de la normatividad, con el apoyo familiar como fuente de contactos que permiten ingresos económicos. Putnam, Snack, Sanders y Nee. Finalmente, la otra definición toma en cuenta las 5. *Relaciones de redes entre el estado y la Sociedad*, las normas sociales como valores de la comunidad que permiten la interacción de los individuos, aclara que el capital social no se consume con su uso. Algunos representantes son: Pantoja, Grootaert, Collier, Ostrom, Stiglitz. Estas definiciones son comentadas VARGAS FORERO Gonzalo, Ob. Cit. p.77.

Putnam, señala que “la idea básica del capital social es que la familia, los amigos y los compañeros de una persona constituyen un valor importante al que recurrir en una crisis, del que disfrutar por sí mismo y del que servirse para conseguir ventajas materiales. Además, esto, que es cierto para los individuos vale también para los grupos. Las comunidades con recursos variados de redes sociales y asociaciones cívicas se encuentran en una posición más sólida para hacer frente a la pobreza y la vulnerabilidad,

⁵⁸ SUDARSKY, John. Ob. Cit. p.12

resolver disputas y sacar partido a oportunidades nuevas... la idea central de la teoría del capital social es sumamente sencilla: las redes sociales importan, las redes poseen valor, ante todo, para quienes se hallan en ellas. Utilizando el lenguaje de la microeconomía, las redes producen beneficios privados internos.

Se puede afirmar entonces que el capital social es el que permite a las personas relacionarse, creando vínculos estrechos que por extensión lleguen a la creación de instituciones⁵⁹. Si bien ya he mencionado la existencia de distintas formas de capital (humano, natural y financiero), que, a diferencia de éstos, el capital social permanece en la estructura de relaciones entre actores; identifica algunos aspectos de esa estructura, los apropia y son usados por los actores para el logro de sus intereses. Dicha

⁵⁹ Douglass NORTH señala que “Las instituciones son las reglas de juego en una sociedad o, más formalmente, son las limitaciones ideadas por el hombre que dan forma a la interacción humana. Por consiguiente, estructuran incentivos en el intercambio humano, sea político, social, o económico. El cambio institucional conforma el modo en que las sociedades evolucionan a lo largo del tiempo, por lo cual es la clave para entender el cambio histórico”. En *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*, Ed Fondo de Cultura económica, México, 1993. Podríamos decir entonces que son las formas que las personas crean para la participación humana; lo que se prohíben y se permiten. Son normas escritas formales, así como en códigos de conducta generalmente no escritos que subyacen y complementan a las reglas formales.

dinámica se interioriza y conlleva a la aparición de instituciones donde los compromisos se pactan, surgiendo con ello la “coacción” para su cumplimiento.

Capital social y crecimiento económico

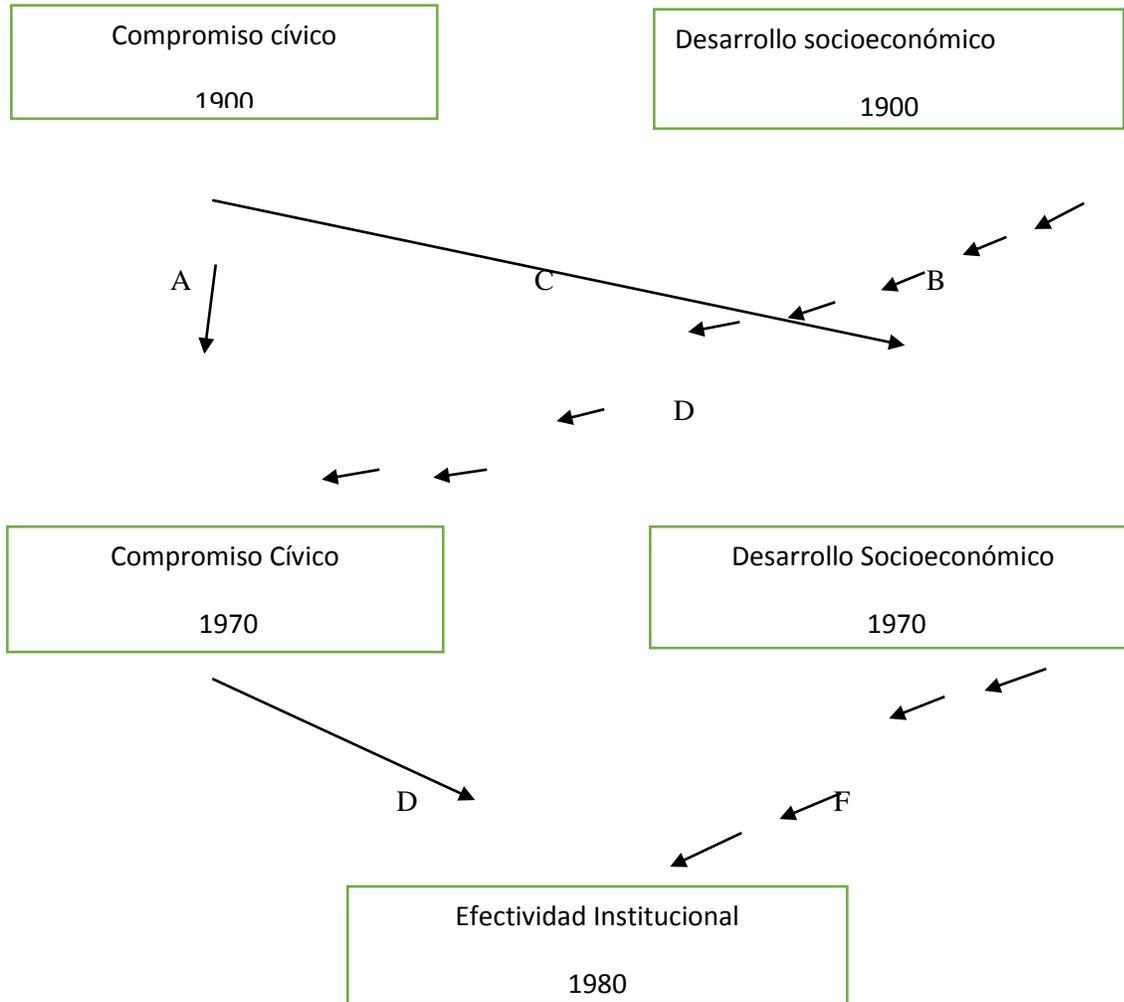
Para una mejor explicación y por la importancia que tiene para la economía política se explicará desde Putnam esta relación. Putnam concluye que las tradiciones cívicas (aspecto social y de colaboración de redes) son un fuerte predictor de la cultura cívica contemporánea, la estructura socio-económica no determina el desarrollo económico; sino al contrario, es la cultura cívica la que tiene mayor importancia para el desarrollo económico más que la misma economía. El desarrollo económico no produce grandes cambios en la cultura cívica “La cultura cívica causa la efectividad institucional... el desarrollo económico no tiene relación alguna con la efectividad del Estado, concluye Putnam: Sociedad fuerte; Economía fuerte; sociedad fuerte, Estado efectivo”⁶⁰. Putnam asume esta postura a partir del desarrollo su obra más importante *Making Democracy Work*⁶¹. Es decir,

⁶⁰ SUDARSKY, John, Ob. Cit. p. 24

⁶¹ Un estudio de campo realizado en Italia, donde por varios años estuvo analizando sus diferentes

que desde aspectos sociales y políticos es como puede ser la participación y el compromiso cívico que se logran resultados económicos. La concepción del Estado empieza a evolucionar hacia lo que hoy conocemos como Estado Social de Derecho, es decir, un Estado preocupado por el bienestar medio de la mayoría de los ciudadanos y que, para conseguir tal objetivo, fomenta, por una parte, la actividad económica privada, fortaleciendo las infraestructuras y el entramado económico y social del país y, por otra parte, interviene corrigiendo desigualdades y prestando un mayor número de servicios a los ciudadanos (Ortiz Vanegas, pág. 16).

regiones y demostró cuales eran los elementos que la hacían que fuera un país de contrastes; rico en el norte y pobre en el sur; y con base en un trabajo investigativo donde incluyó variables como: a) el proceso de cambio institucional, b) la efectividad del Estado, c) participación ciudadana, d) comunidad cívica y e) el desarrollo económico, demuestra cómo el capital social genera más riqueza y bienestar que el acceso a las tecnología y el crecimiento económico (aunque éstas también importan, no determinan).



