



Revista adscrita a la Facultad de Ciencias
Jurídicas y Políticas de la Universidad Yacambú

ENERO - JUNIO
2023
2da EDICIÓN

ISSN electrónico: 2959 - 1074 Depósito Legal: LA 1022000206

COMITÉ EDITORIAL

Directora

MSc. Cristina Virgüez
Universidad Yacambú, Venezuela
<https://orcid.org/0000-0002-4190-8547>

Comité Editorial

Esp. John Salazar
Universidad Yacambú, Venezuela
<https://orcid.org/0009-0007-3772-1134>

Abg. Pedro Chacón
Universidad Yacambú, Venezuela
<https://orcid.org/0009-0003-6158-6834>

Abg. Niurka Viloría
Universidad Yacambú, Venezuela
<https://orcid.org/0000-0001-8980-7107>

Esp. María José Paradas
Universidad Yacambú, Venezuela
<https://orcid.org/0000-0002-5569-2679>

Comité Científico Nacional

Dra. Sofía Beatriz Márquez Olmos
Universidad Yacambú, Venezuela
<https://orcid.org/0000-0001-7206-786X>

Abg. Fernando Fernández
Universidad Central de Venezuela (UCV), Venezuela
<https://orcid.org/0000-0002-7298-901X>

Comité Científico Internacional

Dra. Thalía María Ramos
Insigne Colegio Superior de Certificación,
Organización Internacional de las Migraciones Centro América, Nicaragua
<https://orcid.org/0000-0003-0818-3385>

Dr. José Buyón
Universidad Diego Portales - Escuela de Sociología: Santiago de Chile, Chile
<https://orcid.org/0000-0001-6311-2737>

Dra. Ivonne Gaytán
Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, México
<https://orcid.org/0000-0002-8024-5168>

ISSN: 2959-1074
Depósito Legal: LA2022000206

Editorial

Nos complace presentarles la segunda edición de nuestra revista científica *Dictum*, dedicada al estudio e investigación en el campo del derecho. Como Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de esta prestigiosa universidad, nos enorgullece brindarles un espacio dedicado a la difusión del conocimiento jurídico y al intercambio de ideas entre académicos, estudiantes y profesionales del derecho. En nuestra revista, nos hemos comprometido a promover la excelencia jurídica y a contribuir al desarrollo de soluciones innovadoras a los desafíos legales que enfrentamos en la actualidad. Nuestro objetivo es abordar temas de relevancia, ofreciendo un análisis riguroso y actualizado de las distintas ramas del derecho y su impacto en la sociedad.

Cada artículo publicado en esta revista es sometido a un riguroso proceso de revisión por pares, asegurando la calidad académica y científica de los contenidos que presentamos. Además, buscamos promover la pluralidad de perspectivas y el debate constructivo, valorando la diversidad de enfoques y opiniones que enriquecen el estudio del derecho. En esta edición, encontrarán una selección de artículos que abordan temas tan diversos como vienen a ser: La bioética, entendida como una disciplina científica encargada de valorar la conducta humana en el campo de la ciencia desde la óptica de los principios jurídico.

Aunado a ello también se desarrolla la venganza privada entendida como un fenómeno histórico que atravesó la humanidad hasta la apropiación del poder punitivo por parte del Estado moderno. Así mismo se abordará la incidencia de las demandas en partición de bienes incoadas en el Juzgado de Primera Instancia en Materia Civil y Comercial en el Distrito Judicial de la Provincia Independencia Republica Dominicana. Se trata la innegable problemática del acoso comprendido como, una forma de tortura contemporánea: aquella que quita el sueño y la paz a la víctima, y la pone en constante alerta, temerosa del acosador y muchas veces de cualquiera que enfoca, ya sea física o virtualmente.

También se da espacio a temas tan estrechamente vinculados al derecho privado como La Caducidad y Prescripción, a los fines de precisar su naturaleza y distinción, y con ello suministrar a los estudiantes, abogados y demás profesionales con un análisis sencillo y actual la importancia del uso de los términos adecuados en el proceso civil. Se suma el estudio sobre los efectos del despido improcedente a la luz de la norma internacional sobre la nacional o doméstica, se ha debatido si dichos planteamientos de desplazamiento de la norma interna en favor de la

internacional son trasladables a la ciencia laboral. Por ultimo se estudia el novedoso tema de Derechos de los animales no humanos en Brasil.

Agradeciendo habernos brindado el honor de contar con la participación de reconocidos expertos en cada área, quienes nos brindan su visión y análisis sobre los desafíos legales más relevantes de nuestro tiempo. "Promoviendo el conocimiento legal y fomentando el debate académico: Avanzando hacia la excelencia jurídica"

Atentamente,

Pedro J. Chacón B.
John F. Salazar C.

Miembros del Comité editorial.

Tabla de Contenido

Artículos

Entendimientos iniciales sobre el stalking. <i>Priscila Caneparo, Dos Anjos & Maurício Dalri Timm Do Valle</i>	5-22
La prescripción y la caducidad en el ámbito civil venezolano. <i>Rafael Antonio, Albahaca</i>	23-31
El Coste del Despido Injusto en España y su Reconfiguración a la luz del Derecho Internacional. <i>Vicente Pedro, Lafuente Pastor</i>	32-57
Incidencia de las Demandas en Partición de Bienes incoadas en Juzgado Primera Instancia, Provincia Independencia, enero 2020- enero 2022. <i>Vicente, Hernández García & Nelson, Cuevas Medina</i>	58-73
La Venganza Privada como Ordenamiento Jurídico. Su regulación en el “Codice Barbaricino”. <i>Leandro Ezequiel, Fusco</i>	74-88
Derechos de los Animales no Humanos en Brasil: Una Realidad en Construcción. <i>Ana Alice, de Carli & Thiago, Guerreiro Bastos</i>	89-105
Bioética y Dignidad Humana. Algunos apuntes. <i>David Román, Jiménez López & Pedro, Peña Molina</i>	106-117

ENTENDIMIENTOS INICIALES SOBRE EL STALKING

INITIAL UNDERSTANDINGS ABOUT STALKING

Priscila Caneparo Dos Anjos¹

 <https://orcid.org/0000-0003-4816-7793>

Maurício Dalri Timm Do Valle²

 <https://orcid.org/0000-0002-7361-595X>

Resumen

El *stalking* es todavía un instituto poco discutido por la doctrina mundial. Es importante destacar que muchas de sus definiciones aún carecen de reproducción en los ordenamientos jurídicos estatales y, también, cuando están presentes, acaban comprendiendo muchas dudas y poca efectivización práctica. En este sentido, a través de un estudio bibliográfico y jurisprudencial, pretendemos analizar, aunque de forma incipiente, la definición de *stalking* por la doctrina mundial más calificada, así como las características y adjetivos de la persona llamada *stalker*, los logros psicológicos, físicos y mentales para la víctima de *stalking*, así como algunas áreas específicas de *stalking*, contextualizadas en la época contemporánea, como el *cyberstalking* y el *stalking* en el ambiente universitario. Además, a través del método comparativo, el estudio se centrará en la aplicación de la Ley Maria da Penha (Brasil), con el fin de tener una perspectiva concreta de la aplicación de responsabilidades al autor de una práctica tan perjudicial. Por último, se dice que se pretende, con este estudio, dilucidar puntos básicos del *stalking* y animar a la comunidad académica y a los gobiernos nacionales a debatir y aplicar medidas contra esta práctica.

Palabras clave: stalking; stalker; cyberstalking; víctimas de stalking; ley Maria da Penha.

Abstract

Stalking is still an institute little discussed by the world doctrine. It is important to emphasize that many of its definitions still lack reproduction in state legal systems and, also, when they are present, they end up comprising many doubts and little practical effectiveness. In this sense, by means of a bibliographic and jurisprudential study, we intend to analyze, albeit incipiently, the definition of stalking by the most qualified world doctrine, as well as the characteristics and adjectives of the person called a stalker, the psychological, physical and mental consequences for the victim of stalking, as well as some specific areas of stalking, contextualized in contemporary

¹ Universidade Federal Do Paraná
Curitiba-Brasil
Correo: priscilacaneparo@gmail.com

² Universidade Católica de Brasília
Brasilia-Brasil
Correo: mauricio_do_valle@hotmail.com

Recibido: 24-04-2023

Aceptado: 01-06-2023

times, such as cyberstalking and stalking in the university environment. Furthermore, through the comparative method, the study will focus on the application of the Maria da Penha Law (Brazil), to have a concrete perspective of applying responsibilities to the perpetrator of such a harmful practice. Finally, it is said that this study intends to elucidate basic points of stalking and encourage the academic community and national governments to debate and implement measures against this practice.

Keywords: stalking; stalker; cyberstalking; victims of stalking; Maria da Penha law.

Introducción

En Brasil, existen pocos estudios sobre comportamientos que se ajusten a lo que la comunidad internacional ha venido a denominar Stalking. El primer contacto de muchos con el tema es a través de representaciones cinematográficas y en libros de ficción. Sin embargo, demasiados experimentan, sin saber a ciencia cierta por lo que están pasando, el acoso en su vida profesional, amorosa y personal. En cuanto a los autores que aquí se dignan analizar el instituto, la razón que los llevó a escribir radica en el campo profesional. El caso, cercano a los autores, es, cuanto menos, inquietante. Se trató de un caso de acoso que comenzó en el ámbito universitario y se convirtió en ciberacoso, principalmente a través de mensajes electrónicos, sumándose a las estadísticas. Cabe señalar, de antemano, que stalking cometido por cuentas de correo electrónico en el 80% de los casos (Mazzola, 2008).

El perseguidor insistió en establecer contacto vía correo electrónico y, en algunas ocasiones, incluso contacto personal, principalmente en el recinto y frente al lugar de trabajo del perseguido, quien trató de ignorar toda la molestia que le causaban los mensajes. En este punto, el perseguido ya se había dado cuenta de que el perseguidor se presentaba como una persona perturbada, por decir lo menos. Sin embargo, no imaginó que el grado de perturbación sería tal como para empezar a preguntar a los compañeros de trabajo del perseguido si él, el perseguidor, tenía alguna posibilidad de relación con el perseguido. Y los mensajes no cesaron, a pesar de los pedidos de los perseguidos. Después de 3 años de mensajes no deseados, el día del cumpleaños del perseguido, el perseguidor envió alrededor de 10 correos electrónicos con varias páginas cada uno. Páginas inquietantes, eso sí. A pesar de que la dirección de correo electrónico del acosador estaba bloqueada, los mensajes seguían llegando.

Durante este período, la persona perseguida recibió más de 700 mensajes de correo electrónico con contenido inapropiado. Y, en consecuencia, buscó soluciones concretas, sin conocer todavía a fondo el instituto sobre el stalking, para buscar una alternativa que frenara la

conducta del acosador y también las consecuencias derivadas de ella, como, por ejemplo, el miedo a salir a la calle, aumento de la ansiedad e incluso dificultad para dormir.

Así, los autores se introdujeron en el tema y entendieron que era necesario desarrollar un estudio sobre el (ya no tan) nuevo instituto del acecho. De esta forma, el presente artículo se ocupa de garantizar una visión, aunque embrionaria, sobre lo que es una conducta de acecho, así como describir brevemente las principales características del acosador, las consecuencias para la víctima, entrando en una tipificación específica, la del ciberacoso, finalmente, con una posible aplicación de la Ley Maria da Penha (2006) en casos de acoso.

De tal forma, si bien existe una investigación inicial, utilizando principalmente la bibliografía y el Derecho Comparado, desde una perspectiva metodológica deductiva, se pretende, a través del presente estudio, llamar la atención de la comunidad científica sobre tan grave conducta y alimentar las mentes para que se puedan realizar nuevos y sólidos estudios y debates sobre este tema tan importante.

Desarrollo

Stalking: un intento de definición

Antes de definir el acecho, sería importante lanzar algunas líneas sobre su propia definición. Para no alargar el texto, se hará referencia a escritos que examinan el tema.

La doctrina, en general, establece que el término acecho es difícil de definir. Desde Italia se recogen las enseñanzas Ghirardelli (2011), según la cual la definición del fenómeno es compleja desde varias perspectivas, como la popular, la jurídica y la científica.

Para Trindade (2014), el stalking es “un patrón de comportamiento repetitivo, persistente e invasivo de seguimiento y acoso insistente a la víctima, por regla general, mujer” (p. 239). Por su parte Micoli (2012) recuerda que el stalking “se ha denominado a menudo como la enfermedad de la modernidad; es un fenómeno bien conocido, pero lamentablemente todavía poco metabolizado” (p. 47). Se trata, en palabras de Gerbovic (2016), de una “persecución contumaz”, una especie de cacería, capaz de causar daños gravísimos ya veces irreparables a las víctimas de estos perseguidores” (p. 15). La definición precisa de Gerbovic sobre dicha conducta es la siguiente (2016):

Trata-se, portanto, de comportamento humano heterogêneo consistente com um tipo particular de assédio, cometido por homens ou mulheres, que pode se configurar por meio

de diversas condutas, tais como comunicação direta, física ou virtual, perseguição física e/ou psicológica, contato indireto por meio de amigos, parentes e colegas de trabalho ou qualquer outra forma de intromissão indesejada na vida privada e/ou íntima de uma pessoa.
(p. 20)

Otros eruditos han investigado el asunto. Este es el caso de Micoli (2012), para quien:

O stalking é uma forma de agressão psicológica e física direta, que visa sobrepujar a vontade da vítima, destruir sua moral e sua capacidade de resistência por meio de um gotejamento incessante, em um contexto de crescente perseguição, insistente como os pingos que, com o passar do tempo, escavam a pedra.

O stalker persegue, ameaça, maltrata a vítima, fazendo com que nasça nesta um estado de ansiedade e medo que pode chegar a comprometer o desenvolvimento normal do seu cotidiano. A manifestação externa do stalker, sob a forma de ameaça, é o instrumento válido para que ele se certifique de ser capaz de restringir a liberdade psicológica da própria vítima. , (p. 66-67)

Por su parte, Micoli (2012) concluye afirmando que el "perseguidor se mueve como un asesino en serie, es decir, estudia a la víctima y sus hábitos de forma premeditada y organizada, para luego llegar a la destrucción física y psíquica de su objetivo humano" (p. 139). Y Mazolla (2008) a su vez, entiende que:

El stalking es la conducta de quien molesta a un sujeto (víctima) mediante actos persecutorios y/o intimidatorios, de manera obsesivamente repetitiva, dejando a la víctima en un estado de alerta y preocupación relevante. Ello, cuando no está en profunda angustia.
(p. 1047)

En cuanto a la definición de stalking, advierte Maran (2012) "El acecho es un fenómeno difícil de definir. Significa literalmente "perseguir sigilosamente (a la presa)" y es un término que se connota en el léxico de la caza". (p. 3-4) Además de esta definición, se han encontrado muchas otras en la literatura y la legislación internacionales desde los primeros años. Para comprender sus diferencias y su falta de exclusividad, es importante y necesario recorrer -aunque sea brevemente- las etapas que han caracterizado no tanto el nacimiento del fenómeno como su inclusión en la categoría de violencia y delincuencia. Lo que une a los protagonistas de estas historias es la soledad, hombres y mujeres que se relacionan con el otro para llenar un vacío, fantaseando con la

posibilidad de controlar físicamente al objeto de su amor -hasta el límite, con chantaje y violencia-, llevando a cabo repetidamente conductas de acoso, percibidas por la víctima como intrusivas y generadoras de miedo, temor, fastidio. El acoso se ha convertido en un problema social de primera importancia tras algunos casos de agresión psicológica y física.

Asimismo, Donnini (2013) dice que:

Stalking é outra espécie de lesão, também antiga, que, diante das novas formas de comunicação, adquire uma nova dimensão mais abrangente e grave. Tem o significado, em inglês, de perseguição, ato de perseguir, identificado na psiquiatria forense. O ofensor (stalker) é a pessoa que molesta de maneira incessante a vítima, mediante atos de intimidação e perseguição (social e psicológica) que, repetidos, causam angústia, medo ou depressão. É o caçador à espreita a imagem que se adéqua ao lesante. (p. 371)

Independientemente de la perspectiva en la que se examine, que determina distintos matices, el fenómeno sigue siendo en esencia el mismo, es decir, un conjunto de conductas reiteradas e intrusivas, vigilancia y control no deseados, búsqueda de contacto y comunicación infligida por un individuo (perseguidor) a otra (víctima) y que generan miedo. Con base en las conductas practicadas por el potencial agresor, Ramidoff y Triberti (2016) definen el acecho como “una relación patológica en la que una persona realiza una conducta persistente, no aprobada – ni aprobable por la víctima” (p.33). Los autores continúan afirmando que:

El agresor, maltratador, acosador se inmiscuye constantemente en la vida de la víctima - actos invasivos (intrusivos) pone a la víctima en un estado de sometimiento debido al comportamiento insistente del acosador, la amenaza, busca el control, hace insoportable su propia existencia, provocando un continuo estado de miedo (terror) que compromete seriamente el equilibrio físico, psíquico (moral) y social, llegando en muchos casos al límite extremo del asesinato.

Es importante señalar que Trincade (2014) afirma que es “bastante difícil delimitar las conductas que constituyen el fenómeno del acecho” (p. 239). Dice que, en realidad, “es una constelación de conductas que pueden ser muy diversas, pero que siempre implican una intrusión persistente y repetida a través de la cual una persona trata de imponerse a la otra, a través de contactos no deseados, a veces amenazantes, generando inseguridad, vergüenza y miedo en la víctima”. Los reflejos de acecho se asemejan a una tortura goteante. Ese tipo de tortura en la que

se coloca al torturado atado a una silla, justo debajo de un grifo que gotea. Tenga en cuenta las palabras de Micoli (2012):

El acoso es una forma de agresión psicológica y física destinada a aplastar la voluntad de la víctima, a destruir su moral y su resistencia mediante un goteo prácticamente incesante, realizado en el contexto de un acto persecutorio creciente que se infiltra como una gota que, a la larga, se clava en la piedra. El perseguidor persigue, amenaza, maltrata a la víctima, consiguiendo desencadenar en ella ansiedad y miedo, que pueden comprometer el normal desarrollo de la vida cotidiana. (p. 66)

De esta forma, es innegable que el stalking será una práctica sumamente dañina para quien lo sufre, pero que, en consecuencia, se debe conocer el perfil de quien lo practica para no sólo revertir el daño causado a la víctima. Más bien prevenir la práctica misma. Así, pasamos al análisis de la figura del acosador.

Las características del stalker

El acosador, según la concepción de Gerbovic (2016), puede entenderse como aquella persona que determina a una víctima por innumerables razones y la persigue incansablemente, en contra de la propia voluntad de la víctima, es decir, “en otras palabras, un acosador es aquel que promueve una caza física o psicológicamente contra alguien”. (p. 21) La doctrina extranjera también buscó definir al acosador. Sobre la persona del acosador, dice Ghirardelli (2011):

Si bien, por tanto, en algunos casos, la conducta atribuible a la persecución se realiza en el contexto de un cuadro psicopatológico, la enfermedad mental no puede ser considerada una condición constantemente recurrente (...) desde el punto de vista criminológico, aunque el acosador es ciertamente una persona que sufre desde un punto de vista psíquico o psicológico, no necesariamente está enferma. (p. 23)

Y Kienlen (1998) los describe así:

Los acosadores son un grupo diverso que presenta una variedad compleja de tipos de trastornos y una variedad de trastornos mentales. Sin embargo, investigaciones recientes sobre el acoso destacan dos similitudes importantes dentro de este grupo. Primero, un trastorno de apego temprano puede ser un factor predisponente para el comportamiento

persecutorio. En segundo lugar, las pérdidas recientes en la vida adulta pueden precipitar la persecución. Aparentemente, los acosadores son incapaces de hacer frente a la pérdida y, a partir de entonces, adoptan un comportamiento de acecho como medio para aliviar el dolor o desahogar la ira. (p. 65)

No es difícil concluir que la mencionada incapacidad para afrontar las pérdidas experimentadas por el acosador se refleja en su comportamiento en los más variados ámbitos de la vida cotidiana, especialmente en lo que se refiere a las relaciones interpersonales. En este contexto, la negativa de la víctima a aceptar los avances afectivos del acosador implica, desde la perspectiva irracional y distorsionada de éste, una pérdida imposible de superar y que justifica su conducta inconveniente y perturbadora. Como recuerdas Ramidoff y Triberti (2017), “... parece evidente que el impulso a la conducta stalker se origina en el deseo de establecer una relación de pareja” (p. 34-41), destacando también que:

El acosador se ve atormentado por pensamientos obsesivos que le suelen llevar a situaciones de rechazo emocional, como el rechazo a un intento de relación, y también por una continua obsesión por imaginar diversas situaciones de control sobre la persona que se ha convertido en objeto de tal obsesión.