En el anterior gráfico se ve cómo la línea punteada es una relación débil, es decir que influye, pero no determina y la línea continua negra oscura es una relación fuerte, o sea que determina.

La influencia que tiene el capital social en la economía ha sido analizada de una forma muy especial por Norh, para quien las desigualdades que se dan en la distribución del ingreso per cápita no se debe a que existan desigualdades en los recursos de capital, tierra o

trabajo; sino en las instituciones o en otras formas de capital social, que al momento de implementar una decisión de gobierno determina los rendimientos que se pueden percibir de las demás formas de capital. Para este autor la principal fuente de riqueza se desprende de la estructura institucional y organizativa que tengan las sociedades. Es decir, que las leyes, las organizaciones sociales, en fin, lo que hemos llamado normas formales y las interacciones informales de los individuos entre sí, su confianza y capacidad de contratar junto con un mecanismo sancionador de los incumplimientos, generan el crecimiento económico. Por lo tanto, si hay normas formales que favorezcan la cooperación será más fácil acceder al desarrollo económico.

Hoy con el análisis adecuado, gracias a la interdisciplinariedad, la conjunción de temas de participación cívica y cultura política son relevantes a la hora de hablar de desarrollo económico. “los organismos incluyen cuerpos políticos (partidos políticos, el senado, el cabildo, una agencia reguladora), cuerpos económicos (empresas, sindicatos, ranchos familiares, cooperativas), cuerpos sociales (iglesias, clubes, asociaciones deportivas) y órganos educativos (escuelas, universidades, centros vocacionales de capacitación). Son grupos de individuos enlazados por alguna

identidad común hacia ciertos objetivos”⁶². La búsqueda de los intereses de los grupos lleva a asociarse y que se facilite su consecución en un ambiente de cooperación; hay que tener entonces especial cuidado y atención cuando las organizaciones horizontales⁶³ obstaculizan el crecimiento económico si sus actuaciones como “grupos de interés”⁶⁴ en busca de políticas preferenciales que conlleven a que aparezcan entonces costos desproporcionados en otros sectores de la sociedad y no haya una aplicación de la solidaridad. “... el capital social lubrica las ruedas que permiten a las comunidades avanzar sin tropiezos. Donde la gente es confiada y fiable, y donde está sujeta a interacciones reiteradas con sus conciudadanos los asuntos y transacciones sociales de cada día resultan menos costosos. No hay necesidad de gastar tiempo y dinero para asegurarnos de que los demás obtendrán su parte del acuerdo, ni para castigarlos si no lo hacen. Economistas como

⁶² NORTH, Douglass C., *Instituciones, Cambio y Desempeño Institucional*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1993, p.15.

⁶³ Por organización horizontal se entiende aquella asociación de individuos que se integran a través de sistemas de organización democrática, donde se desarrollan los principios de la igualdad, la participación y a diferencia de las organizaciones verticales, la jerarquía no determina el nivel relacional.

⁶⁴ Grupos de interés son las organizaciones de individuos que se reúnen para la consecución de sus objetivos, aún a costa de ir en contra de la sociedad, si bien lo que hace que se diferencien los grupos de interés buenos de los egoístas es precisamente si no hacen la sociedad más democrática.

Oliver Williamson y politólogos como Elinor Ostrom han demostrado que el capital social se traduce en capital económico en una abundancia de recursos para las empresas y para unidades que se rigen a sí mismas. De hecho, el economista premio Nóbel Kenneth Arrow concluyó que “prácticamente todas las transacciones comerciales encierran un elemento de confianza, y así ocurre sin duda con cualquiera que se lleve a cabo durante un periodo de tiempo. Podemos sostener convincentemente que una gran parte del retraso económico del mundo se puede explicar por una falta de confianza mutua”⁶⁵. Y al decir de Ostrom es que parte de la dificultad de forzar el cumplimiento son sus costos, sociedades con fuerte confianza y con el ejercicio de la fuerza están capacitadas para ser más eficientes a bajo costo”⁶⁶.

Participación cívica, compromiso ciudadano.

Para la ciencia política la virtud cívica siempre fue un elemento importante al momento de la creación del Estado, recordemos a Hobbes,

⁶⁵ PUTNAM D., Robert, Solo en la Bolera. Colapso y Resurgimiento de la Comunidad Norteamericana, Ed. Galaxia Gutenberg, Barcelona, 2002, p.388 (vid en).

⁶⁶ OSTROM, Elinor, Foundations of Social Capital, Critical Studies in Economic Institutions 2, Northampton, USA, 2003, p.222.

con la invención del Leviatán; Rousseau, con su contrato social y los consensos de Rawls que lograban los ciudadanos en la situación originaria entre otros. Desafortunadamente Latinoamérica heredó una cultura política basada en favores, intercambios personales, relaciones de parentesco, clientelista, donde las decisiones son tomadas sin consenso, desde el centro y autoritariamente; lo que ha impedido un mejor desarrollo de virtud cívica, redes sociales, cooperación y solidaridad. En torno a esos elementos mencionados Putnam entiende el capital social como las organizaciones horizontales que se crean entre individuos y que tiene una implicación intrínseca en la economía, es decir que dichas redes y normas que se dan al interior de dichas organizaciones se entrelazan o producen unos resultados económicos. Es decir que el capital social provee de la colaboración necesaria para los miembros de dichas asociaciones. “¿Estamos en lo cierto? ¿Tiene el capital social efectos saludables sobre individuos, comunidades o incluso naciones enteras? Si. Un conjunto impresionante y creciente de estudios nos llevan a pensar que los vínculos cívicos nos hacen saludables, prósperos y sabios. No es fácil vivir sin capital social, tanto si se reside en un pueblo del sur de Italia como si se es un pobre de alguna ciudad norteamericana

o un empresario forrado de dinero de un distrito con industrias de alta tecnología”⁶⁷.

Hay sin embargo un aspecto que vale la pena abordar, es la comprensión de la virtud cívica y resaltar brevemente unas pequeñas diferencias en dichos términos concretando mejor su contenido. Cuando se habla de capital social se asocia como ya se ha anotado con la cultura política al señalar que capital social son ciertos comportamientos de valores y actitudes positivos de los ciudadanos, dejando la sensación de que el marco en el que se desarrollan es una sociedad civil armoniosa alejada del conflicto, pues los comportamientos se presentan como favorables a la sociedad; como podrían afirmar Putnam, Mansbridge, Booth entre otros, aunque capital social es más que actitudes positivas, es el resultado de prácticas sociales, costumbres e instituciones que fortalecen la sociedad civil, hacen resolver mejor los conflictos (Stolle, Grez). Y por último también cuenta con que el capital social conlleva o tiene efectos benéficos en la vida social, Coleman.

Estos tres aspectos muestran al capital social enmarcado dentro del enfoque culturalista, es decir, como producto de la cultura política;

⁶⁷ Ibidem. p.387.

donde se analiza de fondo las preferencias (virtud cívica) y creencias (valores y actitudes) que suponen la confianza. Percibimos el interés que tendrían los individuos en sacrificar sus intereses privados por el de la comunidad. El tomar las preferencias (actitud cívica) como capital social es insuficiente. Coleman cuando se plantea el tema de las preferencias, comenta que las preferencias no se toman *per se*, sino que los individuos acuden a las preferencias por que pueden generar algún tipo de bien a él y a los que comparten el acceso a una red social determinada. “...ser virtuoso en este sentido no implica cooperar siempre: el ciudadano virtuoso sólo cooperará si confía en que los demás también lo harán. Si piensa que los demás no son virtuosos, no cooperará, o, en todo caso, dejará de cooperar siempre que los demás le engañen sucesivas veces: si el coste de ser un primo es muy alto, el comportamiento virtuoso desaparecerá tarde o temprano”⁶⁸. Es decir que se requiere la confianza para que surja la cooperación.