(...)

El acosador simplemente no acepta el rechazo, no soporta la pérdida del ser amado, o considerado como tal, no propone mínimamente dialogar sobre sus convicciones, dado que solo está predispuesto a buscar las razones - su "verdadero" causas - del fracaso de su relación afectiva o como tal lo consideren; aun porque, no tiene intención explícita o implícita de “hacer” su duelo afectivo, sino que, por el contrario, se “encierra en sí mismo”, en una conducta obsesivo compulsiva e insidiosa, sin otra salida que la trágica y definitiva los cuales son: la muerte del agresor seguido a menudo por el suicidio del agresor. (p. 34-41)

Sobre el comportamiento típico del agresor, se puede entender que, aunque con cierta dificultad para tipificar las conductas de forma exhaustiva, siempre permean la persecución, apuntando la doctrina, básicamente, a seis categorías de conductas principales: la hiperintimidad; persecución; proximidad; vigilancia; invasión y agresión. No es raro que estos individuos tengan rasgos de personalidad narcisistas, juzgándose superiores a los demás y merecedores del afecto de sus víctimas. Este es exactamente el tipo de ensoñación que los lleva a indignarse ante el rechazo,

lo que representa una contradicción lógica a la imagen omnipotente de carisma irresistible que se crean a sí mismos. Los autores Ramidoff y Triberti (2017) diga que:

Sin embargo, los acosadores no se dan cuenta de que, de la misma manera, son capturados por sus propios “capturados” (víctimas) que personifican, por así decirlo, el “ideal” de su deseo, relación, control, persecución; y, sin las cuales (víctimas) se desvanecería el “universo (mental) fantástico” del acosador. (p. 46-47)

Básicamente, debe entenderse que no existe un perfil único del acosador, sino solo algunas historias y rasgos similares entre los que se tipifican como tal. En esta línea, se puede señalar que, en la mayoría de las situaciones, el acosador tiene un pasado tortuoso, con problemas personales, familiares y clínicos. En otras palabras, existe un encanto que los conecta con la dependencia afectiva, ya sea por una o varias de las razones mencionadas anteriormente.

La víctima

La víctima, en los casos de acoso, suele ser una mujer. Por eso, en muchos países, se trata como una forma de violencia contra la mujer. Violencia cometida tanto por hombres como por otras mujeres. En este sentido, las palabras de Ramidoff y Triberti (2017), en la medida en que afirman que, si bien el acoso practicado por las mujeres puede, en un principio, parecer menos peligroso, todavía puede “... derivar hacia una forma ‘macho’ y violenta, y así (re)producir con idéntica intensidad agresiones que determinan efectos devastadores, como las provocadas por acosadores masculinos”. (p. 138)

En este sentido, la víctima acaba teniendo que reestructurar su vida: no pocas veces necesita cambiar su horario de trabajo, su número de teléfono, los lugares que frecuenta, llegando incluso a la ratio final de tener que cambiar de residencia y, además, evitar marcharse. Es innegable que el shock psicológico, con casos de ansiedad, resulta ser una constante, pudiendo incluso llevar a la víctima a la drogadicción. En cuanto a los resultados en la vida de las víctimas del acoso, Gerbrovic (2016) menciona una investigación realizada por el Grupo de Investigación sobre el acoso en Portugal (GISP), que identificó los siguientes impactos: “salud psicológica (37%), estilos de vida (25%), relaciones intimidad (23%), relaciones con los demás (18%), salud física (17%), desempeño profesional/académico (16%), economía/finanzas (10%)”. (p. 33-34)

Cabe recordar que la lesión a la dignidad de la persona causada por el acosador opera en tres

ámbitos distintos, pudiendo afectar a más de uno a la vez. El primero es el daño psicológico que experimenta la víctima, que se ve afectada por el miedo, el pavor y la ansiedad en sus actividades diarias. En segundo lugar, presenta el choque a los supuestos materiales mínimos para el ejercicio de la vida, considerando que no pocas veces se gastan recursos económicos para evitar las referidas conductas invasivas. Finalmente, el acoso vulnera las condiciones mínimas de libertad y convivencia social igualitaria, ya que una de las mayores consecuencias para la víctima es la alienación de su familia y su círculo de amistades.

Asimismo, la jurisprudencia de lo Tribunal de Justicia del Estado de Minas Gerais (Brasil) ya ha reconocido el alcance de las lesiones provocadas por los acosadores. Como ejemplo citamos la sentencia del Recurso Civil N° 1.0024.08.841426-3/001/MG, en la cual el colegiado resolvió por unanimidad que los actos constitutivos de acecho practicados por la demandada resultaron en penas y sufrimientos indemnizables para la actora. En palabras del entonces Juez Ponente Alberto Henrique:

En el caso de los autos, a pesar de que ya se había decretado el fin de la sociedad conyugal, la demandada, no satisfecha con la obligación de dar alimentos a la actora, comenzó a hostigarla de forma agresiva y ostensible, fomentando lo que ha dicho la doctrina. Estado llamando acoso por intrusión o "acecho".

(...)

In casu, no sólo la prueba documental, sino también los testigos escuchados durante la instrucción y audiencia de juicio probaron que el recurrente se excedió en los límites de su derecho, persiguiendo a la apelada con el fin de hacerla renunciar a los alimentos que se le concedían. con motivo de la acción de separación judicial.

Como si las humillaciones, ofensas y amenazas perpetradas por teléfono y la asistencia a su lugar de trabajo no fueran suficientes, el recurrente invadió la esfera de la privacidad e intimidad del apelado contratando a un detective privado que vigilaba cada uno de sus pasos.

El propio recurrente se encargó de adjuntar al expediente el informe realizado por el detective privado que contrató, en el que se puede observar una recopilación fotográfica y una descripción detallada de toda la rutina del apelado. Tal conducta prueba la violación de la privacidad e intimidad de la apelada y la vergüenza que soportó con el consiguiente daño psicológico y emocional.

Incluso hubo que tomar las medidas previstas en la Ley Maria da Penha debido al hostigamiento perpetrado por la recurrente.

Como se destaca en otra parte, la recurrente actuó perversamente, menoscabando a la apelada, en un intento de inhabilitarla ante su círculo, con el propósito de obligarla a renunciar a la pensión alimenticia establecida en la acción de separación judicial.

Es imposible aceptar la tesis de que el recurrente actuó en el ejercicio regular de su derecho, pues debió utilizar los medios que le proporciona el ordenamiento jurídico para verse exonerado de la obligación que se le impone. En ningún momento el ordenamiento jurídico le autoriza a actuar en la forma inoportuna en que lo hizo, ofendiendo y amenazando al apelado, practicando un acoso moral inaceptable y que no dispensa la debida sanción.

El hecho es nocivo porque provoca malestar moral, vergüenza personal, tristeza o depresión profunda, herida, amargura, inquietud; males que, por regla general, tienden a reflejarse en el bienestar físico de la persona, afectando, en la mayoría de los casos, con mayor o menor intensidad, al psiquismo y al sueño. En este sentido, enseña Cahali (2000):

Todo lo que perturbe gravemente el alma humana, lesionando gravemente los valores fundamentales inherentes a su personalidad o reconocidos por la sociedad en que se integra, califica, en principio, como daño moral; no hay forma de enumerarlos de manera exhaustiva, apareciendo en el dolor, la angustia, el sufrimiento, la tristeza por la ausencia de un ser querido fallecido; en descrédito, en desprecio social, en desprestigio, en humillación pública, en violación de la intimidad; en el desequilibrio de la normalidad psíquica, en el trauma emocional, en la depresión o el agotamiento psicológico, en situaciones de vergüenza moral. (p. 20-21)

En definitiva, se asegura la comprensión de que la víctima es un punto central para entender la práctica del stalking, ya que es por las consecuencias sobre esta persona que todo el estudio y necesidad de combatirla lleva al desarrollo de políticas sobre el tema. Sin embargo, hay pocos estudios y también pocos datos para destacar aquí, ya que el tema es nuevo y también ha seguido la evolución de la tecnología. Por tanto, pasamos al análisis de casos concretos de stalking.

Casos específicos de stalking – ciberacecho

Entre las conductas que configuran el stalking, se encuentran las conductas invasivas e insistentes practicadas a través de las nuevas tecnologías y las redes globales de comunicación digital, el llamado cyberstalking, que han afectado cada vez a más personas, convirtiéndose en una importante fuente de preocupación para los investigadores del área. Gerbovic (2016) incluso enfatiza que:

Si bien el cyberstalking ocurre en el mundo virtual, sus efectos se sienten en el mundo físico y pueden ser más devastadores que los causados por el stalking, principalmente por la facilitación del anonimato y la velocidad en la difusión de datos e imágenes, que está fuera de control. De nadie, incluidas las autoridades. (p. 44)

Específicamente sobre el ciberacoso, se aduce que Internet, por un lado, facilita la comunicación interpersonal, reduciendo la distancia fáctica entre quienes desarrollan relaciones consensuadas de amistad, trabajo, entre otras, pero, por otro lado, ha sido una herramienta cada vez más utilizada por el acosador para perseguir a la víctima, ya sea como una forma de tortura virtual, utilizando dicha herramienta como una forma de asegurarse de que la víctima se sienta coaccionada, o como un medio para acosar a la persona día tras día. Sin embargo, cabe señalar que no existe una definición universalmente aceptada de lo que es cyberslaking; sin embargo, se infiere la posibilidad de contar con medios explícitos de persecución, ya sea a través de correos electrónicos, chats, chats, redes sociales u otras formas disponibles en las plataformas en línea.

Sobre el ciberacoso, dice Micoli (2012):

El ciberacoso es un fenómeno creciente. No existe una definición precisa de acoso cibernético, pero el término se usa principalmente para denotar el uso de Internet, correo electrónico u otros dispositivos de comunicación electrónica para acosar a otra persona. (...) El ciberacoso es el uso de la tecnología de la información para cometer intencionalmente acciones crueles hacia otras personas que implican estrés y angustia emocional. Como hemos visto, el medio informático se convierte en el arma del acosador porque proporciona al ciberacosador diferentes modos de actuación: envío de vídeos o fotos de la víctima, envío de grandes cantidades de correos electrónicos sin el consentimiento de la persona ofendida o simplemente envío repetido de correos electrónicos no solicitados. Correos electrónicos con contenido ofensivo o desagradable para la víctima. (p. 50-56)

A este nivel, en un principio, muchos pensaron que tal persecución no imputaría a la víctima las mismas consecuencias nocivas que la persecución física y/o presencial. Engaño de Ledo: la víctima se siente igualmente afectada, viéndose afectada su intimidad, vida privada y también su salud mental.

El stalking en el entorno universitario

Cabe señalar que incluso existe una doctrina especializada dirigida a investigar a los acosadores de profesores universitarios. Para ello, las lecciones de Maran (2012):

Los profesores universitarios también se encuentran entre las víctimas. (...) Según los entrevistados, los motivos que llevaron al inicio de la campaña de persecución están relacionados con el intento de establecer una relación, una incompreensión del comportamiento del maestro, el intento de manipular la evaluación del maestro. (...) Los acosadores jóvenes fueron sancionados en el 23,1% de los casos con la imposibilidad de acceder al servicio de correo electrónico de la universidad, el 9,6% fueron expulsados, el 5,8% fueron arrestados.

En comparación con la población general, por lo tanto, los profesores universitarios corren un mayor riesgo de ser acosados: más de un tercio de los encuestados fueron considerados víctimas. La explicación de este fenómeno está relacionada con las razones explicadas anteriormente (la proximidad favorecida por la estructura de la universidad y la falta de madurez emocional) (...). Para los docentes, orientados a crear un contexto que facilite el aprendizaje de la materia (en algunos casos también a través de la fascinación del oído), escuchar las dificultades y ayudar a los alumnos (en forma de consejos, por ejemplo) son elementos característicos de su trabajo, pero corren el riesgo de ser malinterpretados: los jóvenes pueden leer la atención en el aula o en otros contextos como una invitación a establecer algún tipo de relación sexual, amistosa o profesional (Osterhom, Horn y Kritsonis, 2007). (p.141-1470)

Sobre las conductas más frecuentes que practican los acosadores de estudiantes universitarios contra sus profesores, Maran (2012) cita, según la clasificación de Cupach y Spitzberg: i) invadir el espacio de trabajo; ii) entrometerse en la interacción entre colegas; iii)

entregar obsequios no deseados; iv) entregar mensajes afectivos no deseados; v) participar en actividades no deseadas; vi) mostrar afecto de manera exagerada; vii) amenazas verbales; viii) persecución; ix) observar; x) acosar regularmente a la víctima; xi) amenazar con actos lesivos; xii) reunirse en los lugares frecuentados por la víctima; xiii) incorporación a la familia/entre colaboradores; xiv) acceso a la propiedad privada; xv) acercarse a la víctima en espacios públicos; xvi) controlar los desplazamientos y el comportamiento; xvii) obtener información privada; xviii) amenazar con dañar a otros; xix) robar/dañar objetos de valor; xx) coacción sexual; xxi) amenaza de daño físico; xxii) acceso a salas y espacios profesionales; xxiii) lesión física; xxiv) coherencia física; xxv) poner en peligro la vida de la vida; xxvi) dejar o enviar objetos amenazantes; xxvii) secuestro o detención de la víctima.

Respecto a las conductas más frecuentes que practican los acosadores de estudiantes universitarios contra sus profesores, Maran (2012) cita, según la clasificación de Holmes (1993): “i) envío de mensajes no deseados; ii) acecho; iii) acoso; iv) amenazas verbales o físicas. ; v) difundir información falsa; vi) obtener información sobre la vida privada; vii) conducta amenazante de autolesión; viii) coerción sexual; ix) entrar en la vida personal; x) restricción física; xi) dañar o robar artículos; xii) acceso a propiedad privada”.(p. 144)

La posibilidad de aplicar las medidas concretas de la ley maria da penha

El contexto del acoso es parte de una triste realidad que contamina el cotidiano brasileño, a saber, la violencia contra la mujer por razones de género. Tal malestar social ha demostrado ser tan impactante en las últimas décadas que motivó la promulgación de la Ley N° 11.340/2006 que adopta medidas concretas para remover al agente y, por ende, reducir los riesgos que sufren las víctimas. En efecto, las conductas típicas del stalking son notablemente similares a las descritas en el art. 7, II, del citado diploma, in verbis:

Son formas de violencia doméstica y familiar contra la mujer, entre otras:

II - violencia psicológica, entendida como toda conducta que cause daño emocional y disminución de la autoestima o que perjudique y perturbe el pleno desarrollo o que tenga por objeto degradar o controlar sus acciones, comportamientos, creencias y decisiones, por medio de amenazas, vergüenza, humillación, manipulación, aislamiento, vigilancia constante, persecución persistente, insulto, chantaje, violación de su privacidad,

Dictum • ISSN: 2959-1074 • Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas • Universidad Yacambú •

Enero-Junio • 2da Edición • 5-22

ridiculización, explotación y limitación del derecho de ir y venir o cualquier otro medio que pueda lesionar su salud psicológica y su libre determinación.

Cabe señalar que el objetivo del acosador, como ya se ha comentado anteriormente, es esencialmente obtener el mando y control sobre el curso de la vida de la víctima, utilizando tácticas sórdidas de insistencia y perturbación de su vida íntima hasta el punto de la locura o la muerte, si es así. proporcionó. También se subrayó que la mayoría de los casos de stalking tienen su origen en la incapacidad del agresor para superar el rechazo romántico, así como que el sujeto activo de esta conducta puede ser tanto un hombre como una mujer. Y Gerbovic (2016) también afirma:

No cabe duda de que, considerando la gravedad del daño que causa la práctica del stalking, la medida que se busca es detener los actos del stalker, a fin de evitar que cause daño. Como se ve, una demanda fundada en el art. 303 del NCPC puede, incluso de plano, por ejemplo, obtener una orden judicial que impida al acosador comunicarse con la víctima, por cualquier medio; acercarse a su domicilio o lugar de trabajo y/o estudio; para ponerse en contacto con sus amigos y familiares; seguirla, etc.

También existe la posibilidad de obtener una medida preventiva basada en la Ley Maria da Penha, dependiendo de las características del caso específico que se ajusten a las hipótesis legales. Con estas medidas se pretende, idealmente, que el acecho no cause daño a la víctima. Y, en su caso, que estos daños no se agraven por reiteración en el tiempo, hasta el punto de que el daño se haga irreversible. (p. 126)

Por lo tanto, el daño causado por el acosador contra la víctima es verdaderamente violencia contra la mujer por razones de género mencionadas en la Ley Maria da Penha (2006), en la forma de violencia psicológica. Como consecuencia de la incidencia de la norma en cuestión, especialmente el art. 22 y sus incisos, se permiten varias medidas de protección de los derechos de los perseguidos, como explica Gerbrovic (2016):

Además, la Ley Maria da Penha preveía una serie de medidas de protección urgentes, similares a las medidas cautelares (órdenes de alejamiento) mencionadas anteriormente. Ejemplos de estas medidas son: alejamiento del domicilio, prohibición de contacto con la mujer ofendida por cualquier medio de comunicación, prohibición de acudir a determinados lugares con el fin de preservar la integridad física y psíquica de la mujer ofendida, etc. (p. 126)

Por si fuera poco, la jurisprudencia del Distinguido Tribunal Superior de Justicia ya ha establecido la posibilidad de aplicar las referidas medidas en la acción civil, sin que exista una investigación policial previa o proceso penal contra un posible infractor. En este sentido, el resumen de la REsp 1.419.421/GO:

Derecho procesal civil. Violencia doméstica contra la mujer. Medidas de protección de la ley n. 11.340/2006 (Ley Maria Da Penha). Incidencia en el campo civil. Naturaleza jurídica. Sin necesidad de investigación policial, procedimientos penales o civiles en curso. 1. Las medidas de protección previstas en la Ley n. 11.340/2006, observando los requisitos específicos para el otorgamiento de cada uno, podrá ser reclamada autónomamente a efectos de cesación o salvaguardia de la violencia doméstica contra la mujer, independientemente de la existencia, presente o potencial, de proceso penal o acción principal contra la alegada agresora. 2. En este caso, las medidas urgentes solicitadas tendrán un carácter cautelar civil satisfactorio, no requiriendo instrumentalidad a otro proceso civil o penal, dado que no tiene por objeto necesariamente garantizar la eficacia práctica de la tutela principal. “Las medidas de protección tienen por objeto proteger los derechos fundamentales, previniendo la continuación de la violencia y las situaciones que la favorecen. No son necesariamente preparatorias de ninguna acción judicial. No están dirigidas a los procesos, sino a las personas” (DIAS. Maria Berenice. A Lei Maria da Penha en la justicia. 3ª edición. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012). 3. Característica especial no provista.

En la oportunidad, el ministro ponente, Luis Felipe Salomão (2014), señaló que:

Parece claro que el intento de prevenir la violencia intrafamiliar contra la mujer puede perseguirse con medidas judiciales de carácter no penal, aun cuando la respuesta penal estatal sólo se activa después, concretamente, de la comisión del delito, muchas veces a veces con consecuencias irreversibles, como en el caso de homicidio o lesiones corporales graves o muy graves.

Vale la pena mencionar que abrir el camino para acciones civiles, con la aplicación de medidas de protección de la Ley Maria da Penha, puede prevenir un mal mayor, sin necesidad de una posterior intervención criminal en las relaciones intrafamiliares.

Dictum • ISSN: 2959-1074 • Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas • Universidad Yacambú •
Enero-Junio • 2da Edición • 5-22

De hecho, la Ley Maria da Penha (2006), al definir la violencia doméstica contra la mujer y sus diversas formas, enumera, por ejemplo, tipos de daños que no siempre encajan en la categoría de bien jurídico protegido por el derecho penal, como el sufrimiento psíquico, la moral, disminución de la autoestima, manipulación, vigilancia constante, retención de objetos personales, entre otras formas de violencia (artículos 5 y 7).

Conclusiones

Es innegable que el acecho requiere una comprensión más profunda que la disponible hoy en día en la literatura legal. El primer punto que corrobora de manera concluyente esta afirmación proviene del hecho de que la práctica no descansa únicamente en el ámbito de las ciencias jurídicas: es indispensable un diálogo con la sociología, la criminología, con la propia ciencia tecnológica y, principalmente, con la psicología.