La participación cívica es la participación activa en los asuntos públicos. “Alexis de Tocqueville explicaba la fortaleza de la democracia americana por la abundancia de organizaciones locales y por la tendencia de los

⁶⁸ VAZQUEZ HERREROS, Francisco, Ob. Cit., p.26

americanos a asociarse para resolver problemas colectivos y públicos desde la sociedad civil”⁶⁹, los ciudadanos se “politizan” y están educados en los asuntos públicos con un sentido de responsabilidad. Las instituciones que se generan en el Estado logran mantenerse en la vida dependiendo de si sus ciudadanos tienen virtudes cívicas, quienes a través de la participación las hacen viables y eficientes. El caso norteamericano sirve de referencia de la participación en las organizaciones, la encuesta World Value Survey muestra que las democracias más industrializadas y consolidadas tienen en su base la afiliación de los ciudadanos a un gran número de organizaciones, es decir, que los individuos asisten a reuniones y participan regularmente en la toma de decisiones de los asuntos de la sociedad. “De hecho, la década de 1960 los grupos comunitarios de todo Estados Unidos parecían hallarse en el umbral de una nueva era de expansión participativa. Si exceptuamos la sequía cívica motivada por la gran Depresión, su actividad se había ido disparando año tras año, cultivada por los hortelanos cívicos constantes e irrigados por una prosperidad y una educación crecientes. Cada informe anual registraba una afiliación en aumento. Las iglesias y las sinagogas estaban abarrotadas, pues el número de norteamericanos que se reunían para el culto era mayor que solo

⁶⁹ SUDARSKY, John, Ob. Cit., p.25

unas décadas antes; superior quizá a lo que nunca lo había sido en la historia de los Estados Unidos”⁷⁰. La participación es un elemento esencial en la democracia y generador de capital social. Las personas que se agrupan tienden a ser más colaboradores en su hogar, su vecindario y en lo local. Sin embargo, los elementos esenciales que facilitan dicha participación son la confianza y la información, que no siempre son fáciles de adquirir.

La participación supone que el individuo participa con los otros en una puesta en común de cómo percibe el mundo y se entra por parte de los otros a debatir sus ideas. En ese proceso discursivo se puede construir capital social, porque las decisiones no se toman autoritariamente sino tras consenso de los otros que si piensan parecido pueden generar una organización. “Que el entendimiento funcione como mecanismo coordinador de la acción sólo puede significar que los participantes en la interacción se ponen de acuerdo acerca de la validez que pretenden para sus emisiones o manifestaciones, es decir, que reconocen intersubjetivamente a otro”⁷¹

⁷⁰ PUTNAM D., Robert, Solo en la Bolera. Colapso y Resurgimiento de la Comunidad Norteamericana, p.11.

⁷¹ HABERMAS, Jürgen. Teoría de la Acción Comunicativa I. Racionalidad de la acción y

La confianza como elemento clave del capital social

La formación de una ciudadanía donde todos participan necesariamente requiere que existan vínculos de confianza entre los individuos y las organizaciones para llegar a una cohesión social. De otro modo estaríamos solo asistiendo a la lucha de consecución de intereses individuales o de grupo, si no hay confianza constantemente se estará pidiendo demostraciones que permitan la veracidad de lo que se dice y hace. La confianza siempre cae en una alternativa crítica, en la que se prevé que el daño resultante de la no confianza podría ser mejor que el beneficio de saber la confianza asegurada.

Un primer obstáculo que hay que vencer en la participación, es contar con tener la suficiente confianza en los otros, tomar la decisión de confiar o no. Podemos no contar con la certeza de si el otro será digno de mi confianza o por el contrario la defraudará, sin embargo aunque se desconocen las probabilidades objetivas de si se puede confiar en el otro, está dentro de mis expectativas

racionalización social. Ed. Turus. Madrid. 1987
Pág.143.

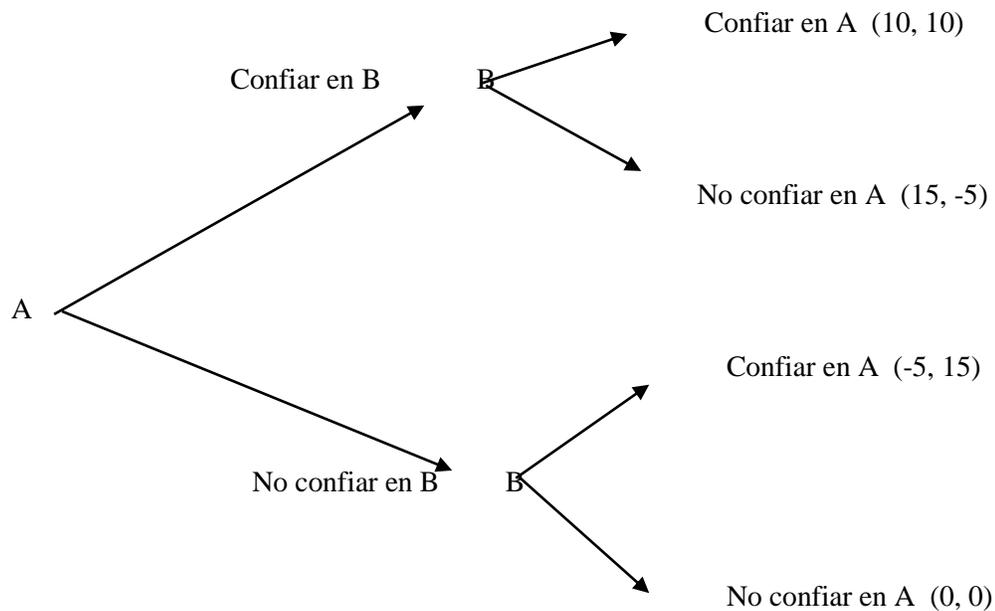
confiar; si “siendo p la probabilidad de que el segundo jugador sea digno de confianza, G las ganancias potenciales en el caso de que el segundo jugador decida honrar la confianza depositada en él y C los costes potenciales en caso de que defraude esa confianza, y considero que si se decide no confiar el resultado será el status quo ante, el primer jugador decidirá confiar en caso de que: $pG+(1-p)C>0$, ó lo que es lo mismo, cuando $p/(1-p)>C/G$ (Coleman:1990:99). Definido de ésta manera la decisión de confiar es una decisión racional”⁷². quien despliega una expectativa benévola acerca del otro se verá recompensado, pues el otro asumirá un comportamiento idéntico (pues la confianza produce una relación de reciprocidad), no queremos defraudar a quien confía en nosotros. De igual forma podríamos decir que existe una confianza social y el recurso de confiar o no, está en manos del otro que es depositario de la confianza; es decir que se incorpora en el pago también la idea de que el que no hace honor a la confianza que han depositado en él, sufre en su autoestima. El juego de la confianza social se puede expresar en la figura siguiente:

⁷² HERREROS VAZQUEZ, Francisco. Ob. Cit. p.11.

HERREOS nos presenta el juego de la confianza social entre extraños de la siguiente manera “En este juego el jugador A tiene por preferencia confiar en el jugador B y que éste haga honor a la confianza que se le ha depositado. Este resultado tiene unos pagos de b para el jugador A . Su segunda preferencia es no confiar en B , una acción que le deja tal cual estaba. Su última preferencia es confiar en B y que éste traicione su confianza. En este caso, A incurrirá en unos costes c (que en el árbol de decisión se recogen de forma negativa). El orden de sus pagos es, por tanto, $b > 0 > -c$. en las ramas superiores del árbol B es una persona en la que se puede confiar. En las ramas inferiores nos encontramos con un jugador B decididamente poco recomendable. La diferencia entre ambos tipos de B se refleja en sus pagos. Un B digno de confianza obtendrá sus máximos pagos (d) cuando decide honrar la confianza que A ha depositado en él. Sin embargo, si B es un oportunista, obtiene la utilidad más alta de engañar al jugador A y defraudar su confianza. La segunda preferencia para un jugador B digno de confianza es que A decida no confiar en él. Preferirá eso a engañar al jugador A . el orden de sus pagos es, por tanto: $d > 0 > f$. Un B oportunista por su parte, tendrá como segunda preferencia que A no confía en él. Una segunda preferencia, por tanto, similar al jugador B digno de confianza, pero por razones distintas. El B oportunista preferirá no tener que establecer una

relación de confianza con A , con los costes que eso le puede acarrear, por lo que su última preferencia será honrar la confianza que A deposita en él. El orden de sus pagos es, en consecuencia, $d > f > 0$. El jugador A debe decidir a qué tipo de jugador B se enfrenta. Un jugador A con confianza social asignará una probabilidad $\square > c/b+c$ de que B sea digno de confianza, y por lo tanto optará por confiar en B . Esto quiere decir que la cuantía de los beneficios esperados por A en el caso de que B responda favorablemente a la confianza depositada en él es el elemento más determinante a la hora de decidir si A confía o no en B . cuantos mayores sean los beneficios esperados, **al decisión** de confiar en B dependerá de expectativas menores de que B sea digno de confianza”⁷³.