Así, se infiere del hecho de comprender, preliminarmente, que el acecho es, innegablemente, una forma de tortura contemporánea: aquella que quita el sueño y la paz a la víctima, y la pone en constante alerta, temerosa del acosador y muchas veces de cualquiera que enfoca, ya sea física o virtualmente. De tal forma, se percibe que las consecuencias para las víctimas del acosador son indecibles y, siempre, casuísticas.

De esta forma, más allá de la comprensión de la conducta, se examinaron las características personales que afloran reiteradamente en aquellas personas que acaban cometiendo stalking: individuos que, muchas veces, ya han pasado por traumas en momentos pasados de su vida, sin que estos hayan sido tratados y reparados, también, que fueron pasados por alto en algún ámbito y ven, en la víctima, una posibilidad de rescate o entretenimiento para ellos mismos.

Por otro lado, es la vida de la víctima la que se convierte en un mar de inseguridad. Víctima, ésta, que suele ser mujer y ya no quiere o nunca quiso tener una relación con la persona que ahora la persigue. Es por eso por lo que este estudio determinó, de forma clara y objetiva, la aplicación de la Ley Maria da Penha (2006) a los casos de acecho que, muchas veces, van acompañados de la violencia doméstica de que trata la Ley en cuestión.

Como se muestra, aun así, la mujer víctima de stalking puede sufrir persecución en su ámbito laboral, especialmente en el mundo universitario, donde, indiscutiblemente, la mujer sigue siendo estereotipada y tiene una posición mucho más vulnerable que el hombre, lo que le permite ser

víctima de tal conducta. Además de este panorama, hay que tener en cuenta que, hoy en día, el stalking resulta más fácil debido a la revolución tecnológica que estamos viviendo y, en consecuencia, se ha desarrollado más allá del mundo físico, ganando una nueva dimensión llamada disfraz acoso cibernético.

Por último, debe prestarse atención a que el stalking es una práctica mucho más compleja de lo que estas pocas líneas han podido exponer y que demanda una atención difusa por parte de la sociedad y de las ciencias sistémicas para que se alcance una perspectiva de solución del problema en el futuro mediato.

Referencias

- Alvim, A.; Alvim, T. (2013). *Comentários ao Código Civil brasileiro: Volume VIII: dos atos unilaterais: dos títulos de crédito: da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense.
- Ley Maria Da Penha (2006). Brasil. Fonte: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm.
- Costa, V. A.; Valle, M. (2018). *A Utilidade como critério de classificação do direito e no direito*. Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, vol. 14, núm. 3, pág. 186-213, Setembro - Dezembro - ISSN 2238-0604, pág. 193-197.
- Donnini, R. In Alvim, a.; Alvim, T. (2013). *Comentários ao Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense.
- Gerbovic, L. (2016). *Stalking*. São Paulo: Almedina.
- Ghirardelli, P. (2011). *Il fenómeno dello stalking, per la su totalidad, aparece da subito e da ogni prospettivo (popolare, giuridica e Scientifica) di difficile definizione. - Lo acecho: línea guía para la prevención y tutela*. Milán: Lampi di Stampa.
- Kienlen, K. (2011). *Lo staling: line guida per la prevenzione e la tutela*. Milano: Lampi di Stampa.
- Maran, D. A. (2012). *Il fenômeno stalking*. Novara: UTET Università.
- Mazzola, M. (2008). *I nuovi danni*. Padua: Dott. Antonio Milani.
- Meloy, J. (1998). *The psychology on stalking: clinical and forensic perspectives*. San Diego: Academic Press, 1998.
- Micoli, A. (2012). *Il fenomeno dello stalking: Aspetti giuridici e psicologici*. Milão: Giuffrè.
- Ramidoff, M.; Triberti, C. (2017). *Stalking: Atos persecutórios, obsessivos ou indiosos*. Belo Horizonte: Letramento.

Tribunal Superior de Justicia. Apelación. Especial No.1.419.421/IR. Relator: ministro Luis Felipe Salomão. 11 de febrero de 2014. Votación del ministro Luis Felipe Salomão. PAG. 9. Gaceta Electrónica de Justicia: 7 de abril de 2014.

Tribunal de Justicia de Minas Gerais. Apelación Civil No.1.0024.08.841426-3/001/MG. Relator: Juez Alberto Henrique. 31 de marzo de 2011. Gaceta de la Justicia: 13 de abril de 2011. Votación del Juez Alberto Henrique.

Trindade, J. (2014). *Manual de psicologia jurídica para operadores do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

LA PRESCRIPCIÓN Y LA CADUCIDAD EN EL ÁMBITO CIVIL VENEZOLANO

PRESCRIPTION AND EXPIRATION IN THE CIVIL FIELD VENEZUELAN

Rafael A. Albahaca³

 <https://orcid.org/0009-0004-0406-8296>

Resumen

Este ensayo versa sobre la necesidad de conocer las instituciones procesales como Caducidad y Prescripción, a los fines de precisar su naturaleza y distinción, y con ello suministrar a los estudiantes, abogados y demás profesionales con un análisis sencillo y actual la importancia del uso de los términos adecuados en el proceso civil. Para ello se realizó una revisión documental de teóricos con experiencias previas en el proceso civil y sus instituciones en Venezuela, que contribuyen a formular conceptos claros que faciliten el ejercicio de la profesión de la Abogacía. Lo anterior obedece a que ambos términos parecieran tener un mismo significado, aun cuando en la realidad de los procesos producen efectos diferentes. Como reflexión final se señala la necesidad de comprensión de ambos conceptos con el fin de que las personas puedan ejercer correctamente los derechos y el cumplimiento de las obligaciones en Venezuela, considerando el transcurrir del tiempo como elemento fundamental.

Palabras clave: prescripción; caducidad; proceso civil.

Abstract

This essay deals with the need to know the procedural institutions such as Expiration and Prescription, in order to specify their nature and distinction, and thus provide students, lawyers and other professionals with a simple and current analysis of the importance of the use of adequate terms in the civil process. For this, a documentary review of theorists with previous experiences in the civil process and its institutions in Venezuela was carried out, which contribute to formulate clear concepts that facilitate the exercise of the profession of Law. This is due to the fact that both terms seem to have the same meaning, even when in reality the processes produce different effects. As a final reflection, the need to understand both concepts is pointed out so that people can correctly exercise their rights and fulfill their obligations in Venezuela, considering the passage of time as a fundamental element.

Keywords: prescription; expiration; civil process;

³Universidad Yacambú
Barquisimeto-Venezuela
Correo: ralbahacam@hotmail.com

Recibido: 24-04-2023

Aceptado: 12-06-2023

Introducción

La prescripción y caducidad son conceptos legales ampliamente utilizados en Venezuela y en todo el mundo. Estos conceptos son importantes porque garantizan el plazo máximo en el cual se pueden exigir o reclamar ciertos derechos y obligaciones. En el ámbito jurídico, la prescripción y caducidad son fundamentales para garantizar que las partes involucradas en un proceso legal tendrán un plazo límite para resolver sus diferencias, evitando así la prolongación de conflictos y la incertidumbre en las relaciones jurídicas.

Es importante señalar que, en el ámbito de los procesos civiles en Venezuela, la prescripción y la caducidad son términos fundamentales. En términos simples, la prescripción se refiere al plazo máximo en el cual una persona puede exigir o reclamar un derecho ante un tribunal, pero si este tiempo transcurre sin que se haya ejercido la acción correspondiente, se pierde el derecho de reclamación. Por otro lado, la caducidad se refiere al plazo en el que se pierde el derecho a realizar un determinado acto procesal, lo que implica el cierre del proceso de manera definitiva. Existen diversos teóricos que han manejado estos términos, entre los cuales se hace mención a Morales, Arcaya, José Rafael y Mendoza Mendoza, entre otros.

En esencia, el plazo de prescripción y caducidad puede ser interrumpido por una serie de causas, como la presentación de una demanda, la notificación de una resolución judicial, o el reconocimiento del derecho por parte del deudor, entre otros. De esta manera, el proceso legal puede reiniciarse y se debe contar con un nuevo plazo para la exigencia de derechos o la realización de actos procesales. En razón a lo anterior surge la inquietud de analizar qué son la prescripción y caducidad en Venezuela y cómo se aplica en la práctica.

Desarrollo

A lo largo de la historia contemporánea de Venezuela discutiendo desde un punto de vista netamente jurídico, son innumerables las situaciones que se han presentado para distinguir ciertos conceptos jurídicos cuyo alcance pareciera tener un mismo significado, pero que en la práctica y concretamente en su sentido estrictamente forense producen efectos totalmente diferentes. En este caso se hace referencia a la prescripción y a la caducidad, vista desde una perspectiva civil, porque es la materia que se abordará.

El presente ensayo tiene por objeto analizar y distinguir los conceptos de *Prescripción* y *Caducidad* en el ordenamiento jurídico venezolano. En ese sentido se plantea un desarrollo conceptual y hermenéutico el cual permitirá tanto a estudiantes como a profesionales del derecho recién egresado descubrir y diferenciar estas figuras jurídicas latentes en nuestro derecho procesal, lo que resulta necesario al momento de aplicación de las mencionadas figuras jurídicas.

En consecuencia, dicho análisis está fundamentado en revisiones bibliográficas y legislativas, unidas a la práctica forense. Los conceptos jurídicos ya citados constituyen una incertidumbre en la mente de los estudiosos del Derecho, que dificultan saber cuándo estamos en presencia de una o de la otra y es que no existe un criterio general, uniforme, reglado impuesto por el legislador patrio que permita a ciencia cierta determinar cuando estamos en presencia de la caducidad y cuando estamos frente a la prescripción. Y pareciera ser que todo queda supeditado al caso en concreto que se presente en el momento objeto de estudio en cuestión. A lo largo de la historia jurídica venezolana tanto la Doctrina como la Jurisprudencia no lograron coincidir sobre estas figuras y fueron innumerables los desacuerdos sobre el punto en discusión, ya que no existía una fórmula predeterminada que aprobara a simple vista cuando se estaba en presencia de la caducidad y no en presencia de la prescripción.

Son muchos los autores tanto patrios como extranjeros que se han pronunciado al respecto entre los cuales se puede mencionar a Carlos Morales, Pedro Manuel Arcaya, José Rafael Mendoza Mendoza entre otros, y todos coinciden en algo en la interpretación que el Juez le dé a la norma en concreto, pero de una manera amplia y razonada, en donde su viso vaya mucho más allá del simple lineado que la norma contempla en el texto.

Es fundamental e importante distinguir la caducidad y la prescripción, porque ello va a coadyuvar a ejercer las defensas pertinentes a la hora de que exista o se presente un pleito o litigio judicial sin dejar de un lado que ambas producen efectos diferentes. Sumado a ello es necesario recordar, que la caducidad conlleva a ejercer la acción antes de que fenezca su tiempo, por ello se dice que es un término fatal y que no existe recurso alguno que logre parar o renacer dicho lapso cuando éste ya se consumió, a diferencia de la prescripción que permite su interrupción antes de que venza su lapso de fenecimiento conforme a las reglas del derecho procesal venezolano.

Retomando al tema central, el cual genera un problema de conceptualización en cómo saber distinguir cuando un lapso es de prescripción y cuando es de caducidad, se tiene que si el legislador

patrio hiciera un uso concreto y asertivo de dichos verbos en la redacción de la norma, que permitiese su identificación no habría problema de naturaleza alguna, por ello es que se dice que se está en presencia de un lapso de caducidad cuando el tiempo hábil para el ejercicio de la acción se encuentra predeterminado por la respectiva norma legal, y eso permite señalar que es un término fatal, en tanto que la prescripción es un medio de adquirir un derecho o de librarse de una obligación por el transcurrir del tiempo de acuerdo a la ley, en esta última juega papel importante la administración pública para resolver el asunto, lógicamente dependiendo del comportamiento del sujeto interesado.

La caducidad es un fenómeno cuya ocurrencia depende del cumplimiento o del lapso perentorio establecido para ejercer las acciones ante la jurisdicción derivadas de los actos, hechos, omisiones u operaciones de la administración, sin que se haya ejercido el derecho de accionar por parte del interesado. En tanto que la prescripción es un fenómeno mediante el cual el ejercicio de un derecho se adquiere o se extingue con el solo transcurso del tiempo de acuerdo a las condiciones descritas en las normas que para la situación se dicten bien sea de en materia adquisitiva o extintiva.

De igual manera se debe señalar que, la caducidad es una sanción jurídica procesal en virtud de la cual, el transcurso del tiempo fijado por la ley, para la validez de un derecho, acarrea la inexistencia misma del derecho que se pretende hacer valer con posterioridad y cuyas características son que no admiten suspensión o interrupción, se consideran preconstituidos y se cumplen en el día fijado aunque este sea feriado, así mismo no puede ser materia de convención antes de que se cumpla, ni después de transcurridas puede reiniciarse, el plazo prefijado corre independientemente y aún contra la voluntad del propio beneficiario, en ese sentido el juez puede y debe declarar de oficio los plazos que se hayan acordado o prefijados y una vez que se haya producido la caducidad del término el derecho se extingue de forma absoluta.

Cabe destacar que la prescripción de la acción es una institución jurídica, que implica la extinción de un derecho objetivo a utilizar, la vía judicial para reclamar un derecho subjetivo del cual se considera el demandante acreedor y se diferencia justamente de la caducidad porque la prescripción puede ser interrumpida y cuya interrupción amerita una comprobación o justificación de esa circunstancia, como por ejemplo el acto de registro de una demanda por ante el órgano competente. Por otra parte, se puede señalar que tanto la caducidad como la prescripción son dos formas de computar o contabilizar los plazos a que están sometidos o subyugado el ejercicio de

derecho o el cumplimiento de obligaciones, si el plazo es de caducidad eso significa que camina sin posibilidad de interrupción alguna hasta que se agota, en tanto que si es de prescripción este puede ser detenido o interrumpido en su computo volviéndose en cada interrupción a iniciarse el plazo.

El Código Civil venezolano (1982), diferencia con toda exactitud lo que es un término de prescripción y lo que es un término de caducidad, así como también consagra exclusivamente la caducidad para ciertos actos jurídicos, como por ejemplo todo lo tendiente a las disposiciones testamentarias, no utilizando en su articulado la palabra caduca, refiriéndose al ejercicio de las acciones, sino que cuando usa la misma es con relación a la cesación de los efectos jurídicos de un acto determinado. Innegablemente, que el Legislador Patrio cuando consagra un término de prescripción para el ejercicio de una acción, emplea categórica y decisivamente la expresión - *prescribe*-, tal como puede observarse en los artículos 136, 952, 888, 1011, 1018, 1019, 1020, 1028, 1068, 1461, 11464, 1469, 1977, 1978, 1979, 1980, 1981, 1982, 1986 del Código Sustantivo.

De igual forma el legislador establece un término que es de prescripción en el artículo 1346 del nombrado Código Civil venezolano (1982) concerniente a las acciones de nulidades. Y si en las diferentes suposiciones que tiene este último artículo, que prevé un término de prescripción, no utiliza en su contenido la expresión *prescribe*, es sin equivocación alguna un término de prescripción para el ejercicio de la acción de nulidad o revocación que dura cinco años, porque su ejercicio está sometido a las reglas generales relativas a la interrupción o suspensión del curso de las prescripciones por haberlo dispuesto claro y terminantemente el legislador en el contenido de dicho artículo y así se desprende del encabezamiento del mismo.

Este tiempo no empieza a correr en caso de violencia, sino desde el día en que esta ha cesado, en caso de error o de dolo desde el día en que han sido descubiertos, respecto de los actos de los entredichos o inhabilitados, desde el día en que haya sido alzada la interdicción o inhabilitación, y respecto de los actos de los menores desde el día de su mayoría.

El legislador venezolano, cuando consagra un término de caducidad para el ejercicio de una acción, maneja indistintamente los siguientes vocablos, "*No se admitirá la demanda, Puede dentro, No es admisible la demanda, No podrá impugnarse, No puede promoverse, Dicha acción no puede intentarla, Podrá impugnar, Esta acción se extingue, Debe intentarse, Se entable, Con tal que haya ejercido, su acción en el término etc.*", como puede verse en los artículos 43, 782,

783, 785, 118, 124, 203, 204, 123, 218, 260, 565, 799, 803, 1045, 1052, 1065, 1218, 1500, 1532, 1637, 1663, 1871 en sus numerales 4 y 6f, 1279, 1865 único aparte del 1464, 1019, 1020, 1030, 1031 1019 del Código Civil (1982) Conforme a lo dicho puede concluirse que cada vez que la prenombrada norma señala un término para ejercitar una acción, declara textualmente a la vez si es de prescripción o caducidad y así lo ha señalado el Tribunal Supremo de Justicia en su Sala de Casación Civil.

En este sentido para resaltar lo señalado anteriormente, se hace mención a la sentencia N° RC.000764 N° de Expediente número 13-398 Asunto: La caducidad como instituto de eminente orden público. Del 10 de diciembre del 2013. Magistrado Ponente: Luis Antonio Ortiz Hernández. Sala de casación civil, cuyo extracto indica lo siguiente:

(...) la caducidad de la acción constituye materia de orden público, y el juez está facultado para declararla de oficio en cualquier estado y grado de la causa cuando verifique su existencia, al estar indefectiblemente ligada a la acción y no a la cuestión de fondo que se debate, dado que extingue la acción, y si ésta se ha perdido no podrá sentenciarse el fondo, sin importar en qué estado procesal, o en cual momento del juicio se extinguió la acción. Por consiguiente, cada vez que el juez constata que la acción se extinguió, de oficio debe declarar tal situación, ya que el derecho a movilizar a la administración de justicia, en una causa particular, se ha perdido, al no poder existir fallo de fondo, y la extinción de la acción es independiente de los alegatos que se susciten con motivo de la contestación de la demanda, o de los informes (...)

Lo significativo de lo mencionado en el criterio anterior, es la declaración de que la caducidad es de orden público y en ese sentido como requisito de declararla de oficio se en cualquier estado y grado señala que esta debe estar ligada a la acción y no al fondo de la cuestión. resaltando la importancia de la extinción de la acción que al darse no permite sentenciar sobre el fondo de la causa. En este orden también la misma sentencia señala lo siguiente como asunto de la prescripción extintiva, a saber:

La prescripción extintiva, es un medio de extinción de las obligaciones tanto personales como reales, y tal extinción atañe al poder de exigencia y coercibilidad que tiene el acreedor respecto a la misma, es decir, la posibilidad jurídica de reclamar el cumplimiento de la obligación la cual se ve afectada por el transcurso del tiempo sin que se ejercite su reclamo.

(...)

En consecuencia, la prescripción de la acción no comporta materia de orden público, como si lo comporta la caducidad de la acción, y por ende, si la prescripción extintiva de la acción no fue opuesta en la contestación a fondo de la demanda, dicho derecho es tácitamente renunciado por el demandado, en conformidad con lo estatuido en los artículos 1954 y 1956 del Código Civil (...)

Evidentemente en este caso, el tiempo es el elemento fundamental para el vencimiento del derecho de reclamar el cumplimiento de obligaciones, entonces cuando prescribe la acción no se considera como materia de orden público, por el contrario, no oponerla en el momento de la contestación a fondo de la demanda permite establecer como renuncia al ejercicio de esta figura, no teniendo el demandado oportunidad de ejercerlo luego de ello.

Así las cosas, surge una tercera institución jurídica que pudiese presentar inconveniente y a la vez generar problema por el efecto que produce, ya que dicho vocablo el *-tiempo-*, juega un papel fundamental en el curso del proceso y se refiere a la perención de la Instancia, que suele confundirse con la caducidad o prescripción. La perención consiste en la extinción del proceso por el transcurso del tiempo previsto en la ley, sin que se hubiese verificado acto de procedimiento capaz de impulsar el curso del juicio.

Este instituto procesal encuentra su justificación en el interés del Estado de impedir que los juicios se prolonguen indefinidamente, y de garantizar que se cumpla la finalidad de la función jurisdiccional, la cual radica en administrar justicia, y por otra parte en la necesidad de sancionar la conducta negligente de la (s) parte (s), por el abandono de la instancia y su desinterés en la continuación del proceso.

Encuentra su regulación legal en el Código De Procedimiento Civil venezolano (1966) en su artículo 267, el cual señala lo siguiente *"Toda instancia se extingue por el transcurso de un año sin haberse ejecutado ningún acto de procedimiento por las partes. La inactividad del Juez después de vista la causa, no producirá la perención"*. De la lectura del artículo ut supra se desprende o se extrae que es una sanción a la falta de impulso procesal. Sobre la Perención no se efectúa un análisis detallado por cuanto sería objeto de un ensayo minucioso y el punto estaba centrado en la Caducidad y Prescripción. Debe resaltarse lo señalado por Pardo (2012), quien en su trabajo resalta diferencias entre ambas figuras,

(...) resulta necesario establecer que, la prescripción es un medio de defensa y ésta debe ser alegada por quien quiere sacar provecho de ella, ataca la pretensión, a diferencia de la caducidad que debe y puede ser declarada de oficio, pues la misma es de orden público.