⁷³ HERREROS VAZQUEZ, Francisco, Ob. Cit., p.66



En este juego la situación de confianza entre desconocidos es de una sola ronda, pues si el juego se repitiera nos introduciríamos en otro tipo de juego. Lo que se resalta es que se puede dar un escenario de confianza en el cual ambos confían y son depositarios de confianza. ¿En qué sentido la confianza es capital social? La confianza surge de una red de lazos sociales, las expectativas del sujeto en cuanto a qué tan confiables son los demás pueden provenir de diferentes orígenes, pero la gran mayoría proviene de las relaciones sociales a las que se tiene acceso, al tipo de red al que pertenece el

individuo. Las relaciones de confianza surgen en la medida que se participa de las redes sociales y lleva consigo la obligación de reciprocidad por parte del depositario de la confianza. Además, el individuo también puede obrar con la esperanza de que el favor le sea devuelto, tal vez no inmediatamente, sino que obra de una manera determinada, confiada que en un futuro obrarán así con él (principio de reciprocidad). “La piedra de toque del capital social es el principio de la reciprocidad generalizada: yo hago esto ahora por ti sin esperar nada a cambio de inmediato y quizá sin conocerte, pero confiado en que más

adelante tu o algún otro me devolváis el favor. Según ha señalado el filósofo Michael Taylor: en un sistema de reciprocidad, cada acto individual se suele caracterizar por una combinación de lo que denominaríamos altruismo a corto plazo e interés propio a largo plazo, yo te ayudo ahora con la esperanza (posiblemente vaga, incierta y no premeditada) de que me ayudes en el futuro. La reciprocidad está compuesta por una serie de actos cada uno de los cuales es altruista a corto plazo (beneficia a los demás a costa del altruista), pero que en conjunto suele mejorar la condición de todos los interesados. La norma de la reciprocidad generalizada es tan fundamental para la vida civilizada que los códigos morales más destacados contienen algún equivalente de esa regla de oro.⁷⁴ La confianza social es un activo valioso en la comunidad, pero solo si está garantizado, y es ahí donde las instituciones desempeñan una función fundamental. Si se piensa que una persona en el futuro me haga un favor entonces es conveniente mantener la impresión de que soy digno de confianza. "...en ocasiones la confianza social puede ser creada de forma intencional, es decir un individuo puede invertir en esa forma de capital social... puede

⁷⁴ PUTNAM D., Robert, Robert, Solo en la Bolera. Colapso y Resurgimiento de la Comunidad Norteamericana, p.175.

llevar a cabo actos que lleven a ese desconocido a confiar en él"⁷⁵

La confianza es un hábito formado por siglos de historia de redes de asociaciones voluntarias entre personas que cubren actividades tanto comerciales como cívicas, señalaba Putnam. La confianza en los demás se asocia a la existencia de capital social, en la medida que se confía en los otros es fácil colocar el esfuerzo necesario para la obtención de los logros colectivos y permite que se dé mejor un intercambio de bienes y servicios "quien interactúa con los otros no está prevenido, no considera al otro como su enemigo, ni piensa que lo más probable es que éste incumpla, ni que está incurriendo en enormes riesgos..."⁷⁶.

La confianza ya sea individual o colectiva es importante por cuanto sustenta elementos fundamentales de la vida social. Las estructuras institucionales son el resultado de una serie de interacciones formales e informales, cuya construcción ha tenido un origen en la creación y sostenimiento de redes de organizaciones voluntarias en donde la confianza ha sido el motor que mantiene unidos a los

⁷⁵ HERREROS VAZQUEZ, Francisco, Ob. Cit., p.79

⁷⁶ CUELLAR, María Mercedes. Ob. Cit., p.808.

individuos entre sí. Para cualquier país son fundamentales sus instituciones pues lo determina y lo cimienta a lo largo del tiempo. Esto lo perciben las personas y la confianza de la población en las instituciones, garantiza la legitimidad de las mismas.

La confianza se puede clasificar en individual y social; la primera se refiere a las relaciones que crean los individuos y la segunda a la confianza que se desarrolla en la sociedad. La confianza social es la que permite que desconocidos confíen unos en otros “las madres pueden dejar que sus niños jueguen solos en los parques de Jerusalén porque, a diferencia de en Detroit, consideran que sus vecinos, son dignos de confianza” (Colleman).

La participación en asociaciones y redes de compromiso cívico crea confianza. Putnam dice que las vías a través de las cuales la confianza particularizada (o individual) puede transformarse en capital social es mediante la participación en redes de compromisos cívico. “Los miembros de una comunidad cívica, son en su mayoría, más que meramente activos, llenos de espíritu público e iguales. Los ciudadanos virtuosos son serviciales, respetuosos y confía los unos en los otros, aun cuando sean de

tendencias fundamentalmente diferentes. La comunidad cívica puede tener conflictos puesto que sus ciudadanos tienen diferentes visiones sobre los asuntos públicos, pero son tolerantes con sus oponentes”.

Toda democracia supone la participación de los ciudadanos individuos en un *procedimiento* que dé cuenta de quiénes y cómo se toman las decisiones. En éste sentido señala Bobbio; “las democracias cumplen el mínimo procedimental necesario en la medida en que garanticen (a) la participación posible del número mayor de ciudadanos interesados, (b) la regla de la mayoría para las decisiones políticas, (c) los derechos de comunicación habituales y con ellos la selección entre programas diversos y grupos y sectores diversos y (d) la protección de la esfera privada.”⁷⁷ En este sentido dichos procedimiento generan la construcción de un capital social, por cuanto permiten la participación y relacionarse con otros.

La confianza interpersonal es probablemente la orientación moral que más debe difundirse entre la gente si se quiere mantener al sociedad republicana... las

⁷⁷ HABERMAS, Jürgen. Facticidad y Validez. Ed. Trotta. Madrid. Pág. 383 citando a BOBBIO, Norberto en su obra El futuro de la Democracia. Barcelona 1985.

transacciones auto interesadas adquieren un carácter diferente cuando van incorporadas a redes sociales que fomentan la confianza mutua⁷⁸. Según (Herrerros,2002:68-76) se presenta también una confianza hacia los individuos que no hacen parte de la asociación, es decir se confía en extraños porque, el hecho de pertenecer a una asociación hace que exista una predisposición mayor a confiar en desconocidos; dichos miembros organizados y asociados consideran a los demás como una muestra representativa de lo que es la sociedad y lo hace a partir de las experiencias que ha tenido, en especial la de haber confiado antes en los otros y se proyecta al campo social. Así mismo el participar en determinadas asociaciones específicas, hace que se cambien las preferencias y creencias de los individuos, gracias al mecanismo de la deliberación, pues supone una toma de postura que hay que someter a aprobación y revisión de los otros, haciendo que se haga en términos del bien común porque los participantes tienen características determinadas como el deseo de ser miembro de la asociación; y si la argumentación es pública existe una presión para evitar los argumentos egoístas, por lo tanto valora al otro como un igual y confía, los otros también tienen sus razones, las explicitan y no se produce un acorralamiento de mis

⁷⁸ PUTNAM D. Robert, Para hacer que la Democracia funcione. La experiencia italiana en descentralización Administrativa, Ed. Calac, Caracas, 1994, p.109.

expresiones, puedo confiar. Y finalmente el número de redes y asociaciones a las que pertenezca una persona también influyen en la confianza porque las pérdidas potenciales o la confianza engañada que pueda tener un individuo que confía, las puede suplir con los resultados buenos que obtenga como resultado de pertenecer a otras asociaciones. O sea que si se tiene una gran red social la pérdida es menor que aquel que no es miembro de una gran red social y sentirá más las pérdidas de confianza.

La información como capital social

El potencial de información que proporcionan las redes sociales es una forma de capital social. “la participación en una asociación, puede proporcionar en primer lugar, información sobre cuestiones alejadas de los fines concretos de la asociación. Al formar parte de una asociación para la repoblación de los cangrejos de río, obtengo un interesante caudal de información de las diferencias genéticas entre las distintas especies de cangrejos... No obstante el ingeniero forestal de al lado puede, además proporcionarme información sobre ofertas de trabajo para el año que viene⁷⁹. Esta información es capital social, un recurso que se obtiene como subproducto de participar en una

⁷⁹ HERREROS VAZQUEZ, Francisco, Ob. Cit., p.18.

asociación, de ésta manera el grupo de red social al que pertenezco determina la calidad y la cantidad de información a la que podría tener acceso.

Putnam clasifica los vínculos sociales en débiles y fuertes; los primeros obedecen a relaciones informales y superficiales que se pueden originar del trato diario con los demás, en un café, una visita, un saludo, una charla sobre el clima, entre otros; y los segundos son vínculos que se originan de redes más estrechas y profundas, como la familia, los compañeros de trabajo, las instituciones y organizaciones. Otros autores le llaman lazos formales e informales. “Algunas formas de capital social están densamente entrelazadas y tienen múltiples ramificaciones, como la del grupo metalúrgico que trabajan a diario en una fábrica, salen de bares el sábado y van a misa todos los domingos. Pero existen también filamentos de capital social muy tenue, casi invisibles, como la relación reducida a un gesto con la persona que nos topamos de vez en cuando en la fila del supermercado, o incluso la de un encuentro casual con otro individuo en el ascensor... que hasta estas formas muy ocasionales de contacto social generan cierto tipo de reciprocidad. ...los vínculos fuertes se definen por la frecuencia y proximidad del contacto. Si todos mis amigos son amigos mutuos y paso mucho tiempo con

ellos, tendremos un vínculo fuerte. En cambio, tendré un vínculo débil con alguien a quien solo conozco de pasada y con quien comparto pocos amigos comunes”⁸⁰

Putnam enfatiza que los vínculos débiles son los más importantes y los que generan mayor capital social. Pues los vínculos fuertes no solo proporcionan menos información, por ser una red menos amplia, sino que su calidad puede ser menor. “Algunas formas de capital social, como las asociaciones de padres o sindicatos, están organizadas formalmente, con directivos reconocidos, requisitos de afiliación, cuotas, reuniones regulares, etc. A su vez hay otras, como los partidos espontáneos de baloncesto o las personas que se reúnen en un mismo pub, que tienen un alto grado de informalidad. Sin embargo, ambas formas son redes en las que se pueden desarrollar la reciprocidad y de las que se pueden obtener ventajas tanto privadas como públicas. Los vínculos débiles pueden ser mejores para aunar una sociedad y crear normas amplias de reciprocidad generalizada.”⁸¹.

⁸⁰ PUTNAM D. Robert, El Declive del Capital Social. Un estudio Internacional sobre las Sociedades y el Sentido Comunitario, p.17

⁸¹ PUTNAM D. Robert, Ob. Cit., p.17

Por capital social se entiende el conjunto de relaciones personales y sociales que tiene un individuo que lo lleva a participar en organizaciones que van creando o fortaleciendo instituciones sociales que buscan el bien común.

Elementos de la Formación del Capital Social.

En este nuevo apartado se hará una aproximación a los elementos que contribuyen a la construcción de capital social, que arman un todo teórico que enriquece aún más la definición del capital social. Se abordarán los aspectos sociales, políticos y culturales que hacen que se construya capital social.

El capital social desde lo público.

“Otra rama extensa (y en crecimiento) de los escritos dedicados al capital social se refiere, en cambio, a sus efectos externos o públicos. Uno de esos efectos es la conclusión común según la cual las tasas de delincuencia en un barrio se reducen en función de la vinculación social, de modo que hasta los propios residentes que no participan en actividades vecinales se

benefician de los efectos disuasorios del capital social informal. En este sentido el capital social puede ser un bien público”⁸².

El capital social también reúne los aspectos de un bien público⁸³, y como tal no se puede excluir a nadie de su uso y goce haya o no contribuido a su provisión o conservación (los pescadores que tras el desastre del “Prestidge”⁸⁴ no colaboraron en la recolección del Chapapote, no puede ser excluidos de volver a la pesca, respecto de quienes si limpiaron las costas de tan espesa mancha), por tratarse de un bien público puro. También se puede decir que el uso de un bien público por un individuo no disminuye la cantidad del bien disponible para los demás. El capital social posee características especiales que le hacen diferenciarse de lo privado y más bien acercarse a la comprensión de un bien público. Es un recurso, no pertenece a un individuo a un grupo de personas, y como recurso es accesible a

⁸² PUTNAM D. Robert, Ob. Cit., p.12

⁸³ Bien Público: Es lo que conviene a todos de la misma manera, para la dignidad de todos. Espacio donde sucede la ciudadanía

⁸⁴ Buque trasatlántico que luego de un accidente mecánico vertió miles de toneladas de petróleo en las costas de Galicia, España y que, por efecto del movimiento marino, ese petróleo convertido en “chapapote” llegó a la rivera destruyendo la flora y fauna marina. Toda una campaña del gobierno se realizó para limpiar manualmente la costa. En ellas participaron los funcionarios del estado, pescadores y colaboradores ambientales.

todos los que participan en una red social, por eso el capital social genera externalidades positivas al resto de la sociedad que no participa en determinadas organizaciones, como ya hemos visto, trasciende a la sociedad en general.

Dichas externalidades pueden ser las normas sociales que se auto determinan las sociedades y su contenido y fin es el bien común de la misma. La “norma” reúne la característica de bien público porque es promulgada para el beneficio de los integrantes de una comunidad incluyendo a quienes no participaron en su promulgación o no estuvieron de acuerdo con ella. Como señala Coleman “dado que gran parte del beneficio de las acciones que llevan a la creación de capital social se experimentan por personas distintas a la que crean el capital social, la creación del mismo no forma parte del interés de esa persona”⁸⁵. Es decir que un solo individuo no puede apropiarse de todos y cada uno de los beneficios que aporta la construcción de capital social. Por eso es más fácil someterse a las normas cuando ellas vienen de un proceso de consenso y puesta en común. Ese proceso de discusión se lleva a cabo por parte de los ciudadanos que participan en los asuntos públicos.

⁸⁵ HERREROS VAZQUEZ, Francisco, Ob. Cit., p.40

Claro que no toda actividad asociativa es positiva o contribuye al bien común. ¿Cómo superar esa dicotomía entre los intereses personales y el altruismo? Como señala Putnam, “ya que ningún mortal ni ninguna sociedad renuncian a la poderosa motivación del interés personal”. Existe entonces un capital social perverso, improductivo o malo, sobre el que también es necesario hacer una pequeña reflexión.

Capital social perverso.

Como se anotó anteriormente no todo tipo de relaciones sociales producen capital social, no es la asociación *per se* la que hace que las instituciones funcionen. En algún sentido el capital social puede asimilarse las reglas de juego que se plantea una sociedad para sobrevivir y lograr sus objetivos, es decir, son en el sentido de North, instituciones. En este mismo sentido Francis Fukuyama señala que el capital social está estrechamente ligado con la posibilidad de construir distintas asociaciones de carácter privado, ya sea a nivel familiar o social-local, incluso a nivel de Estado. El punto de riesgo se haya en los objetivos que se fijen esas asociaciones. Es el caso de las organizaciones delictivas, que se han construido con algunos elementos similares a los del capital social; como

la confianza, información, redes, instituciones, etc. Pero producen un capital social perverso. Putnam ya decía que no todos los efectos del capital social son los que se desean. “...no podemos dar por supuesto que dicho capital haya de ser algo bueno siempre y en todas partes. (...) debemos procurar tener en cuenta sus vicios potenciales o incluso la posibilidad de que ciertas formas “virtuosas” puedan tener consecuencias no pretendidas y socialmente no deseables. El hecho de que el capital social pueda tener externalidades negativas no lo distingue, en principio de otras formas de capital”⁸⁶