En este aspecto es importante rescatar que la prescripción se reconoce como defensa para un beneficio de quien la alega, en cambio la caducidad es declarada aun de oficio por ser de orden público. Se puede señalar entonces que, las figuras jurídicas mencionadas en este ensayo, son todas de orden público y por consiguiente pueden ser alegadas por las partes involucradas en algún proceso o pueden ser aplicadas por el juez de oficio, a fin de hacer respetar la tutela judicial efectiva que consagra nuestro texto constitucional y en evitar colocar el aparato jurisdiccional en movimiento de una manera innecesaria e inoficiosa. Por último, se pretende que los lectores al saber distinguir ambas instituciones puedan hacer un uso eficiente y leal en el ejercicio de la profesión, solo así se construye un Derecho Justo.

Conclusiones

Para finalizar se puede señalar que, la comprensión de los conceptos de caducidad y prescripción es fundamental para el ejercicio correcto de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones en Venezuela. Es importante estar atento a los plazos establecidos por la ley y, en caso de duda, consultar a un abogado para recibir asesoramiento legal.

Fundamentalmente en cuanto a la caducidad, se trata de una figura que prevé la extinción de un derecho o de una acción judicial por el mero transcurso del tiempo. En otras palabras, si no se ejerce un derecho dentro del plazo establecido por la ley, se pierde la posibilidad de hacerlo en el futuro. Por su parte, la prescripción es un mecanismo mediante el cual se extingue la obligación de pagar una deuda después de un cierto tiempo. En este caso, si el acreedor no ejerce su derecho a cobrar la deuda dentro del plazo establecido, pierde la posibilidad de hacerlo en el futuro. Es importante destacar que la ley establece plazos específicos para la caducidad y la prescripción, los cuales pueden variar según el caso concreto. Por eso, es por ello que, es necesario informarse adecuadamente y tomar las medidas necesarias para ejercer los derechos y cumplir con las obligaciones dentro de los plazos establecidos.

Referencias

Arcaya, M. (1966) Código de procedimiento Civil. Empresa El Cojo C. A., Caracas.

- Bello, H. (1942) Derecho Procesal Civil. Editorial Estrados, Caracas. 1969 [Tipografía América].
- Borjas, A. (1942) Comentarios al Código de Procedimiento Civil venezolano. Caracas, Imprenta Bolívar
- Cabanellas, G. y Alcalá-Zamora y Castillo L. (1979, Diccionario enciclopédico de Derecho usual. Tomos ii, iv, v y vi. 14.^a, Heliasta. Buenos Aires, 1979.
- Calamandrei, P. (1997).Elogio de los jueces escrito por un abogado. Librería El Foro. Trad. M. Ayerra Redín, S. Sentís Melendo y C. Finzi. Buenos Aires
- Calvo Baca, E. (1984) Código Civil venezolano (comentado y concordado). Editorial Libra. Caracas.
- La Roche, A. (1984) Derecho Civil 1. 2.^a, s/e. Maracaibo
- Mendoza, J. (1943) La defensa legítima del honor. En: Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal. Números 32-33. Caracas.
- Pardo, I. (2012) La Prescripción y La Caducidad para la Reclamación del Pago de las Prestaciones Sociales de los Trabajadores y de los Funcionarios Públicos (Análisis Jurisprudencial). Trabajo de grado para obtener el grado académico de especialista en Derecho del Trabajo. Universidad Central de Venezuela. Documento en línea. Disponible en: http://saber.ucv.ve/bitstream/10872/4220/1/T026800007428-0-indirapardo_finalpublicacion-000.pdf
- Tribunal Supremo de Justicia TSJ-2013) Sala de casación civil Venezuela. Sentencia: RC.000764 Expediente: N° 13-398 Disponible en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/diciembre/159508-RC.000764-101213-2013-13-398.HTM>

EL COSTE DEL DESPIDO INJUSTO EN ESPAÑA Y SU RECONFIGURACIÓN A LA LUZ DEL DERECHO INTERNACIONAL

THE COST OF UNFAIR DISMISSAL IN SPAIN AND ITS RECONFIGURATION IN THE LIGHT OF INTERNATIONAL LAW

Vicente Pedro Lafuente Pastor⁴

 <https://orcid.org/0000-0003-0091-450X>

Resumen

En el derecho del trabajo español, el despido improcedente es el no fundado en las causas que habilita al empresario para despedir, bien por motivos disciplinarios, bien por causa del funcionamiento de la empresa. También es el realizado sin respetar los requisitos formales establecidos. Cuando el despido es declarado improcedente, el empresario puede optar entre la readmisión del trabajador o, más frecuentemente, el abono de una indemnización topada en sus importes máximos en función de un baremo que tiene dos componentes automáticos: el salario y la antigüedad en la empresa. La norma laboral española sobre despido, pero también otras europeas como la francesa o la italiana están concitando una oposición creciente debido a su posible falta de encaje con normas internacionales, como la Carta Social Europea o el Convenio número 158 de la OIT, que exigen que la indemnización por despido sea adecuada, por lo que debe resarcir al trabajador de los perjuicios causados y ser disuasoria. La institución del control de convencionalidad cobra especial importancia como herramienta jurídica de inaplicación de la norma interna en favor de la internacional.

Palabras clave: despido; improcedencia; control de convencionalidad; indemnización adecuada.

Abstract

In Spanish Labour Law, unfair dismissal is one that is not based on the reasons that enable the employer to dismiss, either for disciplinary reasons, or because of the operation of the company. It is also the one carried out without respecting the established formal requirements. When the dismissal is declared unfair, the employer can choose between reinstating the worker or, more frequently, the payment of compensation capped at its maximum amounts according to a scale that has two automatic components: salary and seniority in the company. The Spanish labor law on dismissal, but also other European ones such as the French or the Italian are attracting a growing opposition due to their possible lack of fit with international standards, such as the European Social Charter or ILO Convention number 158, which require that compensation for dismissal be adequate, so it must compensate the worker for the damages caused and be dissuasive. The

⁴ Universidad de Zaragoza
Zaragoza-España
Correo: vlafuent@unizar.es

Recibido: 25-04-2023

Aceptado: 21-06-2023

institution of the control of conventionality takes on special importance as a legal tool for the non-application of the internal norm in favor of the international one.

Keywords: dismissal; unfairness; conventionality control; adequate compensation.

Introducción

El despido injustificado se denomina en la legislación laboral española como improcedente. En el momento presente, de la mano de la ratificación en 2021 por España de la Carta Social Europea, en su revisión de 1996 (Márquez, 2017), este instrumento internacional está gozando de una notoriedad sobresaliente, abriéndose el debate sobre la conveniencia de reformar el derecho positivo interno, en este caso el Estatuto de los Trabajadores, o de aplicar directamente el artículo 24 de la Carta, de dicción similar al artículo 10 del Convenio núm. 158 OIT.

La Carta Social Europea (1961), en su revisión de 1995 y por consiguiente en su artículo 24, sólo es directamente aplicable desde la ratificación por el Gobierno Español, publicada en el Boletín Oficial del Estado (BOE) el 11 de junio de 2021. Esa aplicación directa por los jueces nacionales debería ser además preferente en caso de colisión o discrepancia con una norma interna (artículo 96 de la Constitución española).

El artículo 24 b) de la Carta Social Europea (revisada) reconoce *el derecho de los trabajadores despedidos sin razón válida a una indemnización adecuada o a otra reparación apropiada*. El debate sobre su significado debe tener en cuenta la doctrina del Comité Europeo de Derechos Sociales, como órgano del Consejo de Europa que interpreta y aplica la Carta. La adecuación implicaría resarcir íntegramente el daño producido, ello en referencia a despidos no fundados, y ser disuasorio de decisiones empresariales extintivas basadas en la rentabilidad del incumplimiento unilateral del contrato. El alcance de esta norma europea, así interpretada, casa mal con un despido baremado y con topes máximos, como el improcedente en España.

La línea evolutiva paralela de varios países europeos es constatable, contemplando la evolución de las reformas laborales de España, Finlandia, Francia o Italia, promulgadas a raíz de la crisis financiera de 2007, y su leitmotiv común de flexibilización y minoración de las garantías en caso de despido injusto. Frente a ello, la firma y ratificación de estos Estados europeos del Convenio citado núm. 158 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y, sobre todo, de la Carta Social Europea revisada (CSE-r), están produciendo una reacción inversa, garantista de los

derechos laborales, en forma de pronunciamientos del Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS), de valor cuasi jurisdiccional, que vinculan a los Estados adheridos en su labor de interpretar las disposiciones de la Carta Social Europea, código de normas sociales imbricadas en el Convenio Europeo de Derechos Humanos del Consejo de Europa, emitidos a instancia de organizaciones sociales, principalmente sindicatos, mediante el procedimiento de reclamaciones colectivas.

En concreto, el derecho interno español podría estar contraviniendo el ordenamiento jurídico internacional, suscrito y ratificado en la forma debida por el Estado español. Los preceptos que cuestionarían la aplicación del Estatuto de los Trabajadores (artículo 56 ET) enfatizan la exigencia causal del despido: así, los artículos 4 y 10 del Convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo, el artículo 24 de la Carta Social Europea, revisada en 1995, o el artículo 30 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Muy especialmente, son contundentes en su doctrina las Decisiones sobre el fondo planteadas por organizaciones sindicales europeas ante el Comité Europeo de Derechos Sociales, que ha concluido con la falta de acomodo de los derechos nacionales de Finlandia, Italia o Francia a lo prescrito en el artículo 24 CSE-r.

Desarrollo

El dilema aplicativo de la normativa laboral

El derecho a una indemnización suficiente debe responder adecuadamente a los daños que sufre el trabajador. Esa es la tesis contenida en el Derecho supranacional, como hemos visto. El artículo 24 de la Carta Social revisada, establece que:

Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de los trabajadores a protección en caso de despido, las partes se comprometen a reconocer: a) el derecho de todos los trabajadores a no ser despedidos sin que existan razones válidas para ello relacionadas con sus aptitudes o su conducta, o basadas en las necesidades de funcionamiento de la empresa, del establecimiento o del servicio.

Consagrando el apartado b), que es que suele invocarse mayoritariamente, *el derecho de los trabajadores despedidos sin razón válida a una indemnización adecuada o a otra reparación apropiada.*

Y el convenio número 158 de 1982, sobre terminación de la relación de trabajo, establece en su artículo 10 que:

Si los organismos mencionados en el artículo 8 del presente Convenio [organismo neutral como tribunal, tribunal de trabajo, junta de arbitraje o árbitro] llegan a la conclusión de que la terminación de la relación de trabajo es injustificada y si en virtud de la legislación y la práctica nacionales no estuvieran facultados o no consideraran posible, dadas las circunstancias, anular la terminación y eventualmente ordenar o proponer la readmisión del trabajador, tendrán la facultad de ordenar el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada.

Por tanto, parece que hay argumentos suficientes, en forma de legislación común e instrumentos internacionales, para determinar la aplicabilidad directa y la concreción de esa *indemnización adecuada o reparación apropiada*. La *reparación apropiada* no es estrictamente la restitución íntegra del daño civilístico, pero debiera obligar a un esfuerzo de interpretación no cicatera, tanto al legislador nacional, como al órgano controlador de su constitucionalidad.

La previsibilidad que es regla común en los ordenamientos jurídicos europeos al adoptar unos límites máximos para el despido puede no estar exenta de legitimidad. Consiste, para el empleador, en calcular previamente el monto de la indemnización a la que estaría expuesto en caso de despido sin causa real y grave. Se supone que debe evitar el pago de una compensación inesperada que probablemente cause dificultades económicas a la empresa. Es cierto que no puede haber una protección adecuada con un déficit en el desempeño económico de la empresa. Y, sin embargo, la fijación del límite de la indemnización por despido claramente se hace para eludir el derecho a una indemnización adecuada por el daño sufrido injustamente por el empleado despedido, impidiendo al mismo tiempo el arbitrio judicial y la aplicación del principio de proporcionalidad, y dando el visto bueno a que un acto contrario a derecho (el despido sin causa seria y fundada) sea objeto de previsión financiera.

En la tesis de esta exposición, la controversia está servida. Debe reflexionarse sobre si se puede mantener incólume la legislación positiva española que, desde el Estatuto de los Trabajadores de 1980, sanciona el despido improcedente con una indemnización económica baremada en función del salario del trabajador y de la antigüedad en la empresa. Y ello, ante el espejo de una normativa internacional, ratificada por el Estado español que exige, primero, la

adecuación de esa indemnización a los daños producidos por el despido injusto; segundo, su carácter apropiado, que no puede descartar la readmisión del trabajador como sanción, al menos en algunos supuestos; tercero, su carácter disuasorio, para que un despido sin causa real, fraudulento o abusivo no tenga un carácter beneficioso para el empleador.

El refuerzo más notable de la tesis internacionalista ha venido dado por la pretensión de aplicación directa del artículo 24 CSE-r, sumado a la beligerancia de las Decisiones del CEDS, muy favorables al descarte de las normativas internas que no despliegan los efectos directos y de alcance amplio pretendidos por la Carta.

Así las cosas, según Jimena (2022) “el valor jurídico de las Decisiones del Comité Europeo de Derechos Sociales está cada vez más consensuado por la doctrina”. Como manifestación primaria de la Carta Social Europea, la fuerza vinculante de sus resoluciones son consecuencia del carácter imperativo del Tratado. La Sentencia del Juzgado de lo Social (SJS) núm. 4 de Toledo de 18 de febrero de 2022, núm. 54/2022 considera, por ejemplo, que “la Carta Social Europea es una norma que forma parte de Derecho interno y que tiene el mismo valor vinculante que los Tratados de la Unión Europea”. Esta tesis se reafirmaría por la aplicación de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, pero también por la propia regulación citada en la Constitución española. La naturaleza preceptiva de la CSE como tratado internacional se extendería también a sus resoluciones que, en el plano nacional de vinculación a los poderes públicos, integraría el mecanismo del control de convencionalidad, y en el ámbito del propio tratado europeo, afectaría al Comité de ministros y organigrama del Consejo de Europea.

La normativa internacional iuslaboralista en materia de despido injustificado

Hay que reconocer que existe una contradicción manifiesta entre el artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores (ET) y los tratados internacionales afectantes, el Convenio OIT núm. 158 de 1982, y el artículo 24 CSE revisada de 1996. La primera consideración que merecen ambos instrumentos internacionales es su gran semejanza. Ello no es casual, dado que los propios informes previos a la revisión de la Carta reconocen como referencia lo dispuesto en el Convenio de la Organización Internacional de Trabajo. En relación con el artículo 10 del Convenio 158 OIT, ya se ha visto que la conclusión de que la terminación de la relación de trabajo es injustificada y

si, en virtud de la legislación y la práctica nacionales, no se pudiera anular la terminación y ordenar o proponer la readmisión del trabajador, rige la facultad de ordenar el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada. Conceptos jurídicos indeterminados, el de indemnización adecuada y reparación apropiada, cuyo alcance deberá concretarse en las propias resoluciones judiciales.

Por su parte, el artículo 24 CSE, revisada en 1996, regula el derecho a la protección en caso de despido, estableciendo que “para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de los trabajadores a protección en caso de despido, las partes se comprometen a reconocer: “b) el derecho de los trabajadores despedidos sin razón válida a una indemnización adecuada o a otra reparación apropiada”.

La Carta Social Europea original (CSE) fue ratificada por España el 6 de mayo de 1980, mediante instrumento de 29 de abril (BOE 26 junio 1980) entrando en vigor en España el 5 de junio de ese mismo año. Su Parte II contiene un amplio rango de derechos laborales y sociales. Previamente a la regulación de esos derechos, se establece la regla siguiente: “Las partes contratantes se comprometen a considerarse vinculadas, en la forma dispuesta en la parte III, por las obligaciones establecidas en los artículos y párrafos siguientes”. Por tanto, parece claro la vinculación jurídica de sus preceptos, siguiendo las pautas fijadas en la Parte III.

De la aplicación conjunta del artículo 96 de la Constitución española y de lo dispuesto en la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, se desprende que los tratados internacionales son de aplicación directa, a menos que de su texto se deduzca que dicha aplicación queda condicionada a la aprobación de las leyes o disposiciones reglamentarias pertinentes, tal y como reza el artículo 30.1 de la Ley 25/2014.

El objeto de regulación en la CSE es el despido sin razón válida, similar a la extinción del contrato de trabajo injustificada que señala el Convenio OIT. Igualmente, que éste, reconoce el derecho a lo que serán constantes aplicativas en las Decisiones del CEDS y en los propios tribunales nacionales de los Estados firmantes. Por un lado, se requiere que la indemnización sea adecuada; por otro, se abre la posibilidad de otra reparación, siempre que sea apropiada. En principio, acudiendo al diccionario de la Real Academia de la Lengua española, adecuado es apropiado para alguien o algo. Serían términos sinónimos. Adecuar, además, es “adaptar algo a las necesidades o condiciones de una persona o de una cosa”, lo que indica que una indemnización

adecuada debe adaptarse a las necesidades o condiciones de la persona trabajadora, es decir, debe singularizarse en ciertos casos. Esa flexibilidad o ajuste no se corresponde con criterios automáticos en función, por ejemplo, de la antigüedad en la empresa, como ocurre en el caso de España y otros muchos países. Lo mismo ocurre cuando se habla de la *reparación apropiada*, que gramaticalmente lleva a la necesidad de que sea ajustado y conforme con las condiciones o necesidades de alguien, en este caso, la persona despedida y, por ello, requiere una cierta individualización, que tenga también en cuenta la onerosidad del despido y el perjuicio causado. Pues se hace referencia a la compensación que trae causa de un hecho injusto que pone fin infundadamente a una obligación jurídica personalísima y sinalagmática, como es el caso de la relación laboral.

Por último, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2010), promulgada con ocasión del Tratado de Lisboa, adapta y sustituye a la proclamada el 7 de diciembre de 2000. Aunque no forma parte de los Tratados de la Unión Europea (UE), por remisión del artículo 6 del Tratado de la UE, es vinculante para todos los Estados miembro. Y así, se dice, la Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados. En su Preámbulo, la CDFUE reafirma los derechos que emanan, en particular, de las tradiciones constitucionales y las obligaciones internacionales comunes a los Estados miembros, del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, las Cartas Sociales adoptadas por la Unión y por el Consejo de Europa, así como de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por lo que integra en su acervo jurídico los compromisos internacionales de los Estados y las Cartas Sociales adoptadas por la Unión y por el Consejo de Europa. En su artículo 30 dispone que “todo trabajador tiene derecho a protección en caso de despido injustificado, de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales”. Por lo que, en la remisión que se hace en la Exposición de Motivos a integrar las Cartas Sociales adoptadas tanto por la Unión como por las Cartas sociales del Consejo de Europea, acoge las mismas disposiciones vistas del Convenio de la OIT y de la CSE-r

El Derecho comparado. El valor de la doctrina del Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS)

El caso de Finlandia

Como primer hito, se trae a colación a la Queja 106/2014, en el caso de la Finnish Society of Social Rights (Sociedad Finlandesa de Derechos Sociales) contra Finlandia, con decisión sobre su admisibilidad y fondo de la cuestión de 8 de septiembre de 2016. Finlandia había dado una nueva redacción a la Employment Contracts Act 55/2001 mediante la Act 398/2013. La Sociedad Finlandesa de Derechos Sociales argumenta que la situación en Finlandia es contraria al artículo 24 de la Carta por dos motivos: la cuantía de la indemnización que pueden sancionar los jueces no puede superar el equivalente a 24 mensualidades de salario, y la ley finesa no prevé posibilidad alguna de reingreso en caso de despido improcedente.

El CEDS resuelve sobre la admisibilidad y el fondo en decisión citada de fecha 8 de septiembre de 2016, y determina que la limitación legal máxima de 24 meses de retribución prevista en la Ley finlandesa es una compensación insuficiente y está en contra del artículo 24 de la Carta, por ser inadecuada “to make good the loss and damage suffered” (para compensar la pérdida y el daño sufridos). Este límite máximo no satisface el resarcimiento del daño sufrido por la pérdida del empleo, por lo que no es suficientemente disuasivo, se dice. Para garantizar que las indemnizaciones sean adecuadas o apropiadas, el juzgador debe poder valorar todas las circunstancias presentes en cada caso, sin sujeción a márgenes. En la Ley española, el vigente Estatuto de los Trabajadores, establece un tope idéntico de 24 mensualidades para el despido improcedente, por lo que las semejanzas con el caso finés son evidentes.