North plantea la necesidad de diferenciar las organizaciones de las instituciones. “La interacción entre unas y otras es lo que determina cómo se va configurando el capital social en una sociedad. De esta manera North rechaza en forma explícita la noción de que las instituciones tengan siempre como finalidad la eficiencia económica”⁸⁷. Se puede entonces clasificar de dos formas el capital social a partir de ese escenario institucional y su efecto en el desempeño económico. El capital social productivo, en el que las normas y la cultura

estimulan el crecimiento económico y las organizaciones que surgen allí son convenientes para la sociedad por cuanto contribuyen al cambio institucional, que refuerzan el crecimiento económico; a diferencia de un capital social improductivo y perverso en el cual las relaciones y redes sociales, normas, contactos lealtades, entre otros, favorecen los comportamientos delictivos (mafias y cárteles), que como es obvio van en deterioro de las actividades productivas. “las organizaciones que se desarrollan exitosamente bajo este entorno se vuelven privadamente más eficientes y poderosas, refuerzan unas reglas del juego socialmente improductivas puesto que restringen progresivamente las oportunidades globales de crecimiento económico. ...la consolidación de varias actividades ilegales en Colombia no hubiera podido hacerse sin la acumulación de un considerable acervo de capital social perverso compatible con esos intereses mediante la captura de instituciones existentes”⁸⁸. Por otro lado, sin ser tan extremistas generar posiciones privilegiadas o en contra de otros sectores sociales⁸⁹, no favorece la creación de capital

⁸⁸ RUBIO Mauricio, Ob. Cit., p. 13.

⁸⁹ Las redes y las normas podrían beneficiar, por ejemplo, a quienes estén bien instalados, en detrimento de quienes no los están. El capital social podría hallarse especialmente extendido entre grupos en grupos de personas que ya disfrutaban de ventajas, aumentando así las desigualdades políticas y económicas entre esos grupos y los pobres en

⁸⁶ PUTNAM D. Robert, Ob. Cit., p.14.

⁸⁷ RUBIO, Mauricio, Capital Social, educación y delincuencia juvenil en Colombia, Universidad de los Andes, Bogotá, 1996, p.9.

social, recordemos a nivel socio-político la influencia de agremiaciones como el “El Ku Klux Klan, con su tradición secular e intolerancia y violencia por motivos raciales, representa una forma de capital social que subvierte las reglas y tradiciones de la democracia liberal. Con sus normas internas de confianza y reciprocidad, reforzadas por un propósito compartido de “autodefensa”, el Klan –y sus homólogos de otros países- nos recuerda que el capital social no proporciona automáticamente un gobierno democrático”⁹⁰. Es decir que el capital social es perverso porque van en contra de la sociedad en general; no toda relación de solidaridad es capital social, es necesario que tenga externalidades positivas, es decir, que un mundo de mafia, carteles de drogas no es capital social porque no se concibe en la

capital social. De ese modo, al hablar de las diferentes manifestaciones de capital social y de los cambios producidos en él con el paso del tiempo, merece la pena que nos hagamos algunas preguntas concretas: ¿a quién beneficia y a quién no? ¿Qué tipo de sociedad estimula ese tipo de capital social? ¿Es necesariamente mejor tener más? Por otra parte, algunas formas de capital social son buenas para la democracia y la salud social, mientras que otras son destructivas (o están expuestas a serlo). Según un estudio detallado llevado a cabo en algunas sociedades norteamericanas, esta clase de grupos hacía que aumentara la responsabilidad del gobierno ante los barrios organizados e incrementaban el respeto de los ciudadanos hacia el gobierno. PUTNAM D. Robert, Ob. Cit., p. 14.

⁹⁰ PUTNAM D. Robert. Ob. Cit., p. 15.

esfera de lo público. Puede que genere un capital social Bonding más no un capital social Bridging⁹¹.

El capital social provee algunos aspectos que favorecen las relaciones sociales no estableciéndose qué tipos se asociaciones ha de formarse, es decir, que es en este sentido un concepto neutro. Coleman dice que una forma dada de capital social que se valora por facilitar cierto tipo de acciones puede ser inútil o incluso dañinas para otras. “No obstante existe la tendencia a diferenciar entre formas benignas y perversas de capital social, las primeras tendrían efectos positivos sobre el bienestar: aumentarían la eficiencia, mejorarían el desempeño económico y reducirían la pobreza. La segunda reduciría el bienestar de varias maneras: profundizando la desigualdad, facilitando la acción de los grupos de interés, impidiendo la igualdad de oportunidades en el mercado laboral, restringiendo la libertad individual y la iniciativa empresarial, premiando el fracaso, facilitando la operación de mafias, guerrillas y organizaciones de delincuentes y generando asignaciones

⁹¹ Otra de las clasificaciones de capital social que desarrolla Putnam se refiere a capital social (Bonding) que cementa, que crea una solidaridad social fuerte, lazos al interior de un núcleo relativamente impermeable; y capital social (Bridging) que es ampliar el radio de confianza a otros grupos y crear solidaridades más amplias.

subóptimas de los recursos”⁹². Por lo tanto, se hace procedente repasar la importancia de las instituciones, pues éstas se van formando a partir de los distintos actos que va desarrollando las asociaciones y logran estabilizar e institucionalizar algunas entidades sociales.

Organizaciones e instituciones

“las asociaciones promueven la Democracia al grado que la variedad de metas que ellas articulan representa la mayor variedad posible de todos los intereses del grupo de la sociedad”. Señala Chalmers Douglas.

“El carácter de la sociedad civil espontáneamente garantizador de la libertad no parecía precisar de otra cosa que quedar expresamente fijado en términos de derecho formal. Ciertamente esta intuición sólo se vuelve explícita en las variantes liberales de la teoría del contrato social, desde Locke hasta Kant y Thomas Paine. La intención de construir en términos de derecho natural racional las instituciones básicas del orden social viene a parar en todas las teorías contractualistas en que la sociedad queda entendida en conjunto como un producto intencional resultante de la

⁹² VARGAS FORERO, GONZALO, Ob. Cit., p.83

asociación voluntaria de miembros que originariamente son autónomos y libres. Esta sorprendente idea solo puede cobrar una cierta plausibilidad sobre el trasfondo de que la sociedad civil empieza apareciendo como una base natural, como un estado de naturaleza; en el que las partes se topan unas con otras como siendo de por sí iguales y libres de por sí, porque los poseedores de mercancías, imaginados como administradores de sus respectivas haciendas, bajo las condiciones igualitarias de una economía centrada en el intercambio de mercancías al por menor, ocupan ya virtualmente antes de toda asociación o socialización política intencionalmente producida, como dirá Marx, el papel de sujetos autónomos de derecho privado”⁹³. Es decir, que desde una sociedad consensuada y en la cual de han dado unas reglas, en las que todos participan y aceptan desde donde se realiza el contrato social, no a modo impositivo sino desde una voluntad democrática. La sociedad civil es quien se manifiesta y se organiza, en ella nace la asociación que permite el desarrollo de lo económico y cultural.

Para lograr tener instituciones (la forma como una sociedad resuelve una necesidad)

⁹³ HABERMAS, JURGEN, Facticidad y validez, Ed. Trotta, Madrid, 1998, p.370.

primero se han de tener organizaciones fuertes que consoliden sus objetivos y se hagan necesarias; pero éstas a la vez están formadas por personas “La fuerza de la teoría macroeconómica es que está construida sobre la base de supuestos de la conducta humana. Las instituciones son una creación humana, evolucionan y son alteradas por humanos, por consiguiente nuestra teoría bebe empezar por el individuo”⁹⁴. El individuo como también señalaba Platón y Aristóteles es un animal político y un ser social, es decir, que en su naturaleza está el relacionarse con otros, no es un añadido artificial ni producto de una postura epistemológica, su ser tiende a la comunicación y por eso está dotado de palabra, y desde ésta a lo perlocutivo. North sabe que la base de la organización social pasa por el individuo primero, quien es fin de los procesos. La sociedad no como suma de individuos sino de su interacción.