En cuanto al segundo motivo, referente a que la normativa contemple como posible consecuencia jurídica en caso de despido improcedente el reintegro del trabajador, el CEDS declara que, si bien es cierto que el artículo 24 de la Carta no se refiere expresamente al reintegro, sí se refiere a una indemnización u otro remedio adecuado. El Comité considera que otra reparación adecuada debería incluir la restitución como uno de los recursos disponibles para los tribunales nacionales. Corresponde a los tribunales decidir si la recolocación es adecuada, en función del caso particular.

El precedente de Italia

La decisión sobre el fondo del asunto de 11 de septiembre de 2019, en la Reclamación 158/2017, Asunto CGIL contra Italia, aborda la adecuación de las indemnizaciones previstas por despidos improcedentes en el sector privado, a raíz de la publicación del Decreto Legislativo número 23/2015 “*Disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti (plafond progressivo)*”, norma integrada en la reforma laboral, promovida por el Gobierno de Renzi, a través de varias disposiciones legislativas que pretendían flexibilizar el mercado de trabajo.

El Comité Europeo de Derechos Sociales, en su Decisión de 11 de septiembre de 2019, ampara la pretensión del sindicato italiano Confederazione Generale Italiana del Lavoro (CGIL), determinando que la asignación global por despido injusto sobre la base exclusiva de la antigüedad de los años de servicio, para los trabajadores contratados después del 7 de marzo de 2015, por aplicación del citado Decreto Legislativo núm. 23/2015, es contraria a la CSE, en tanto que el juzgador no podía evaluar el daño realmente infringido al trabajador, por lo que debía poder complementar esa cantidad, si lo estimaba necesario.

Aunque hay que decir que esta naturaleza automática del cálculo del importe de las indemnizaciones ya no es absoluta en Italia, tras la sentencia del Tribunal Constitucional italiano número 194/2018, autorizando al juez a sopesar otros criterios, amén de la antigüedad en la empresa, como el número de trabajadores, tamaño de la empresa, conducta de las partes, etc. Pero subsiste íntegramente otros motivos de queja como los topes máximos de la indemnización en los despidos ilegales, o las restricciones para proceder a la readmisión del trabajador en la empresa, unido a la pobre protección social de los trabajadores despedidos, y el uso abusivo de los mecanismos de conciliación, como herramienta que favorece principalmente al empresario. Y ello en un marco jurídico-laboral, como el italiano, que modula de forma extraordinaria las tipologías de despidos y sus consecuencias jurídicas.

El Comité recuerda que la CSE establece que los despidos ilegales deben obtener una compensación apropiada, y la posibilidad de readmisión o, al menos, una indemnización que permita disuadir al empleador de utilizar indebidamente el despido, así como compensar el daño sufrido al trabajador. El CEDS considera, por todo ello, que los límites máximos o techos indemnizatorios que desvinculan la indemnización fijada del daño sufrido, no es disuasoria y, por

tanto, sería contraria al artículo 24 de la Carta, como de alguna manera ya viene a decir también la sentencia del Tribunal Constitucional 194/2018.

La otra cuestión que se opondría a la Carta es el sistema de conciliación extrajudicial. La evitación del proceso judicial para descargar de trabajo a los tribunales, buscando una solución autónoma del conflicto, es legítima, pero el CEDS cuestiona que ello se haga a expensas de los derechos subjetivos que ampara la Carta. Por esos dos motivos, el CEDS considera admisible la queja del sindicato italiano, confirmando la tesis de la no conformidad con el artículo 24 de la Carta Social Europea (revisada).

El Comité va a reprochar que no sólo no se permita la reincorporación del trabajador, salvo supuestos excepcionales, en una vuelta de tuerca regresiva al famoso artículo 18 del *Código di Lavoro* italiano, sino que las indemnizaciones previstas, distintas según los supuestos, no cubran las pérdidas económicas sufridas por el trabajador, y tampoco puedan complementarse con el resarcimiento por daños y perjuicios previsto para la responsabilidad civil en el artículo 1418 del Código Civil italiano.

En este contexto, la decantación hacia los cánones económicos empresariales en lo debería ser un ejercicio de justicia conmutativa en los despidos, impide ahorrar los intereses en juego de forma equilibrada. Al juzgador italiano (mediante la promulgación de la «Jobs Act») y al español (mediante la reforma laboral de la Ley 3/2012), se les quiere poner trabas para elegir el modo de restitución y modular la cuantificación del daño al trabajador despedido. Se trata, por el legislador, de apostar por un resarcimiento predeterminado y con techos legales, por lo que no podemos decir que estemos ni ante una tutela específica, ni ante una tutela «per equivalente» (Perulli, 2019).

La reclamación de los sindicatos franceses

Posteriormente a la Reclamación colectiva del CGIL italiano, tuvieron lugar las Reclamaciones 160/2018 (CGT-FO c. Francia) y 171/2018 158/2017 (CGT c. Francia), de los sindicatos franceses Confédération Générale du Travail (Confederación General del Trabajo), y Confédération Générale du Travail Force Ouvrière (Fuerza Obrera) en un doble escenario, la OIT y el CEDS.

Respecto del primero, la Organización Internacional del Trabajo, el Consejo de Administración de la OIT, mediante informe del director general, adoptó, con fecha 16 de febrero de 2022, el que daba respuesta a la reclamación interpuesta el 31 de enero de 2017 por ambos sindicatos franceses. Los agentes sociales denunciaban la vulneración por parte del Estado francés del Convenio número 158 OIT, con motivo de la promulgación de la orden número 2017-1387, de 22 de septiembre de 2017, relativa a la previsibilidad y la protección de las relaciones de trabajo (Ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail), que modificó el artículo L1235-3 del Código del Trabajo francés (plafonnement des indemnités pour licenciement abusif).

Con la modificación, los jueces pierden su capacidad de arbitrio para determinar la indemnización del trabajador en caso de despido injusto, atendiendo al perjuicio causado, estableciéndose unos rangos u horquillas como método de valoración. El Comité de la OIT afirma que dicho método no garantiza siempre que el perjuicio causado sea reparado, atendiendo a parámetros como la antigüedad del trabajador, la posibilidad de encontrar nuevo empleo, o la situación familiar, entre otros factores. También el carácter limitativo de la horquilla, que impide superar los 20 meses de indemnización, refuerza el impedimento para que el juez pueda tener en cuenta situaciones individuales.

Con todo, el Comité de la OIT no es taxativo en cuanto a la no conformidad de la norma francesa con el artículo 10 del Convenio 158 OIT, indicando de forma ambigua que «la conformidad de una escala y, por tanto, de un tope máximo, con el artículo 10 del Convenio depende de que se garantice una protección suficiente a las personas injustamente despedidas y de que se abone, en todos los casos, una indemnización adecuada, recomendando al Gobierno francés que supervise conjuntamente con los agentes sociales, a intervalos regulares, la aplicación de la norma para comprobar que los despidos se indemnizan teniendo en cuenta la reparación adecuada que prescribe el artículo 10 OIT. Para entender este informe, no debe perderse de vista el carácter tripartito de la Organización (representaciones gubernamentales, sindicales y empresariales) y su derivada de componedor de intereses contrapuestos. Los Convenios a menudo adolecen de un carácter programático, abierto y proclive al consenso, y sus órganos de control deben consensuar opiniones enfrentadas y ofrecer textos asumibles por todos.

En cuanto al segundo de los escenarios, el del Comité Europeo de Derechos Sociales, el pronunciamiento es menos transaccional y más concluyente. Mediante la Decisión de fondo de 23 de marzo de 2022 se concluye la vulneración del artículo 24b de la CSE. Los sindicatos franceses denunciaban las reformas en la ordenación del despido llevada a cabo por la citada Ordenanza núm. 2017-1387, de 22 de septiembre de 2017, relativa a la previsibilidad y protección de las relaciones de trabajo, modificando al artículo L.1235-3 del Código del Trabajo. (plafonnement des indemnités pour licenciement abusif).

Con anterioridad a esta norma, los jueces, en la estimación de las indemnizaciones atendían al perjuicio causado. Había importes mínimos indemnizatorios (6 meses de salario) pero no máximos en los despidos sin causa real y grave. El nuevo Artículo L.1235-3 (y sus párrafos) del Código del Trabajo modificado por el artículo 2 de la Ordenanza núm. 2017-1387 y el artículo 11 de la Ley núm. 2018-217 va a disponer la posibilidad de readmisión del trabajador, aunque cualquiera de las partes puede oponerse, con lo que el juez determinará entonces una indemnización con unas horquillas mínimas y máximas establecidas, según la antigüedad del trabajador y el número de trabajadores de la empresa.

El Comité, siguiendo su propia doctrina que trae causa de la Decisión del caso Sociedad finlandesa de derechos sociales vs. Finlandia, Queja núm. 106/2014, en la que ya expresaba que el límite máximo de 24 meses previsto por la legislación finlandesa era insuficiente porque no permitía otorgar una compensación adecuada, tal y como prescribe el artículo 24 de la Carta, reitera que, siendo que en la legislación francesa el límite máximo no supera los 20 meses y sólo se aplica a partir de los 29 años de antigüedad, debe predicarse la misma insuficiencia. La escala es menor para los empleados con poca antigüedad y para los que trabajan en empresas de menos de 11 empleados.

Además, la propia previsibilidad de la indemnización la convierte en una rémora para evitar los despidos frente a otras medidas menos traumáticas. Se convierte en un incentivo para que los empleadores despidan injustificadamente, realizando un estudio apriorístico de coste-beneficio, analizando la carga financiera que representa. Finalmente, el tope máximo de la escala de indemnizaciones impide al juzgador conceder indemnizaciones superiores que tengan en cuenta la situación personal del trabajador. Estos límites máximos previstos en el artículo L.1235-3 del código del Trabajo no serían suficientemente elevados para reparar el daño sufrido por la víctima

y, por ello, no son disuasorios para evitar un despido injustificado. Además, el juez tiene sólo un estrecho margen de maniobra en el examen de las circunstancias individuales de los despidos injustificados.

La reforma francesa intenta incentivar la certidumbre empresarial y facilitar la contratación. Pero ligar la indemnización por despido injustificado o incluso ilícito a las previsiones económicas de cálculo sobre la rentabilidad de realizar un acto contrario a derecho, parece criticable. Lo que ocurre cuando el empresario sabe la indemnización máxima que, en todo caso, debe sufragar. Se trata con la reforma de reducir el poder discrecional de los jueces (Jeammaud, 2017).

Debe recordarse que la Carta Social Europea se constituye en instrumento complementario del Convenio Europeo de Derechos Humanos en la esfera de los derechos sociales y económicos. Como texto internacional, es jurídicamente vinculante para los Estados que la firman y ratifican. Francia firmó la Carta revisada en 1996 y la ratificó en 1999. En todo caso, la voluntad de legislador francés, bendecida por el interés general al que apela el Consejo Constitucional, es evitar indemnizaciones imprevisibles, dispares o que constituyan una losa para la viabilidad de la empresa. Pero es evidente que ese objetivo puede obtenerse cabalmente, confiando en una jurisprudencia que tiende a asentar su criterio judicial en razones ponderadas. No es, por ello, extraño que se haya generado cierta rebeldía en los tribunales laborales franceses, mediante sentencias contrarias a estos planteamientos uniformizadores y tasados que cercenan la restitución íntegra de los perjuicios causados al trabajador (Dagbedji, 2020).

Estas resoluciones judiciales pugnan por volver a la situación anterior a la reforma, en las que los jueces tenían el poder de controlar la adecuación de la indemnización a los perjuicios causados al trabajador. Para ello, algunos tribunales invocan el control de convencionalidad: Conseil des Prudhommes de Lyon, 21 de diciembre de 2018, nº 18/01238 y Conseil de Prud'hommes des Sables d'Olonne de 28 de junio de 2021, nº 19/00053. Se trata de no favorecer a los incumplidores de los contratos laborales frente a las víctimas, lo que resulta inequitativo (Tribunal laboral (Conseil des Prudhommes) de Troyes, núm. 18/00036, de 18 de diciembre de 2018).

Doctrina judicial de resistencia, apoyada incluso por tribunales de apelación galos, que hace prevalecer las normas internacionales. Así, el Tribunal de Apelación de París, en su sentencia número 19-08.721, de 16 de marzo de 2021, rechaza la escala impuesta por el artículo L.1235-3,

amparándose en el artículo 10 del Convenio número 158 OIT, y teniendo en cuenta la situación «concreta y particular» del trabajador despedido injustamente. Considera que el baremo previsto en el Código de Trabajo representa, en el supuesto examinado, «apenas la mitad del perjuicio sufrido en términos de reducción de recursos financieros desde el despido». Esta sentencia arbitra el llamado control de convencionalidad *concreto* para inaplicar el baremo (Rojo T, 2022).

Así las cosas, se está ante una doctrina judicial menor que choca con la supremacía de las tesis favorables a estos baremos máximos, apoyada en la doctrina constitucional francesa, que defiende la tesis de la previsibilidad absoluta del coste del despido injusto. En efecto, estas tesis de aplicación del control de convencionalidad han sido abortadas en el Alto Tribunal Francés. La Cour de Cassation ha publicado dos sentencias, en el mismo sentido, de 11 de mayo de 2022 (núm. 21-14.490 y 21-15.247), en las que, aun admitiendo el efecto directo del Convenio núm. 158 OIT entre particulares (empresario y trabajador) sin necesidad de actos complementarios del ordenamiento jurídico interno, considera que la legislación laboral francesa es respetuosa con este Tratado (ya se ha citado la poca contundencia del Informe de la OIT sobre Francia).

En este orden de ideas, lo más negativo para los partidarios de la tesis internacionalista, es que, desviándose de la doctrina de los tribunales inferiores, no considera que los jueces deban realizar un control de convencionalidad, para evitar incertidumbre y situaciones desiguales entre trabajadores, y afirma que la CSEr tiene carácter programático, por lo que no puede ser invocada entre particulares; finalmente, tilda de no vinculantes las Decisiones sobre el fondo del CEDS, por lo que no tendrían fuerza de obligar. Es sintomático el criterio diferente que se sigue respecto al Convenio 158 OIT, que sí sería vinculante y de efecto directo, aunque la moderación de los postulados interpretativos de su Comité los haga compatibles con la ordenación jurídica francesa, y la más expeditiva doctrina del CEDS aplicando la CSEr, que simplemente rechaza o, al menos, devalúa. Lo que debe considerarse criticable desde el momento en que la redacción de los artículos concernidos del Convenio 158 OIT y de la CSEr son prácticamente iguales, valorándose, no obstante, de forma muy distinta.

Así pues, la desjudicialización promovida por el derecho laboral galo estaría encontrando así serias resistencias, sustentadas en los principios del derecho civil de restitución íntegra de los daños, y en la primacía y efecto directo de las normas internacionales ratificadas por Francia. Mediante la aplicabilidad de la norma, matizada por las circunstancias concretas de los casos, los

tribunales laborales regionales no se están conformando con la eliminación de la libertad de apreciación del juzgador ni con la prohibición de una compensación adecuada por el daño infringido al trabajador (Malfettes, 2018). Se estaría operando, en este segundo nivel judicial de los *Conseil des Prud'hommes* una rejudicialización, reivindicando esta facultad inherente de juzgar, más allá de los automatismos de aplicación literal de la norma y del intento legislativo de embridar la libertad de apreciación de los jueces y de prohibir evaluar una indemnización adecuada a los perjuicios causados a los asalariados por un despido injusto.

Las quejas formuladas desde España

El Comité Europeo de Derechos Sociales, el 3 de octubre de 2022, ha admitido la reclamación formulada por el sindicato español Unión General de Trabajadores (UGT) con fecha 24 de marzo de 2022 contra la actual regulación del despido en España. Una vez que el Gobierno español y las organizaciones empresariales han alegado, oponiéndose a dicha reclamación, corresponde al CEDS fijar una Decisión, que es previsible que se decante hacia la tesis sindical, teniendo en cuenta los precedentes italiano y francés.

Así las cosas, la Unión General de Trabajadores (2022) pone el acento en la insuficiente reparación económica que supone el despido improcedente y su falta de proporcionalidad con los daños ocasionados, sobre todo para los trabajadores con una antigüedad pequeña en la empresa. Además, constata la devaluación progresiva del coste del despido en las últimas décadas, sobre todo a raíz de la última gran reforma laboral, llevada a cabo mediante Ley 3/2012, como reacción a la crisis económica de 2007-2008.

Continuando con la idea anterior, la reforma laboral de 2012 devaluó el coste del salario, mermando la indemnización económica por despido improcedente, que pasó de 45 días por año de servicio con un máximo de 42 mensualidades, a 33 días por año de servicio con un máximo de 24 mensualidades. Pero también suprimió en la mayoría de los supuestos los salarios de tramitación, flexibilizó las causas de los despidos objetivos, basados en motivos de funcionamiento de la empresa, automatizó los supuestos aliviando la causalidad exigida e intentó suprimir el canon de razonabilidad de los jueces para ponderar la legitimidad del despido objetivo. En definitiva, creó un marco favorable al empresario con el objetivo de generarle confianza y promover la

contratación, aunque lo cierto es que facilitó la flexibilidad externa frente a la interna, más respetuosa con la protección del trabajo.

La desvaloración de la causa en el despido, e incluso la propia existencia del despido fraudulento o prescindiendo de los trámites formales, aboca a la improcedencia, por lo que la arbitrariedad en la decisión de despedir no se sanciona adecuadamente, en el contexto de una regulación con indemnizaciones menguantes, como consecuencia de las reformas habidas. Por su parte, el sindicato Comisiones Obreras ha seguido idéntico camino, formulando, asimismo, con fecha 17 de noviembre de 2022, Reclamación colectiva por violación, por parte del Estado español, del artículo 24 de la Carta Social Europea Revisada.

Así mismo, se pide que se dicte una Decisión de fondo en el que se dicte, entre otros extremos, una Declaración de no conformidad de la legislación española con artículo 24 b. CSE, al no permitir al órgano judicial valorar la readmisión como vía de reparación adecuada ante el despido injusto, al margen de las circunstancias y la conducta de las partes, especialmente cuando se constate que el despido es una actuación fraudulenta para conseguir la expulsión de la persona trabajadora de su actividad laboral. Se pide asimismo una Declaración de no conformidad por no garantizar en el despido improcedente con opción por la extinción, el reembolso de las pérdidas financieras sufridas entre la fecha del despido y la decisión del órgano judicial que declare el despido injusto, incluyendo los costes derivados de la cotización a la Seguridad Social (lo que en España se llaman salarios de tramitación).

Se reclama también por la insuficiente cuantía de la indemnización para reparar los perjuicios sufridos por el despido injusto, ante la imposibilidad de reclamar una indemnización adicional vinculados a los daños efectivos (daño emergente y lucro cesante, así como los daños morales), lo que igualmente ha de aplicarse al caso en que la persona es la que promueve la extinción del contrato, ante los incumplimientos graves del empresario, por la falta de pago de salarios, o la lesión de los derechos básicos de la persona trabajadora que legitiman la resolución contractual por culpa grave de la empresa.

Control de convencionalidad y constitución social

La institución del control de convencionalidad cobra forma jurídica en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Caramillo, L, y Rosas, E., 2016). Fue su sentencia de 26 de septiembre de 2006, en el asunto *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, la que introdujo la consideración de que la ratificación de un Tratado por un Estado conlleva el que sus juzgadores y tribunales se vinculen a dicho Instrumento, y sometidas sus disposiciones, exigiéndoles velar y supervisar para que sus efectos jurídicos “no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin”, que desde su inicio carecerían de efectos jurídicos.

Lo que aclara la sentencia es que el poder judicial debe ejercer lo que denomina una especie de *control de convencionalidad* entre las normas internas que se aplican en los casos concretos y el tratado en cuestión, que en aquel pronunciamiento era la Convención Interamericana de Derechos Humanos. No sólo eso, sino que el poder judicial debía asimismo someterse a la interpretación privilegiada del Tratado por parte del órgano judicial internacional, la Corte Interamericana, como interprete máximo de la Convención Interamericana (párrafo 124 de la Sentencia).

Esta sentencia será citada como pionera en otras posteriores, como la del Caso *Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina*, en sentencia de 29 de noviembre de 2011, repitiendo en su párrafo 93 que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias, a las que se privaría de efectos jurídicos.

Así las cosas, en el área del derecho del trabajo, la inaplicación por los tribunales ordinarios de la norma nacional en materia de despidos y la aplicación directa de los Convenios Internacionales se acogería también a ese control de convencionalidad, y la traslación de la prevalencia aplicativa de los Tratados Internacionales se sustanciaría, en el caso que nos ocupa, en los Convenios de la OIT, en la CSE o en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. En la consideración de que los intérpretes «privilegiados» de esas normas internacionales serán también los organismos judiciales internacionales competentes, con preferencia a los nacionales.

Con carácter general, la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 140/2018, de 20 de diciembre reconoció en España por primera vez la admisibilidad del control de convencionalidad difuso por los jueces ordinarios, no solo el concreto que se atribuiría al órgano interprete de la Constitución, el propio Tribunal Constitucional (TC). La aplicación directa del instrumento internacional llevaría aparejada la inaplicación de la norma interna.

Esta admisión tardía por el Tribunal Constitucional del control de convencionalidad difuso tiene varias explicaciones: el recelo judicial a la admisión de fuentes externas, en cuanto alteración del sistema tradicional de fuentes, y la desconfianza hacia jurisdicciones no tan consolidadas o conocidas como otras que sí lo están en España, (v.g. la de la Unión Europea, a través de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) y del mecanismo de la cuestión prejudicial), o la imputación de un déficit de legitimación democrática hacia la instancia judicial interna que inaplique una norma emanada de la soberanía popular.

Pero estos argumentos son claramente rebatibles. El propio artículo 10.2 de la Constitución española establece que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España. Esta previsión no es aislada en el Derecho comparado. En la Constitución de Venezuela en su artículo 23y en las de otros muchos países latinoamericanos, los tratados internacionales forman parte del ordenamiento jurídico interno y se constituyen en fuente de derecho constitucional, integrándose en ese bloque constitucional de derechos fundamentales (Belaunde, 2015).

Además, no es defendible privar a los derechos sociales de su consideración como parte de los derechos y libertades que la propia Constitución reconoce, en base a la legitimidad de una constitución social, frente o junto a una constitución económica (Lafuente, 2021). Las restricciones al control judicial chocan con límites infranqueables, como son los constitucionales y los derivados de los instrumentos internacionales ratificados por España. En efecto, hay que subrayar que hay un fundamento normativo programático clave en nuestra bóveda constitucional: España se constituye en su artículo 1 en un Estado *social* y democrático de Derecho, pasando, por cierto, dicha mención en los años noventa del siglo pasado a las nuevas Constituciones de la América hispana: Colombia en 1991 (artículo 1), Paraguay en 1992 (artículo 1) o Venezuela en 1999

(artículo 2). Y en su artículo 35, la Constitución española (CE) contempla el derecho al trabajo, al menos con el mismo estatuto de cobertura y protección que el artículo 38, que reconoce la libertad de empresa y la defensa de la productividad, en su Título I.

A este respecto, no es baladí insistir en el flujo de la doctrina constitucionalista que se manifiesta en este sentido, precisamente para establecer límites legales al despido. En primer lugar, el artículo 35 CE tiene una perspectiva bifronte, como derecho al trabajo, pero también como limitación legal del despido y como sujeción para su licitud a condiciones de fondo y forma, como razona la STC 192/2003, de 27 de octubre. En segundo lugar, un modelo definido de constitución social significa que no cabe relegar absolutamente a la normatividad ordinaria el alcance del hecho laboral, o su supeditación a la constitución económica, con prioridades excluyentes enmarcadas en el estímulo a la contratación, la productividad, la confianza empresarial o la certidumbre del coste de los despidos. El riesgo de dilución de los derechos sociales, sin el amparo del armazón constitucional y de los instrumentos internacionales, sería máximo.

El coste del despido injusto en España y su reconfiguración a la luz del Derecho Internacional

En la correlación que suele darse en España entre crisis económicas y reformas laborales, como instrumentaciones jurídicas que palién los efectos de mortandad empresarial y paro masivo de la población asalariada, la crisis financiera de 2007 tuvo su traslación en una reforma laboral de 2010, que pronto se descartó por poco ambiciosa, dejando paso, primero, al Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero y, posteriormente, a su tramitación parlamentaria, que se plasmó en la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. En su artículo 18 modifica el apartado 1 del artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores, rebajando la indemnización a la que podía optar el empresario en caso de despido improcedente, como alternativa a la readmisión, a la equivalente a treinta y tres días por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de 24 mensualidades. En el régimen anterior, la indemnización de este despido no ajustado a derecho se cifraba en cuarenta y cinco días por año de servicio, con un máximo de cuarenta y dos mensualidades.

En este orden, la reforma laboral de 2012 incide especialmente en la flexibilidad externa, abaratando el coste del despido para incrementar la confianza empresarial, como condición de eficiencia que considera necesaria para la creación de empleo. La devaluación de los costes salariales encuentra un mecanismo facilitador en esta merma del quantum del despido, pretendiéndose la mejora de la competitividad de la empresa. Pero no sólo se produce esa laminación de las indemnizaciones por despido improcedente, sino que también desaparecen los salarios de tramitación, excepto en tres supuestos, de aplicación muy reducida: nulidad, despido improcedente si la empresa opta por la readmisión, y cuando se trata de representantes de los trabajadores.

Esta modificación es especialmente dañosa para el personal asalariado porque, debido a la precariedad de las relaciones laborales modernas y a su ligazón con la antigüedad en la empresa, las indemnizaciones por despido improcedente con frecuencia alcanzan importes muy bajos, por lo que la eliminación de los salarios de trámite, a menudo superiores a la propia indemnización, favorece el recurso al despido y no fomenta el recurso a instancias de mediación extrajudiciales. Dicha reforma laboral, surgida de la lógica económica, quebranta, sin embargo, el principio tuitivo del Derecho del Trabajo, y se aleja del equilibrio deseado por los iuslaboralistas entre los intereses contrapuestos de capital y trabajo. Principios como la inalienable dignidad del trabajador, la estabilidad del empleo como principio capital de la ciencia laboral, o el justo equilibrio de las prestaciones, tienen sus raíces en la Constitución española o en el propio Código Civil de 1889. Principios que son inherentes a una ética democrática que debería apuntalarse con el refuerzo del consenso de los agentes sociales.

Por consiguiente, esa política de incentivación de una baremación menguante de las indemnizaciones por despido injusto, consolidadas en España tras la crisis económica de 2007 y consiguiente reforma laboral de 2012, no cuestionan si el resarcimiento del trabajador despedido de forma injusta ha producido una compensación adecuada del daño infringido o contribuido a subvenir adecuadamente las necesidades personales y familiares de la persona trabajadora, como cuantificación del perjuicio ocasionado por una rescisión unilateral sin justa causa. Sustentar que el juzgador pueda evaluar la entidad de la reacción empresarial en orden a corregir la crisis padecida por la extinción injustificada y unilateral del contrato de trabajo, acudiendo al juicio de razonabilidad, como mecanismo de protección del bloque constitucional social, del derecho

internacional y hasta del derecho común, debe arbitrarse como propuesta de sumo interés. Los principios generales de derecho, algunos positivizados, impiden la existencia de esferas inmunes al control judicial (artículo 24 CE) o que el ejercicio de los derechos se ejerza allende de la buena fe, de forma abusiva o antisocial.

La inaplicación del derecho interno por los tribunales ordinarios

La doctrina reiterada y constante del Tribunal Supremo Español ha dejado claro la interdicción de las doctrinas civilísticas, que sustentan la íntegra reparación de los daños y perjuicios causados, en especial si en la obligación contravenida ha mediado culpa, negligencia o morosidad de la contraparte. El ordenamiento jurídico laboral, en esta tesis, debe apartarse, por su carácter de derecho especial, de lo dispuesto en el Código Civil y establecer un régimen atípico de resarcimiento, objetivo y tasado (STS 31 mayo 2006, RCU 5310/2004, que trae causa de otras como las SSTS de 23 de octubre de 1990 y de 3 de abril de 1997, no permitiéndose otros métodos de cálculo más ajustados a la realidad del caso concreto.

Así pues, ha habido algún precedente jurisprudencial sobre la posibilidad del control de convencionalidad. La STSJ Castilla y León (Valladolid) de 1 de marzo de 2021, Rec. 103/2021, ya establecía que una indemnización adicional a la legal en los despidos improcedentes era posible, y para ello invocaba las sentencias de los Juzgados de lo Social núm. 26 de Barcelona de 31 de julio de 2020 o del Juzgado de lo Social núm. 34 de Madrid de 21 de febrero de 2020 (autos 843/19).

Por su parte, las SSTSJ Cataluña 23 de abril (Rec. 5233/2020) y 14 de julio de 2021 (Rec. 3812/2021), que ya admitieron la posibilidad de reconocimiento de una indemnización complementaria a la legal tasada, con base en el marco regulatorio del Convenio 158 de la OIT y el artículo 24 de la Carta Social Europea, en aquellos supuestos en que la indemnización correspondiente por despido improcedente fuera exigua y no tuviera un efecto disuasorio para la empresa, ni compensara suficientemente a la persona trabajadora por la pérdida de ocupación, concurriendo asimismo una clara y evidente ilegalidad, fraude de ley o abuso de derecho en la decisión empresarial extintiva del contrato. Por tanto, se requerían ciertas condiciones de abuso

empresarial y de injusticia flagrante en la correlación del «quantum» de la indemnización con los supuestos de hecho.

Pero la sentencia pionera, más importante, que simboliza esta brecha es la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de fecha 30 enero 2023, Rec. 6219/2022, en el asunto BRS Relocation Services, S.L. Los hechos son los siguientes: esta empresa prestaba servicios relacionados con la movilidad y traslado internacional de trabajadores y familiares de empresas que contratan sus servicios. A raíz de la crisis sanitaria provocada por el coronavirus y, especialmente, desde la declaración del estado de alarma en el Estado español y el cierre de fronteras y restricción de movilidad de las personas, se cancelaron y pospusieron los servicios contratados a BRS de asesoramiento y recolocación de trabajadores que se trasladaban a España. Se despide a una trabajadora alegando causas productivas, debido a las circunstancias pandémicas de falta de movilidad. Estamos, por ello, ante un despido objetivo por causa de funcionamiento de la empresa.

El Tribunal, en primer lugar, establece que las causas alegadas para despedir son temporales o coyunturales, no probándose por la mercantil su carácter estructural ni que las causas de despedir fueran diferentes de las que motivaron la formalización de un Expediente de Regulación Temporal de Empleo (ERTE) pocos días después. Ello hacer merecedor de la calificación de improcedente de ese despido objetivo, por lo que la inicial indemnización tasada para dichos despidos de 20 días por año trabajado se convierta, por mor de su improcedencia, en 33 días por año de servicio.

La propia resolución judicial reconoce que «en el ámbito del contrato de trabajo, a diferencia del derecho civil, rige legal y tradicionalmente la indemnización tasada, calculada en función de unos criterios objetivos como el salario o los años de prestación de servicios y sujeta a unos topes máximos, prescindiendo para su determinación de otros parámetros como el daño emergente, el lucro cesante o los daños morales causados».

La novedad de esta sentencia, y su carácter rompedor, estriba en el reconocimiento de una indemnización superior a la trabajadora, a pesar de que el despido es improcedente y no nulo, amparándose directamente en lo establecido en el Convenio 158 de la OIT y en el artículo 24 de la Carta Social Europea, frente al criterio muy mayoritario que entiende el control de convencionalidad como institución que haya que analizar con gran cautela, no viendo conveniente

la incertidumbre a la que puede someterse a los operadores jurídicos, o alertando sobre la posibilidad de una apertura hacia cierta arbitrariedad en los criterios.

La meritada STSJ Cataluña de 30 enero 2023, considera que hay basamento jurídico para una compensación «adecuada» amparada en las normas internacionales que supere la legal establecida de forma baremada en el Estatuto de los Trabajadores, pero no siempre, sino, primero, cuando dicha indemnización estatutaria resulte claramente insuficiente para compensar los daños y perjuicios expuestos; segundo, se integraría en esa indemnización resarcitoria el daño emergente, el lucro cesante o los daños morales; tercero, a fin de garantizar la defensa de las partes y el equilibrio procesal, ese quantum adicional debe venir concretado en la demanda del trabajador, y exponerlo a la contradicción de la defensa del empleador. Para ello, se citan otras sentencias, todas de su jurisdicción regional de Cataluña, así las SSTSJ Cataluña 4 julio 2022 (Rec. 3909/22), 13 mayo 2022 (Rec.500/22) o 14 julio 2021 (Rec. 1811/21).

La contraparte empresarial tiene un argumento sólido para oponerse a esta deriva incipiente, proveniente del Derecho Internacional, y es la incertidumbre y la inseguridad jurídica. Falto de criterios objetivos, puede convertirse en un despido «a la carta», en el que la discrecionalidad del juez, basada en los hechos singulares de cada pleito y en la teoría del caso, determinen una horquilla indemnizatoria de un rango excesivamente amplio. Para ello, parece razonable estimar que la jurisprudencia deberá acotar estos criterios, y dotar de seguridad jurídica a actor y demandado.

En cualquier caso, debemos convenir en la constatación de que la doctrina del Tribunal Supremo español sigue siendo renuente a aplicar el control de convencionalidad en materia social (SSTS 28 de marzo 2022 (Rec. 471/2020) y 29 de marzo de 2022 (Rec. 2142/2020), con excepción de lo concerniente al derecho comunitario (de la UE) y a la aplicación que se hace sobre la acomodación de las normas nacionales a este derecho supranacional comunitario por parte del TJUE. En especial, es visible el recelo hacia posibilidad de aplicabilidad automática de la Carta Social Europea, y a la asunción pacífica de la doctrina del CEDS (Goerlich, 2022).

El Tribunal Supremo español (TS) entiende que el contenido de la CSE es muy heterogéneo, y no todo él posee la misma aplicabilidad directa en el ámbito de una relación de Derecho Privado como es el contrato de trabajo. Apuesta por la teoría del caso y por singularizar ese posible acomodo al control de convencionalidad: «Más bien creemos, incluso tras la vigencia de la versión

revisada, solo a la vista de cada una de las prescripciones que alberga cabe una decisión sobre ese particular. En tal sentido, la solución que ahora adoptamos no prejuzga lo que proceda en otras materias» (STS 28 marzo 2022, RCU 471/2020), lo que nos hace estar expectantes a lo que determine en cuanto a su aplicabilidad directa y desplazamiento del artículo 56.1 LET en futuras sentencias que lleguen a su jurisdicción

Conclusiones

Desde la asunción generalizada del control de convencionalidad, como instrumento idóneo para aplicar el principio de prevalencia de la norma internacional sobre la nacional o doméstica, se ha debatido si dichos planteamientos de desplazamiento de la norma interna en favor de la internacional son trasladables a la ciencia laboral. Las reformas laborales instituidas en Italia, Francia o España, como consecuencia de la crisis financiera de 2007, han flexibilizado el mercado de trabajo para generar confianza empresarial, incluyendo la devaluación de las garantías y derechos de trabajador frente al despido injusto o improcedente, con disminución de su cuantificación, y automatizando su cálculo.

Pero estos países, desde el momento en que han ratificado instrumentos internacionales como la Carta Social Europea, en su revisión de 1995, o el Convenio número 158 de la OIT de 1982, sobre terminación de la relación de trabajo, quedan sujetos a sus prescripciones, y sus órganos judiciales sometidos a la interpretación privilegiada de los organismos competentes de esas instituciones. En ese sentido, sobre todo el Comité Europeo de Derechos Sociales, como intérprete de la Carta Social Europea, ha establecido la no conformidad de la Carta con lo dispuesto en los Códigos laborales nacionales, exigiendo que el despido injustificado tenga un resarcimiento integral que responda realmente a los perjuicios ocasionados a la persona despedida.

La apuesta por esta primacía de la convencionalidad internacional, como instrumento eficaz de la dignificación transnacional de las condiciones laborales, está produciendo ya una doctrina judicial, aun minoritaria, y radicada en las instancias inferiores, que están desplazando la aplicación de la norma interna a favor de la norma internacional, favoreciendo, así, una indemnización adecuada del despido injusto, u otra reparación apropiada. Refiriéndonos a España, aun asumiendo un principio de prudencia, hay que considerar, de cara al futuro inmediato, que la

regulación interna laboral española, y su jurisprudencia, ya no podrá estancarse en un criterio indemnizatorio universal y neutro basado exclusivamente en la antigüedad de la prestación del trabajador y en su base salarial, sino que deberá aplicar la doctrina de los intérpretes internacionales de la CSE y del Convenio 158 OIT.

En general, esta convulsión en el orden legislativo y judicial europeo, y la apuesta por tratados internacionales de defensa de los derechos laborales que prevalezcan sobre las normas internas, podría estudiarse en su traslación a la realidad socioeconómica de América Latina, en los ámbitos regionales que acuerden y, en todo caso, por aplicación de los convenios de la Organización Internacional del Trabajo.

Referencias

- Caramillo, L. y Rosas, E. (2016). El control de convencionalidad como consecuencia de las decisiones judiciales de la Corte Interamericana de Derechos, *Revista Instituto Interamericano de Derechos Sociales (IIDS)*. San José (Costa Rica). Volumen 64, pp. 127-161.
- Dagbedji, CH. (2020). Le Plafonnement des indemnités de licenciement sans cause réelle et sérieuse, vers une application flexible, *Lextenso, Actu-Juridique*.
- García Belaunde, D. (2015). El control de convencionalidad y sus problemas. *Pensamiento constitucional*. Pontificia Universidad Católica de Perú. Volumen 20, número 20, pp. 135-160.
- Goerlich, J. M^a, (2022). El control de convencionalidad ante el Tribunal Supremo: sentencias de 28 y 29 de marzo de 2022. Blog El Foro de Labos. <https://www.elforodelabos.es/2022/05/el-control-de-convencionalidad-ante-el-tribunal-supremo-sentencias-de-28-y-29-de-marzo-de-2022/>
- Jemmaud, A. (2017). La reforma Macron del Código del Trabajo francés, *Temas Laborales*, núm. 139, p. 13.
- Jimena, L., (2022). El Comité Europeo de Derechos Sociales. Valor Jurídico de sus resoluciones. *Documentación Laboral*, núm. 125, pp. 75-90.
- Lafuente, V.P. (2021). El control judicial de los despidos. Albacete: Editorial Bomarzo.
- Malfettes, L. (2018). Indemnités de licenciement: un conseil de prud'hommes s'affranchit du plafond, *Dalloz actualité*,

- Márquez, A. (2017). Obligaciones y vínculos. Artículos A y B de la Carta Social Europea, en Monereo, C. (Dir.): *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, Granada, Comares, p. 972.
- Perulli, A., (2019). Il valore del lavoro e la disciplina del licenziamento illegittimo, *Il Libro dell'anno del diritto*, Treccani, pp. 341-352.
- Rojo, E. (2022). Y ahora, Francia. Nueva decisión del Comité Europeo de Derechos Sociales. La indemnización tasada por despido injustificado vulnera el art. 24 de la Carta Social Europea revisada. *Blog de E. Rojo Torrecilla*. <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2022/09/y-ahora-francia-nueva-decision-del.html>

INCIDENCIA DE LAS DEMANDAS EN PARTICIÓN DE BIENES INCOADAS EN JUZGADO PRIMERA INSTANCIA, PROVINCIA INDEPENDENCIA, ENERO 2020- ENERO 2022

INCIDENCE OF LAWSUITS IN PARTITION OF ASSETS FILED IN FIRST INSTANCE COURT, INDEPENDENCE PROVINCE, JANUARY 2020- JANUARY 2022

Vicente Hernández García⁵

 <https://orcid.org/0009-0001-7289-570X>

Nelson Cuevas Medina⁶

<https://orcid.org/0009-0004-0208-9392>

Resumen

El presente estudio se enfocó en determinar la incidencia de las Demandas de Partición de Bienes en el Juzgado de Primera Instancia de la Provincia Independencia, a través de una investigación realizada en el período enero 2020-enero 2021. La metodología empleada fue bajo un diseño no experimental, enfoque cuantitativo, de corte transversal y alcance correlacional. La técnica que se utilizó fue la encuesta, teniendo como instrumento el cuestionario aplicado a abogados y una entrevista aplicada al juez. El método fue el deductivo. La población de estudio fue de 127 abogados y un juez, y una muestra de cuarenta y cinco (45) abogados y un juez, tomados de forma aleatoria, del listado suministrado por la Seccional del Colegio Dominicano de Abogados, (CARD). Como resultado relevante se obtuvo la determinación de la incidencia de Demandas en Partición de Bienes incoadas en el juzgado. Según los resultados y las conclusiones del estudio, en el proceso de la demanda, a observarse y aplicarse de manera correcta el procedimiento y el debido proceso conforme lo establecen las leyes y la Constitución Dominicana.