Las organizaciones son algo diferente a las instituciones. Las instituciones tienen reglas de juego formales e informales (las informales son normas de comportamiento que no están escritas pero que su incumplimiento causa problemas), reducen la incertidumbre, dan previsibilidad, llevan a limitaciones y

estabilidad. Las organizaciones son las asociaciones de personas que se dan unas normas para cumplir unos objetivos. Las instituciones tienden a ser más formales y perdurar en el tiempo, sobre todo las instituciones políticas y sociales; mientras que las asociaciones pueden desaparecer y volver a crearse con relativa facilidad. Un cambio institucional es lento, pues las instituciones crean un marco cognitivo que hace que los individuos se muevan en función de éste y cambiarlo tiene unos costos, requiere el movimiento de múltiples factores que se han internalizado en la sociedad. Las instituciones y organizaciones son útiles para la sociedad, pues permiten el intercambio y relaciones entre los individuos y el estado, la economía y si éstas se encuentran bien normadas generan transacciones a bajo costo y por ende hace que las personas participen más si es más bajo el coste de participar. “una asociación consiste solamente en la adhesión que concede un cierto número de individuos a tales o cuales doctrinas, y el compromiso que contraen de concurrir en cierta manera a hacerlas prevalecer”⁹⁵

Los sujetos se organizan y crean capital social porque con ello delimitan su identidad y diferencia dentro de ese todo social, para crear reglas de inclusión (quiénes pueden pertenecer; y de exclusión, quiénes no pertenecen), lo que

⁹⁴ NORTH, Douglass, Ob. Cit., p.16

⁹⁵ TOCQUEVILLE, Alexis, La democracia en América, Ed. Orbis, Barcelona 1985. p.84

implica aceptar reglas internas y externas, definir reglas de articulación con otras instituciones, aprender a hacer planes y proyectos para garantizar la supervivencia de la organización, y buscar el reconocimiento del Estado. Lo que implica que el Estado debe estar reflejando en sus instituciones con vocación a favorecer las organizaciones de los individuos. La creación y desarrollo de las organizaciones son factor pedagógico para la formación de ciudadanía y fortalecimiento de la democracia porque se aumenta el tejido social. Y a través de las organizaciones las personas pueden negociar y establecer su futuro⁹⁶. La democracia necesita sustancialmente del apoyo de la vida en asociación; casi de cualquier forma de vida en asociación. “En el proceso de trabajar juntos se acumula capital social, la simple práctica de participar y trabajar juntos de acuerdo con ciertas reglas inculca valores y enseña procedimientos que promueven democracia”⁹⁷

El tejido social es capital social

⁹⁶TORO A. José Bernardo, El ciudadano y su papel en la construcción de lo social en: Diez años de planeación al derecho, Consejo Nacional de Planeación, Bogotá, 2001, p.98 passim

⁹⁷ CHALMERS, Douglass A. ¿Qué tienen las asociaciones de la sociedad Civil que promueven la Democracia?, en Revista mexicana de Ciencias Políticas y Sociales, Año XLI, octubre-diciembre de 1997, Nro. 170, México, p.155

John Stuart Mill, señalaba “confieso que no me agrada el ideal de vida que defienden aquellos que creen que el estado normal de los seres humanos es una lucha incesante para avanzar; y que el pisotear, empujar, dar codazos, y pisarle los talones al que va delante, que son características del tipo actual de vida social, constituyen el género de vida más deseable para la especie humana; para mí no son otra cosa que síntomas desagradables de una de las fases del progreso industrial”⁹⁸ Mill, de la escuela materialista, insta a la superación del conflicto que trae consigo el avance industrial y el acceso a los procesos de la industrialización, con la visión de generar y construir una sociedad en la que haya armonía.

Uno de los pilares de la democracia es la posibilidad de que los individuos puedan asociarse, Tocqueville señala que “en los países democráticos la ciencia de la asociación es la ciencia madre; el progreso de todo lo demás depende de ella”⁹⁹. La creación de organizaciones favorece el capital social y permite ir fortaleciendo el compromiso cívico para llegar a construir un desarrollo económico; el primer paso para la superación de la pobreza es estar organizado. Un individuo que no esté

⁹⁸ MILL STUART, Mill, Principios de Economía Política, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1976, p.94.

⁹⁹ TOCQUEVILLE, Alexis, Ob. Cit., p. 198.

Comenta TORO: “imaginemos que los puntos representan personas de un mismo barrio o de una sociedad. La persona A pertenece a cuatro organizaciones, B a una y C no pertenece a ninguna. Si alguien pretende violarle un derecho a A, su reacción por reclamar o proteger su derecho hace vibrar o movilizar a más personas a través de las organizaciones a las que pertenece; está más protegido en sus derechos. B tiene menos posibilidades y C se encontraría rogando ayuda de persona en persona. Pero al mismo tiempo si A quiere trasgredir una norma o una costumbre, tiene que pensarlo mucho. Al afectar a muchos negativamente, va a recibir el rechazo y/o el castigo social de muchos, por lo tanto, A buscará controlarse más que B; y C puede descontrolarse socialmente con facilidad. La organización produce autorregulación en la sociedad. Cuando una parte de la sociedad tiene mayor tejido y otras partes menos, la distribución de los bienes y servicios tiende a ser inequitativa”¹⁰⁰. Putnam dice que las “asociaciones civiles contribuyen a la efectividad y estabilidad del gobierno democrático, tanto por sus efectos internos sobre sus miembros individuales como por su efectos externos sobre el estado... un indicador clave de la sociabilidad

¹⁰⁰ TORO A. José Bernardo, El ciudadano y su papel en la construcción de lo social, Ob. Cit., p. 100.

cívica debe ser la resonancia de la vida asociativa”¹⁰¹

Papel del estado frente a la creación del capital social.

El Estado y su relación con el capital social ha sido una de las variables que poco trabajan los investigadores sociales, incluso Putnam no lo menciona en el desarrollo de su obra. Para algunos el Estado destruye el capital social o tiene una función negativa en su construcción. En el citado texto (Making Democracy Work), al ofrecer una diferencia histórica de las diferencias entre el Sur y Norte de Italia en capital social, Putnam culpa al Estado Normando de obstaculizar la cooperación entre los habitantes de las ciudades del Sur. En concordancia con Anthony Pagen, que dice que el bajo capital social del Sur se debe al Gobierno Español a través de la inquisición y la política de divide y vencerás, haciendo que se acabará la confianza social. “El gran gobernante germano, conservo las instituciones de sus predecesores

¹⁰¹ PUTNAM D. Robert, Para hacer que la Democracia funcione. La experiencia italiana en descentralización Administrativa, p.112.

bizantinos y mahometanos, particularmente sus eficientes sistemas impositivos... su sucesor Federico II impuso una mezcla de burocracia griega y feudalismo normando, haciendo una constitución que conservaba los principios del Estado centralizado y autocrático... declarando sacrilegio el cuestionamiento de las decisiones del gobernante”¹⁰². Si recordamos el gobierno soviético durante el periodo de la guerra fría, abiertamente destruía el capital social según lo estudió Nichols Thomas en su obra capital social en Rusia.

Los defensores mismos de la sociedad civil señalan que la intervención de Estado en las instituciones que ésta produce como el capital social no es conveniente, a mayor participación del estado, menor es la actividad de la sociedad civil, señalan.

Pero contrario a esto el papel del Estado puede ser positivo en la creación del capital social, el Estado puede resolver los conflictos que se dan en la participación ciudadana y motivar la asociación generando la confianza social, fortaleciendo el tejido social. Analizaremos algunos aspectos en los cuales el Estado favorece la construcción de capital social.

¹⁰² PUTNAM D. Robert, Ob. Cit., p.151

El Estado como agente externo de las organizaciones o relación de individuos, puede ofrecer los incentivos necesarios para que los individuos no se comporten como *free-riders*, (Un free riders es una persona que recibe un beneficio por utilizar un bien o un servicio, pero evita pagar por él. De ahí, que los ingleses le denominen también “viajero sin billete”) sancionando las conductas no cooperadoras y de forma positiva garantizando el acceso a todos a los bienes públicos. “El estado puede favorecer el desarrollo de la confianza social sancionando a aquellos que no hacen honor a la confianza depositada en ellos. Si sabemos que todo incumplimiento de un acuerdo será sancionado por el Estado, nuestras expectativas de que los demás cumplirán sus obligaciones serán mayores”¹⁰³. En la medida que la eficacia del estado funcione haciendo cumplir las sanciones, menor será el incentivo para defraudar.

El Estado puede hacer que se cumplan los acuerdos, produciendo así la “seguridad jurídica” y por ende aumentará la inversión y se dará menos oportunismo, es decir, que la presencia de jueces sancionadores evita obrar con egoísmo, presiona a las partes a tenerse

¹⁰³ HERREROS VAZQUEZ, Francisco, Ob. Cit., p.88

confianza, gracias a que existe un marco sancionador.