Palabras clave: incidencia; demandas; partición de bienes; juzgado.

Abstract

The present study focused on determining the incidence of Demands in Partition of Assets in the Court of First Instance of the Independencia Province, through an investigation carried out in the period January 2020-January 2021. The methodology used was under a non-conforming design. experimental, quantitative approach, cross-sectional and correlational scope. The

⁵ Universidad Abierta Para Adultos UAPA
República Dominicana
Correo: yhgaudiovoz@gmail.com

⁶ Universidad Abierta Para Adultos UAPA
República Dominicana
Correo: nelsoncuevas172009@live.com

Recibido: 31-03-2023

Aceptado: 26-06-2023

technique that was used was the survey, having as an instrument the questionnaire applied to lawyers and an interview applied to the judge. The method was deductive. The study population was 127 lawyers and one judge, and a sample of 45 lawyers and one judge, taken randomly from the list provided by the Section of the Dominican Bar Association (CARD). As a relevant result, the determination of the incidence of Demands in Partition of Assets filed in court was obtained. According to the results and conclusions of the study, in the process of the demand, to be observed and applied correctly the procedure and due process as established by the laws and the Dominican Constitution.

Keywords: incidence; demands; partition of assets; court.

Introducción

El objetivo general de la investigación estuvo dirigido a la determinación de la incidencia de las Demandas en Partición de Bienes incoadas en el Juzgado de Primera Instancia en Materia Civil y Comercial del Distrito Judicial de la Provincia Independencia, período enero 2020-enero 2022. Además, determinar la cantidad de demandas que fueron incoadas, el tratamiento jurídico, causas que incidieron, el nivel de conocimientos de los abogados, la verificación de las situaciones jurídicas que se presentaron y el rol jugado por el juez durante los procesos. Se utilizó una metodología de tipo documental, de campo y descriptiva bajo un diseño no experimental, enfoque cuantitativo, de corte transversal y alcance correlacional.

La investigación fue realizada para dar respuesta a la pregunta, ¿Cuál es la Incidencia de la Demanda en Partición de Bienes incoadas en el Juzgado de Primera Instancia en Materia Civil y Comercial en el Distrito Judicial de la Provincia Independencia, período enero 2020-enero 2022? Los investigadores cuentan con un vasto conocimiento sobre el tema de estudio, lo que les permitió hacer un análisis de manera profunda, a partir de los objetivos previstos en las variables e indicadores de estudio, llegando a resultados y conclusiones concretas que servirán de fuentes a otras investigaciones que al efecto sean realizadas sobre el mismo tema.

Por otra parte, quedó evidenciado en los hallazgos, que muchos profesionales que ejercen el derecho en materia civil en el Distrito Judicial de la Provincia Independencia, de República Dominicana no cuentan con los conocimientos de la figura partición de bienes, sus tipos, características, reglas y las formalidades que estipulan las leyes y el adecuado del procedimiento durante el proceso. Es bajo el nivel de escritura en la instrumentación de las instancias, la baja expresión oral en la litigación, al igual que un bajo nivel en el conocimiento del tratamiento

jurídico y orientación procesal adecuada a sus clientes, que los lleve a éstos a tomar la mejor decisión en cuanto a accionar.

De manera similar, sobre el tema de la Demanda en Partición se han realizado varias investigaciones, tanto nacionales como internacionales, que han servido de antecedentes, relacionando entre sí los hallazgos con los objetivos, variables, indicadores y las teorías contenidas en el marco teórico. A esta investigación sirvieron como antecedentes en el nivel internacional al estudio desarrollado por Vásconez (2018) la Tesis que realizó en la Universidad Internacional Ser Mejores de Ecuador, titulada: “Los problemas en la resolución de las cuestiones previas en el juicio de partición sucesorio por causa de muerte”. La autora se trazó como objetivos de investigación, indagar sobre los antecedentes, los conceptos y los principios generales de la sucesión por causa muerte, determinar el trámite otorgado a los juicios de partición y lo que tiene que ver con las cuestiones previas.

En ese mismo contexto, dentro de las conclusiones y recomendaciones se destacan los siguientes aspectos:

La partición judicial de los bienes sucesorios, entre otras características, tiene la de ser un juicio complejo, universal o compuesto, en el sentido de que en él pueden presentarse algunos juicios simples, en virtud de las cuestiones que se plantean y cuya resolución servirá de base para la atribución y distribución de los bienes, dando lugar a la necesidad de tramitar y resolver las cuestiones previas que se presenten. (p. 57).

Algunas otras fuentes de estudios nacionales fueron indagadas por los investigadores entre las que se encuentra la realizada por Payamps y Regalado (2021), quienes elaboraron en la Universidad Abierta Para Adultos, (UAPA), una Guía titulada: “Guía didáctica para el desarrollo y ejecución de la demanda en determinación de herederos y partición de bienes”. El objetivo general planteado fue:

Facilitar, ampliar y afianzar los conocimientos respecto al procedimiento a ejecutar en una demanda en determinación de herederos y partición de bienes, en la que se involucran bienes muebles, inmuebles y dinero en efectivo; así como también, a un menor de edad reconocido fuera del matrimonio. (p. 5).

El desarrollo de la investigación determinó la frecuencia con que fueron incoadas las Demandas en Partición de Bienes en el Juzgado de Primera Instancia, en la Provincia Independencia; no obstante, existe un elevado número de abogados que desconocen el procedimiento y las formalidades que conlleva la demanda en Partición de Bienes, siendo muy bajo el conocimiento que se tiene sobre esta figura.

Desarrollo

Es un estudio considerado relevante y práctico por los investigadores, en virtud de que permitirá analizar las implicaciones de las Demandas en Partición de Bienes y su tratamiento jurídico en el Distrito Judicial de Independencia, determinar las causas que la generan, describir el procedimiento llevado a cabo conforme lo establecen las reglas, del debido proceso y subsecuentemente aportar recomendaciones encaminadas a contribuir con la solución del problema planteado.

Con respecto a la metodología empleada permitió arribar a importantes conclusiones que servirán de apoyo a la clase jurídica, tanto para acentuar sus conocimientos, así como punto de partida para la realización de otras investigaciones sobre el mismo tema. Los hallazgos contribuirán a generar un modelo que permitirá entender el comportamiento del fenómeno objeto de estudio. Al efecto se implementó el enfoque, diseño y tipo de investigación que fuera previsto para el logro de los resultados.

Materiales y Métodos

La descripción de este apartado se ha organizado en cinco áreas que al efecto fueron tomadas en cuenta, tales como diseño, el enfoque, la población, el contexto, métodos y técnicas y los aspectos tecnológicos y estadísticos utilizados. El diseño fue no experimental y de campo, se considera que es no experimental en atención a los que al respecto sostienen Hernández et al. (2014), “estudios que se realizan sin la manipulación deliberada de variables y en los que sólo se analizan los fenómenos en su ambiente natural”. (p. 152). Es una investigación de campo porque los investigadores se trasladaron al lugar de los hechos, tomando en cuenta que en el lugar se tuvo contacto directo con el objeto de estudio.

La investigación se llevó a cabo bajo un enfoque cuantitativo y de corte transversal. Es cuantitativa por cuanto, las informaciones obtenidas, se presentan numéricamente y de forma cuantificable. A tal efecto, los resultados se muestran en tablas y gráficos, con las frecuencias y

porcentajes con relación a las respuestas que fueron obtenidas. Igualmente, es de corte transversal, por cuanto la recolección de los datos fue realizada en un solo momento.

Es por cuanto, a través del análisis de la incidencia de las demandas en partición de bienes, los investigadores pudieron hacer la descripción de las situaciones que fueron encontradas. Es documental porque fueron utilizados como base los escritos existentes sobre el tema, fundamentado de manera muy especial en las leyes, sentencias, expedientes, libros, jurisprudencias, publicaciones de periódicos, de internet, entre otros medios, que forman parte de la bibliografía recopilada.

La población o universo, estuvo conformada por el conjunto de personas que fueron partes del estudio: el Juez del Juzgado de Primera Instancia de Independencia. Además de los abogados de la Provincia Independencia, un total de ciento veintisiete (127) abogados, inscritos en la seccional del Colegio Dominicano de Abogados en la Provincia Independencia. La selección de la muestra es de tipo estadístico y probabilística que, según Hernández et al. (2014) “los elementos muestrales tienen la misma posibilidad de ser elegidos”. El tipo de muestreo es sistemático y aleatorio. Según sostiene Serra (2022), “cuando se emplea una ecuación, la misma depende del objetivo que se busca; además del tamaño de la población. La elección de los parámetros que intervengan para el realizar el cálculo han de ser determinados con base experta”.

Sostiene que, “el tamaño de muestra nos lleve a la estimación de proporción”, y según lo estima, “se obtiene con la siguiente formula”.

$$n = \frac{N Z^2 P Q}{e^2 (N-1) + Z^2 P Q}$$

Dónde:

N= (Tamaño de la población) 127

Z= (Nivel de Confianza, Variable Estándar) 90%=1.645

E= (Error de estimación (Precisión en los resultados) 10% = 0.1

P= (Probabilidad de que ocurra, a favor) 50% = (0.5)

Q= 1-P = (1-50%) = 50% = (0.5) Probabilidad de que no ocurra

n= Tamaño de la muestra

$$n = \frac{127 (1.645)^2 \times (0.5) (0.5)}{(0.1)^2 \times (127-1) + (1.645)^2 \times (0.5) \times (0.5)}$$

$$n = \frac{(127) (2.7) (0.25)}{(0.01) \times (126) + (2.7) \times (0.25)} = \frac{85.7}{1.26 + 0.67}$$

$$n = \frac{85.7}{1.93} = 45 \quad n=45$$

Al mismo tiempo, la determinación de la muestra de cuarenta y cinco (45) abogados luego del desarrollo de la fórmula, los mismos fueron seleccionados de manera al azar del listado de los integrantes con los que cuenta la Seccional de la Provincia Independencia del Colegio Dominicano de Abogados de la República Dominicana, (CARD). En cuanto a la entrevista realizada al juez, la misma fue transcrita tal y como fue contestada, mientras que los cuestionarios aplicados, se realizaron mediante el método estadístico y analítico, procediendo con los datos obtenidos a su análisis e interpretación de la siguiente forma: los cuestionarios fueron organizados, tabulados los datos según la frecuencia que fueron obtenidos y la aplicación de los porcentajes, y plasmados en tablas y gráficos.

Al mismo tiempo fueron descritos y presentados en cuadros y gráficos. Los datos fueron analizados con las variables, y de esa forma establecer si los objetivos se cumplieron, procediendo al informe final, contentivo de las conclusiones y las recomendaciones. El estudio fue realizado en el Juzgado de Primera Instancia, del Distrito Judicial de Independencia. Dicho Juzgado se encuentra ubicado en el municipio de Jimaní, común cabecera de la Provincia Independencia. El espacio de tiempo fue el período enero 2020-enero 2022.

El método utilizado fue el deductivo, el cual lo definen Hernández et al. (2014), como “es el que va de lo general a lo particular; partiendo de verdades previamente establecidas como principios generales, para luego aplicarlos a casos individuales y comprobar así su validez”. Para la realización del estudio, fueron utilizadas como técnicas: La encuesta y la entrevista. La encuesta constituyó la técnica que llevó a la recolección de los datos de manera cuantitativa a través del instrumento un cuestionario, conformado por preguntas cerradas y de varias alternativas de escalas de valores. Fue aplicado de forma directa y personal por los investigadores.

Por otra parte, en cuanto a la entrevista la misma fue aplicada al Juez de manera estructurada, con preguntas abiertas, facilitando con ello los conocimientos al respecto. Por otro lado, el análisis de documentos se realizó mediante la técnica rúbrica de instrumentos. El valor instrumental, según las rúbricas para medir los objetivos es siempre, con un porcentaje de 95 a 100%, casi siempre de 90 a 94%, con frecuencia de 85 a 89%, algunas veces de 80 a 84 y nunca un porcentaje de 79% o menos. Para el análisis de la sentencia, los valores instrumentales iguales, siempre con un

porcentaje de 95 a 100%, casi siempre equivalente a 90 a 94% %, con frecuencia equivalente a 80 a 84% y nunca equivalente a 79% o menos.

Los programas de computación utilizados fueron el, el Software de Office 2019, que incluye el Word y el Excel para, tanto para la digitalización del contenido, como para la tabulación de los resultados. En el procedimiento para el análisis de los datos, se tomaron en cuenta los instrumentos por medio de los cuales se recolectó la información. Los investigadores procedieron a la realización del tratamiento adecuado para realizar el análisis correspondiente de los mismos. Todas estas observaciones fueron presentadas en cuadros y gráficos. Los datos fueron analizados con las variables, y de esa forma establecer si los objetivos se cumplieron, procediendo al informe final, contenido de las conclusiones y las recomendaciones. Tanto los cuadros como los gráficos se analizaron en Microsoft Excel, en su versión 2019.

Resultados

La finalidad del estudio es determinar la incidencia de las demandas en partición de bienes, la cantidad de éstas que han sido incoadas; la determinación del tratamiento jurídico dado en el tribunal; las causas que inciden en las mismas, el nivel de conocimientos de los abogados, la verificación de las situaciones jurídicas que se presentaron y el rol jugado por el juez en el proceso. Como se ha dicho, se demostró acorde a los datos arrojados del cuestionario aplicado a abogados y una entrevista realizada al juez, en consonancia con la lista de cotejo de los casos que da cuenta se han incoado en dicho tribunal, un total de 18 demandas, de las cuales once (11) fueron aceptadas y siete (07) fueron rechazadas en el período.

Es necesario recalcar que el porcentaje de cumplimiento del objetivo general es de un 87% de incidencia de las Demandas en Partición de Bienes, cuyos datos se obtuvieron del promedio de la sumatoria de la totalidad de los porcentajes de cumplimiento de cada objetivo específico. Se destaca entonces que se consiguieron los resultados que se describen a continuación:

1. Cantidad: Fueron frecuentes las Demandas en Participación de Bienes en Juzgado de Primera Instancia en el Distrito Judicial de Independencia, en el período enero 2020 a enero 2022. A su vez, quedó establecida la cantidad de demandas en partición de bienes que han sido incoadas, tomando en cuenta lo expresado por el juez y los abogados.

2. Tratamiento Jurídico: En el tribunal se aplicó el tratamiento jurídico y el procedimiento en el conocimiento de las demandas en partición. El juez de Primaria Instancia basa sus criterios

para conducir el proceso y dictar sentencia en base a la Constitución de la República, los Tratados Internacionales, las jurisprudencias y en las normativas vigentes.

3. Causas: Se determinó, a partir de lo sostenido por los abogados que, las causas que provocan que sean incoadas las demandas en partición, fueron el estado de indivisión, la exclusión y calidad de herederos. El juez en cambio sostuvo que otras de las causas es el divorcio, cuando el mismo se produce por incompatibilidad de caracteres y resaltando además como una de las más socorridas, el estado de indivisión.

4. Nivel de conocimientos de los abogados: Los abogados de la Provincia Independencia poseen un nivel bajo en sus conocimientos sobre la figura de la Demanda en Partición de Bienes. Solo algunos pueden considerarse con un nivel aceptable, pero nunca excelentes. El desconocimiento de la Constitución, los Tratados Internacionales en los cuáles la República Dominicana se ha adherido y las jurisprudencias de la Alta Corte que cambian criterios preestablecidos, limitan el desempeño de los abogados en las audiencias. A esto se agrega a partir de los datos recolectados, una débil expresión oral, e instrumentación de las instancias.

5. Situaciones jurídicas: En cuanto a las situaciones que se presentan, se verificó como relevantes los altos costos y la extensión del proceso, producto de los constantes incidentes que son invocados. Esos incidentes tienen como objetivo otras situaciones, y según se pudo comprobar, se busca alargar el proceso. El desacuerdo con decisiones tomadas por el juez ante pretensiones solicitadas y denegadas, son otras de las causas que provocan los incidentes.

Evidencias

Como evidencias de los resultados se pudo contactar que de los abogados consultados el 33% tiene 15 o más años de ejercicio de su profesión; el 27% de 6 a 10 años, el 24% de 11 a 15 años, y el 16% de 1 a 5 años. De estos un 100% ejercen en materia civil; pero algunos ejercen en otras áreas del derecho. El 82% de los abogados ha incoado demandas en partición de bienes, mientras que un 18%, no ha ejercido en esa materia. Un total de treinta y siete (37) abogados, el 100% de los que ejercen en materia civil, ha incoado entre 1 a 10 demandas en partición de bienes. Sobre los tipos de demandas de partición de Bienes en las que han representado a sus clientes, el 43% ha incoado demandas en asuntos sucesorales; el 33%, en casos de relación de hecho o concubinato y un 24% a causa de divorcios. En cuanto al objetivo, determinar la cantidad de Demandas de Partición de Bienes incoadas en el Juzgado de Primera Instancia en Materia Civil y

Comercial en el Distrito Judicial de la Provincia Independencia, enero 2020-enero 2022, se pudo determinar que siempre se incoan, lo que fue abalado por el 100% de los abogados, en base a la siguiente escala de valoración: el 43% de los abogados sostiene que se incoan con frecuencia; el 24% casi siempre, el 19% siempre y en ocasiones el 14%. Veamos el siguiente cuadro:

Tabla 1

Frecuencia con las que se incoan Demandas en Partición de Bienes

Alternativas y/o Escalas de Valores	Frecuencia	%
Siempre	07	19 %
Casi siempre	09	24 %
Con frecuencia	16	43 %
En ocasiones	05	14 %
Casi nunca	00	00 %
Total	37	100%

Nota: fuente pregunta n° 4 del cuestionario aplicado a los abogados.

En relación con el objetivo número dos, determinar el tratamiento jurídico que se le da a la Demanda en Partición de Bienes incoadas en el Juzgado de Primera Instancia en Materia Civil y Comercial en el Distrito Judicial de la Provincia Independencia, el 100% de abogados sostiene que siempre se le da cumplimiento al procedimiento establecido, lo que sostuvieron el 49% de los abogados, mientras que el 43% expresó que casi siempre, y el 8 % sostiene que sólo algunas veces. La siguiente tabla demuestra tal aseveración.

Tabla 2

Cumplimiento al procedimiento establecido para las Demandas en Partición de Bienes.

Alternativas y/o Escalas de Valores	Frecuencia	%
Siempre	18	49 %
Casi siempre	16	43 %
Algunas veces	03	08 %
Nunca	00	00 %

Total	37	100 %
--------------	-----------	--------------

Nota: Fuente pregunta No. 9 del cuestionario aplicado a los abogados.

Por otro lado, el 62% de los abogados sostiene que el juez siempre cumple con su Rol en el conocimiento de las Demandas en Partición de Bienes y un 35% sostuvo que casi siempre. Sobre los criterios en los que se fundamenta el juez para el conocimiento de las Demandas en Partición de Bienes, el 51% de los encuestados expresó que el juez fundamenta sus decisiones en las leyes que rigen la materia; el 30% enunció se fundamenta en la Constitución y el 19% en las jurisprudencias. El juez en cambio manifestó que basa sus criterios en la Constitución, en los Tratados Internacionales, las jurisprudencias y en las normativas.

Sin embargo, sobre la recurrencia de las sentencias dadas en las Demandas en Partición de Bienes dentro del plazo legalmente determinado, el 43% entendió que casi siempre, el 35% expresó que algunas veces y el 22% de los abogados sostuvo que siempre. Por otra parte, el objetivo número tres estuvo orientado a determinar las causas que inciden en las Demandas en Partición de Bienes incoadas en el Juzgado de Primera Instancia en Materia Civil y Comercial en el Distrito Judicial de la Provincia Independencia.

Al efecto, el 40% de abogados sostuvieron que las causas que llevan a incoar las demandas en partición de bienes, es la de herederos excluidos, el 30% lo atribuye a la calidad de herederos. Además, que el 16% estableció que son otras las causas, especificando la incompatibilidad de caracteres, infidelidad y la negación de la relación de hechos. Sobre las causas, veamos cómo se expresan los datos en el siguiente cuadro.

Tabla 3

Causas que llevan a incoar demandas de partición de bienes.

Alternativas y/o Escalas de Valores	Frecuencia	%
Herederos excluidos	15	40 %
Desconocimiento de paternidad	01	03 %
Sustracción de Bienes	01	03 %
Simulación de Bienes	00	00 %
Donación entre vivos	03	08 %
Calidad de Herederos	11	30 %

Colaciones	00	00 %
Otras: Específique	06	16 %
Total	37	100 %

Nota: fuente pregunta No. 17 del cuestionario aplicado a los abogados.