Como ya se ha señalado la asociación *per se* no es capital social, sino los recursos que se derivan de estar involucrado en algún tipo de red social. Si el Estado favorece el asociacionismo con políticas favorables, como subvencionar grupos¹⁰⁴, ayudas financieras, exenciones fiscales, facilitar el uso de locales públicos, entre otros, estará contribuyendo a la creación de capital social. El Estado ha retomado en muchos casos los trabajos de asociaciones y los ha convertido en políticas públicas o incluso creado instituciones, por considerar la actividad que realizan éstas como esencial para la vida social.

A modo de conclusión

El Capital Social se ha convertido en uno de los temas actuales de las ciencias sociales porque permite la medición de un capital distinto del humano y el físico; si hay un capital social

adecuado en una sociedad, los costes de las transacciones de la vida disminuyen y se hacen más viables. Las relaciones sociales y la configuración de redes sólidas de confianza entre las personas, son factores que contribuyen al crecimiento económico y lo determinan. Si los individuos perciben que se pueden obtener beneficios con comportamientos cooperacionistas, se mantendrán realizando actividades en los mercados.

El capital social tiene que ver con redes sociales que generan recursos venidos de esa pertenencia, dicho capital genera obligaciones de reciprocidad ajenas a una relación de confianza e información que se obtiene de la participación en esas redes sociales. Es decir, que el capital social es creado como subproducto de la realización de otras actividades, aunque también puede ser creado de forma intencional, por ejemplo, cuando se decide pertenecer a una asociación con el propósito de conseguir los contactos que ésta proporciona.

El capital social no se logra con el asociacionismo *per se*, pues también existe un capital social perverso, improductivo y malo que tiene niveles de comportamiento iguales a los del capital social bueno, tiene confianza, ayuda

¹⁰⁴ “Por ejemplo, durante el New Deal, numerosas asociaciones recibieron subvenciones del gobierno de estados Unidos, algunas de éstas asociaciones como la American Farm Bureau Federation, que recibían subsidios del Departamento de Agricultura, perseguían claramente bienes públicos... En la Atenas del Siglo IV a.c., los ciudadanos que participaban en la Ekklesia, o asamblea del pueblo, recibían un pago en metálico” Herreros Vázquez, Ob. Cit., p.97

mutua (cárteles de drogas y mafia), su diferencia está en que éste va en contra de la sociedad, sus objetivos son el mantenimiento de los intereses personales o de grupo a toda costa. En este sentido se menciona que el capital social es un concepto neutro.

La generación de capital social tiene que ver con los mecanismos que unen la pertenencia a una red determinada con la creación de confianza, así el más llamado a la creación del capital social es el Estado, creando ese nivel de favorecimiento al asociacionismo y mantenimiento de marcos legales que hagan cumplir los acuerdos para evitar el oportunismo generando confianza institucional. El Estado al apoyar dichas asociaciones logra un mejor desempeño económico. Es posible definir estrategias de inversión en capital social.

Bibliografía

ANDERSON, Perry, Lineales of the Absolutis State, London, 1974.

ARROW, Kenneth, Observations on social capital, Dasgupta editores, The World Bank, 2000.

BOURDIEU, Pierre, Las Formas del Capital, Greenwood Press, New Cork, 1991.

Consejo Nacional de Planeación, Trocha nacional Ciudadana, Bogotá, 2002, 193p.

CUELLAR, María mercedes, Colombia: un Proyecto Inconcluso. Valores, instituciones y capital social, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000, Tomo I y Tomo II, 985p.

CHALMERS, Douglass A. ¿Qué tienen las asociaciones de la sociedad Civil que promueven la Democracia?, en Revista mexicana de Ciencias Políticas y Sociales, Año XLI, octubre-diciembre de 1997, Nro. 170, México

DURKHEIM, Emilio, El Suicidio, Ed. Akal Universitaria, Madrid, 1998, 450p.

DURKHEIM, Emilio, La división del Trabajo Social, Ed. Schapire, Buenos Aires, 1967, 345p.

FORERO PINEDA, Clemente, et al, Planeación Participativa “Estrategia de Paz”, Consejo Nacional de Planeación, Bogotá, 1999,145p.

GIRALDO, Javier, Colombia, esa democracia genocida. Colección Cristianismo y Justicia, Nro. 61, Barcelona, 1994, 47p.

HABERMAS, Jürgen. Facticidad y Validez. Ed. Trotta. Madrid. 1985.

HABERMAS, Jürgen. Teoría de la Acción Comunicativa I. Racionalidad de la

acción y racionalización social. Ed. Turus. Madrid. 1987.

HERREROS VAZQUEZ, Francisco, ¿Por qué confiar? El problema de la creación de Capital Social, Centro de Estudios Avanzados en Ciencias Sociales, Instituto Juan March de Estudios e Investigaciones, Madrid, 2002, 217p.

MAINWARING Scott y Timothy Scully, (Eds) La Construcción de las Instituciones Democráticas, Ed. FLACSO, Santiago de Chile, 1998.

MARTINEZ GARNICA, Armando, Legitimidad y Proyectos Políticos en los orígenes del Nuevo reino de Granada, Ed. Banco de la República, Bogotá, 1992, 175p.

MILL STUART, Mill, Principios de Economía Política, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1976, 213p.

MORALES BLANCO, A, et al, Psicología Social Aplicada, Ed. Desclée, Bilbao, 1985, 434p.

NORTH, Douglass C., Instituciones, Cambio y Desempeño Institucional, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1993, 188p.

Observatorio de los Derechos Humanos y DIH. Colombia, conflicto armado, regiones, derechos humanos y DIH 1998-2002, Vicepresidencia de la República, Bogotá, 190p.

OSTROM, Elinor, y AHN, T.K., Foundations of Social Capital, Critical Studies in Economics Institutions 2, Northampton, USA, 2003, 590p.

PANEVIANCO, Angelo, Partidos Políticos, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1990, 300p.

PEREZ HERRERO, Pedro, La América Colonial (1492-1763). Política y Sociedad. Ed. Síntesis, Historia de España tercer Milenio, Madrid, 2002, 412p.

PUTNAM D., Robert (Ed.), El Declive del Capital Social. Un estudio Internacional sobre las Sociedades y el Sentido Comunitario, Ed. Galaxia Gutenberg, Círculo de lectores, Barcelona, 2003, 663p.

PUTNAM D. Robert, Para hacer que la Democracia funcione. La experiencia italiana en descentralización Administrativa, Ed. Calac, Caracas, 1994, 332p.

PUTNAM D., Robert, Solo en la Bolera. Colapso y Resurgimiento de la Comunidad Norteamericana, Ed. Galaxia Gutenberg, Círculo de Lectores, Barcelona, 2002, 780p.

Plan Nacional de Desarrollo. Hacia un Estado Comunitario, Presidencia de la República, 2002-2006, Departamento nacional de Planeación. 156p.

RUBIO, Mauricio, Capital Social, educación y delincuencia juvenil en Colombia, Universidad de los Andes, CEDE, Bogotá, 1996, 67p.

SUDARSKY ROSENBAUM, John, El Capital Social de Colombia, Departamento nacional de Planeación, Bogotá, 2000, 375p.

SUDARSKY ROSENBAUM, John, La Nueva Agenda Política Colombiana: El Eslabonamiento de Intereses Colectivos, y Partidos y las Políticas Sociales en lo Nacional. Universidad de los Andes, Monografías, Nro. 30. 61p.

SUDARSKY ROSENBAUM, John, El Impacto de la Tradición Hispánica en el Comportamiento Empresarial Latinoamericano. Universidad de los Andes, Monografías, Nro. 31. 95p.

TOCQUEVILLE, Alexis, La democracia en América, Ed. Orbis, Barcelona 1985. 386p.

TORO A. José Bernardo, El Ciudadano y su Papel en la Construcción de lo Social en: Diez años de Planeación al Derecho, Consejo Nacional de Planeación, Bogotá, 2001, 178p.

VARGAS FORERO, Gonzalo, Hacia una Teoría del Capital Social, en Revista Institucional. Vol. 4, Nro. 6, Primer semestre 2002, p. 71-108.