El siguiente punto trata del nivel de conocimiento con los cuales cuentan los abogados que ejercen en las Demandas en Partición de bienes, fue medido por el objetivo número cuatro que buscó, determinar el nivel de conocimiento que poseen los abogados sobre el procedimiento a seguir en las Demandas en Participación de Bienes. Se determinó que es bajo el nivel de conocimiento con los cuales cuentan los abogados que ejercen en las Demandas en Partición de Bienes. El bajo nivel de conocimiento lo sostuvieron los abogados en las Demanda en Partición de Bienes en sus diferentes modalidades, sucesorales, por divorcio y por relaciones de hecho.

Con respecto al nivel de conocimientos de los abogados sobre la Demanda en Partición de Bienes el 64% de los abogados consideró que es bajo. Desde otro punto de vista el 30% que los consideró buenos. El juez por su parte los valoró con muchas lagunas y de conocimientos estándar, promedio; pero nunca excelentes. Lo expresado por los abogados se muestra en la tabla que se presenta a continuación, contentiva de los porcentajes en la escala de valores.

Tabla 4

Nivel de conocimientos de los abogados sobre la Demanda en Partición de Bienes.

Alternativas y/o Valores	Escalas de	Frecuencia	%
Excelente		01	03 %
Muy Bueno		01	03 %
Bueno		11	30 %
Bajo		24	64 %
Total		37	100 %

Nota: Fuente pregunta No. 26 del cuestionario aplicado a los abogados.

En el mismo sentido, el 51% sostuvo de bajo el nivel en la expresión oral durante las audiencias, mientras que el 43% los valoró como buenos. Sin embargo, en cuanto a su responsabilidad en el seguimiento del proceso, fueron considerados como buenos por el 65% de los abogados. En cuanto a la valoración dada del nivel de escritura de los abogados en la

instrumentación de una instancia de Demanda en Partición de Bienes, también fue considerada baja por el 62% de los abogados.

Con respecto a las situaciones que se dan durante el proceso se determinaron mediante el objetivo, verificar las situaciones jurídicas que inciden en las Demandas en Partición de Bienes incoadas en el Juzgado de Primera Instancia en Materia Civil y Comercial en el Distrito Judicial de la Provincia Independencia. El 35% de los abogados consideró que son los costos del proceso; el 35% lo atribuye a incidentes presentados; el 24% a extensión en el tiempo del proceso; y el 6% cree que hay otras situaciones, dentro de las cuales destacan: los referimientos, la intervención de terceros en el proceso y el abandono del proceso por parte de los abogados representantes. Se expresa de manera porcentual en el siguiente cuadro:

Tabla 5

Situaciones que se presentan en el conocimiento de las Demandas de Partición de Bienes.

Alternativas y/o Valores	Escalas de	Frecuencia	%
Costos del Proceso		13	35 %
Extensión en el tiempo del proceso		09	24 %
Incidentes presentados en el proceso		13	35 %
Otras: Especifique		02	06 %
Total		37	100 %

Nota: fuente pregunta No. 27 del cuestionario aplicado a los abogados.

Desde otro punto de vista, el 62% de los abogados sostuvo que la intención es incidentar el conocimiento de la demanda, el 14% de los abogados sostiene que el desacuerdo con el procedimiento es una de las situaciones que provocan los incidentes durante el proceso, y el 8% cree que desacuerdos con decisiones del juez durante el proceso. Por el contrario, el 16% considera que son otras situaciones.

Discusión

Al tomar en cuenta los hallazgos levantados en esta investigación, los antecedentes, tanto internacionales, así como los como los nacionales y los planteamientos del marco teórico en cuanto a la figura de la Demanda en Partición de Bienes y al realizar un ejercicio de contraste entre cada uno de los objetivos, las variables y los indicadores, no fueron encontradas contradicciones

significativas con respecto a los resultados arrojados por este estudio. Se plantean como resultados los siguientes:

Al igual que lo reflejado en otras investigaciones, tanto nacionales como internaciones y que forman parte de la Bibliografía, fueron frecuentes las Demandas en Participación de Bienes en el Juzgado de Primera Instancia en el Distrito Judicial de Independencia, en el período enero 2020-enero 2022. Quedó establecida la cantidad de demandas en partición de bienes que han sido incoadas, tomando en cuenta lo expresado por el juez, los abogados y semejantes con los datos de la lista de cotejo.

En el tribunal se aplicó el tratamiento jurídico y el procedimiento en el conocimiento de las Demandas en Partición de Bienes. El juez de Primaria Instancia basa sus criterios para conducir el proceso y dictar sentencia en la Constitución de la República, los Tratados Internacionales, las jurisprudencias y en las normativas vigentes. En la entrevista que le fuera formulada hizo alusión al artículo 68 de la constitución que textualmente expresa lo siguiente:

Se garantiza la efectividad de los derechos fundamentales, a través de los mecanismos de tutela y protección, que ofrecen a la persona la posibilidad de obtener la satisfacción de sus derechos, frente a los sujetos obligados o deudores de estos. Los derechos fundamentales vinculan a todos los poderes públicos, los cuales deben garantizar su efectividad en los términos establecidos por la Constitución y la presente ley.

Desde otro punto de vista, el tratamiento según Goldstein (2013) “es el calificativo que lo atañe al Derecho”. (p. 341). Por otra parte, el proceso o procedimiento acorde con la Real Academia (2014), lo define como.

El conjunto de actos y trámites seguidos ante un juez o tribunal, tendentes a dilucidar la justificación en derecho de una determinada pretensión entre partes y que concluye por resolución motivada. En materia civil, lo define como “el proceso que resuelve pretensiones de derecho privado entre las partes. (p. 9135).

Definitivamente se determinó, a partir de lo sostenido por los abogados que, las causas que provocan que sean incoadas las demandas en partición, fueron el estado de indivisión, en violación al artículo 815 del Código Civil, la exclusión y calidad de herederos. Como se ha dicho anteriormente el juez en cambio sostuvo que otras de las causas es el divorcio, cuando el mismo se produce por incompatibilidad de caracteres.

En contraste con lo anterior, los abogados de la Provincia Independencia poseen un nivel bajo en sus conocimientos sobre la figura de la Demanda en Partición de Bienes. Solo algunos pueden considerarse con un nivel aceptable, pero nunca excelentes. El desconocimiento de la Constitución, los Tratados Internacionales en los cuáles la República Dominicana se ha adherido y las jurisprudencias de la Alta Corte que cambian criterios preestablecidos, limitan el desempeño de los abogados en las audiencias.

A esto se agrega a partir de los datos recolectados, una débil expresión oral durante el curso de las audiencias. Mientras tanto, el juez en la entrevista reconoció las limitaciones de conocimientos que tienen los abogados que ejercen en el tribunal en cuanto al conocimiento de la figura de partición de bienes. Con referencia a las situaciones que se presentan, se verificó como relevantes los altos costos y la extensión del proceso, producto de constantes incidentes que son invocados. Esos incidentes tienen como objetivo otras situaciones, y según se comprobó, se busca generar alargar el proceso. El desacuerdo con decisiones tomadas por el juez ante pretensiones solicitadas y denegadas, son otras de las causas que provocan los incidentes.

En este orden de ideas, los incidentes son una de las principales situaciones que se dan en las demandas en partición de bienes y resulta de lugar destacar esta figura en el ámbito del conocimiento de un proceso. Según Capitant (1930) define los incidentes como “toda discusión accesoria que sobreviene en el curso de un pleito y concierne a la forma del procedimiento”. (p. 315). Así mismo, Couture (2017) citado por (Perera, Los Incidentes del Embargo Inmobiliario, 2013) define el incidente de la siguiente manera: “Litigio accesorio que se suscita con ocasión de un juicio, normalmente sobre circunstancias de orden procesal, y que se decide mediante una sentencia interlocutoria”. (p. 74).

No obstante, según Perera (2013) tiene una observación a la referida definición, y al respecto sostiene que, “la sentencia que resuelve un incidente se cataloga como definitiva sobre un incidente, que es una decisión diferente a la preparatoria y a la interlocutoria”. (p. 74). Como situación latente durante el proceso que tiene que ver con los incidentes durante el curso de la audiencia, sigue expresando Perera (2013) lo siguiente:

Hay otras demandas incidentales que, tienen su propio régimen, como es el caso de la renovación de instancia, al tenor del artículo 345 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, así como la denegación de actos hechos por abogados o por alguaciles, de conformidad con el artículo 352 y siguientes del referido Código. (p. 75).

Los incidentes, en la mayoría de los casos y con el hecho de tener un 62% de abogados que los provocan, traen consigo incidentar el conocimiento de la demanda, por tanto, se está ante un hecho de falsedad, que no es ético e irrespeto a sus representados.

Conclusiones

En esta investigación se determinó la incidencia de las demandas en partición de bienes incoadas en el Juzgado de Primera Instancia en Materia Civil y Comercial en el Distrito Judicial de la Provincia Independencia, durante el período enero 2020 - enero 2022. Esto quedó demostrado acorde con los datos arrojados del cuestionario aplicado a abogados, una entrevista realizada al juez y a la lista de cotejo de los casos que se han interpuestas en dicho tribunal, con un total de dieciocho (18) demandas incoadas en el período y de las cuales once (11) fueron aceptadas y ocho (08) fueron rechazadas.

El porcentaje de cumplimiento del objetivo general es de un 87% de Incidencia de las demandas de partición de bienes, cuyos datos se obtuvieron del promedio de la sumatoria de la totalidad de los porcentajes de cumplimiento de cada objetivo específico. En cuanto a la variable cantidad, en el análisis e interpretación se ha partido de lo que se establece en el planteamiento del problema, cuando se expresa que el Juzgado de Primera Instancia de Independencia, “es apoderado con frecuencia de una gran cantidad de demandas en partición de bienes”.

Al respecto Lama (2018), y en referencia a la nueva ley que viene a regular el divorcio, como una de las causas legales de la disolución de la comunidad de bienes, expresa lo siguiente: El artículo 2 de la comentada ley, va a reproducir las causales que, para el divorcio por causa determinada, según lo señala la Ley No. 1306-Bis sobre divorcio, a saber: a) el adulterio de uno de los cónyuges; b) la condenación de uno de los esposos a pena aflictiva o infamante, (...); c) las sevicias o injurias graves de uno de los cónyuges respecto o de los hijos, (procreados por ambos o de tan solo uno de ellos). (p. 380).

A parte de lo que sostuvieron los abogados y expresado precedentemente, es el adulterio una de las causas que llevan a incoar demandas en partición de bienes, cuando se trata de relaciones de hechos. En conclusión, pese a darse con frecuencia en el tribunal la incidencia de demandas de partición de bienes, en el conocimiento de estas se aplica el tratamiento jurídico; el procedimiento según las normas y el debido proceso, y donde el juez asume una actitud pasiva; pero con rectitud y apego a la Constitución, los Tratados Internacionales, las jurisprudencias y finalmente las leyes

Referencias

- Capitant, H. (1930). *Vocabulario*. Ediciones De Palma. Buenos Aires, Argentina.
- Couture, E. J. (2014). *Fundamento del Derecho Procesal Civil*. Editorial IB de IF, 207, ISBN: 987-1089-05-8.
- Galindo, I. J. (2020). *Partición en vida: Omisiones contenidas en la Norma Procesal que la regula*. Bogotá, Colombia.
- Goldstein, M. (2008). *Diccionario Jurídico Consultor Magnum*. Colombia: Panamericana Formas y Ingresos.
- Hernández, R., Collado, C. F., y Baptista, L. P. (2014). *Metodología de la Investigación* (6ta. ed.). McGraw-Hill Interamericana editores, S. A. de C. V. Mexico.
- Lama, J. A. (2018). *Los Regímenes Matrimoniales en el Ordenamiento Jurídico Dominicano*. Librería Jurídica Internacional, S.R.L. Santo Domingo, República Dominicana.
- Martínez, A. G. (2017). *Aplicación de medidas cautelares para evitar la distracción de bienes de la comunidad en la unisión consensual por ante la Cámara Civil, Comercial y de Trabajo del Juzgado de Primera Instancia del Distrito Judicial de María Trinidad Sánchez, 2015-2017*. <https://rai.uapa.edu.do/handle/123456789/1609>
- Payamps, A., y Regalado, M. I. (2021). *Guía Didáctica para el Desarrollo y Ejecución de la Demanda en Determinación de Herederos y Partición de Bienes (Menor de Edad, nacido fuera del Matrimonio)*.
- Perera, Y. H. (2013). *Los Incidentes del Embargo Inmobiliario*. Impresora Soto Castillo S. A.
- Real Academia de la Lengua. (2014). *Diccionario de la Lengua Española*.
- Serra, B (2023) *Muestra estadística*.
<https://www.universoformulas.com/estadistica/descriptiva/muestra-estadistica>
- Vásconez, L. A. (2018). *Los Problemas en la resolución de las Cuestiones Previas en el Juicio de Partición Sucesorio por Causa de Muerte*. Tesis de Grado, Universidad Internacional Ser Mejores, Ecuador. <https://repositorio.uisek.edu.ec/handle/123456789/3206;chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://repositorio.uisek.edu.ec/bitstream/123456789/3206/1/LIDIA%20ALEJANDRA%20SORIA.pdf>.

LA VENGANZA PRIVADA COMO ORDENAMIENTO JURÍDICO.
SU REGULACIÓN EN EL “CODICE BARBARICINO”

THE PRIVATE REVENGE AS A TRUE LEGAL MODEL AND HOW IT IS
REGULATED IN THE “CODICE BARBARICINO”

Leandro Ezequiel Fusco⁷

 <https://orcid.org/0009-0009-3422-9907>

Resumen

La venganza privada es un fenómeno histórico que atravesó la humanidad hasta la apropiación del poder punitivo por parte del Estado moderno. En este trabajo, se tomará en consideración el esquema elaborado por el gran jurista italiano A. Pigliaru, denominado el “código barbaricino”, en el cual se regula de manera exhaustiva el fenómeno de la venganza “vendetta”. Dentro de este código, se señalan no sólo las ofensas que ameritan la venganza, sino también la medida en que esta debe ser ejecutada, lo cual da cuenta de una estructura paralela a la justicia formal digna de análisis. Siendo así el autor se avocará entonces a realizar un breve análisis de la historia de la venganza privada para luego sí, conocer cómo ésta ha sido regulada en el “código barbaricino”. Finalmente, en la discusión y conclusiones, se intentará dar una perspectiva actual al tema.

Palabras clave: historia del derecho; derecho penal; venganza privada; Cerdeña; codice barbaricino.

Abstract

Private revenge is a historical phenomenon that went through humanity until the appropriation of the punitive power made by the Modern state. This article takes into consideration the “Codice Barbaricino”, a code created by the Italian jurist A. Pigliaru, in which the phenomenon of revenge or “vendetta” is exhaustively regulated as a true legal model. In this code are listed not only the offenses that deserve revenge but also the way of how it should be executed, which realizes a parallel structure of formal justice that is worth the analysis. This being the case, the author will then focus on carrying out a brief analysis of the history of private revenge to later, yes, know how it has been regulated in the “barbaricino codex”. Finally, in the discussion and conclusions, an attempt will be made to give a current perspective to the topic.

Keywords: law history; criminal law; private revenge; sardegna; codice barbaricino.

⁷ Universidad de Buenos Aires
Buenos Aires-Argentina
Correo: leandrofusco@derecho.uba.ar

Recibido: 12-04-2023

Aceptado: 26-06-2023

Introducción

El presente trabajo buscará poner en conocimiento del público hispano parlante un tema que no ha sido investigado en profundidad, pero que merece, se destaque a la luz de ciertas repercusiones que podrían tener en la actualidad. Se hace referencia, en concreto, a una codificación ad-hoc creada doctrinariamente gracias a la investigación desarrollada por el jurista italiano Antonio Pigliaru y cuya repercusión, ha sido casi nula, esto es, el “codice barbaricino”. En su obra, el jurista sostiene que su análisis es “la venganza como ordenamiento jurídico”.

Sobre lo primero y si bien habrá de realizarse un análisis al respecto, no cabe ahondar en prolegómenos, lo cual sí se habrá de realizar en orden a la segunda fase del trabajo, esto es, respecto del “codice barbaricino” que ameritó de parte de este autor una profunda investigación. En efecto, en el estudio se hizo necesario realizar algunas consideraciones previas puesto que no debería partir de la base que el lector conozca de manera detallada de qué trata el mencionado cuerpo normativo de tan escasa difusión.

Pues bien, se puede decir sin temor a equivocaciones que el mencionado código no es lo que se imaginan, es decir, una sucesión de artículos esquematizados; es, de hecho, un código de comportamiento no escrito que encontró vigencia en la región norte sarda (Cerdeña), la Barbagia (de ahí “barbaricino”) en España. La idea de codificación responde, en definitiva, a lo que Sacco (2010) identifica como una visión lógica de los estudiosos del derecho continental de asociar siempre la ley a lo escrito, teniendo como estrechamente conectados los conceptos de derecho, ley y palabra. En definitiva, para los juristas la creación del derecho proviene de una autoridad que necesita dar a conocer esta voluntad y, por tanto, recurre a la codificación.

Según el mismo Pigliaru (1959) explica, cuando a mediados del siglo XX él estudió la venganza en la Barbagia como ordenamiento jurídico, ésta constituía sólo un “momento” del ordenamiento jurídico presente en la comunidad barbaricina. De este modo, según los intérpretes de sus textos, otorgaba entidad a la teoría institucionalista del derecho puesto que como el mismo Pigliaru (ob. cit) aclaraba, que esta comunidad ya tenía su propio ordenamiento jurídico.

Para este caso particular, cabe señalar que la característica principal de este código es la regulación de la “vendetta” (venganza) ya que para la comunidad barbaricina la venganza era considerada per se un ordenamiento jurídico aun sin encontrarse debidamente plasmado en leyes o códigos. El gran problema en ese entonces era que las leyes del Estado no existían como tales,

no porque no hubiesen sido sancionadas, sino porque los ciudadanos de la Cerdeña, no las comprendían o respetaban, ergo, no tenían vigencia para esa comunidad.

Metodología

El método utilizado para la presente investigación se centró en la recopilación de bibliografía referente al tema y que puede apreciarse en el capítulo pertinente, al cual se le adicionó la pericia técnica en materia de traducción del italiano al español para poder, de tal modo, divulgar los lineamientos centrales de obra de A. Pigliaru.

Desarrollo

Breve reseña sobre la historia de la venganza privada

Puede parecer en cierto punto pretensioso, pero partir de una base extrema a veces conlleva a un acercamiento de a poco a conclusiones muy interesantes. Particularizando esta afirmación tan general, se puede decir que la historia de la venganza privada es, sin dudas, gran parte de la historia del derecho penal. En efecto, en el fenómeno de la venganza se advierten muchos de los conflictos que aún se discuten en el ámbito académico, incluso las cuestiones procesales relativas a los modos de cómo debe ser encarado un proceso, son fruto de ello.

Se realizará, como suele ocurrir en casos similares, un recorte arbitrario de la cuestión. No escapa del conocimiento del autor la existencia de una rica historia en la materia, reflejada además en gran cantidad de obras de importantes autores y sobre lo cual poco se podría aportar. La idea de este marco teórico entonces es elegir de modo arbitrario una serie de momentos históricos que pueden permitir colocar en contexto sobre la importancia del instituto de la venganza privada y cómo ha acompañado a la humanidad a lo largo de su existencia.

Preliminarmente, vale recordar que la venganza de sangre no es una creación del “codice barbaricino” ni mucho menos. Ya lo han señalado los doctrinarios, el avance que significó en la limitación de la venganza la ley del talión que expresamente tabulaba “ojo por ojo, diente por diente”, ni más, ni menos y la posterior doctrina católica de poner la otra mejilla, ya como una real cesión de la venganza en favor de un tercero.

Así las cosas, por ejemplo, ya en el derecho romano existía este tipo de solución. Como bien explica Mommsen (1991)

“...es indudable que en Roma estuvo en algún tiempo total y plenamente establecida la constitución y organización por familias o estirpes, que es el supuesto necesario de la institución dicha, esto es, de la venganza de sangre; la tradición, sin embargo, nada nos dice de ella y, por lo tanto, tenemos que contentarnos con haber señalado la laguna”. (p. 389)

Y aclara el mismo autor en orden al destierro de la venganza privada indica que:

“El Código de las Doce Tablas no hizo tentativa alguna por determinar de un modo legalmente preciso qué es lo que fundamentalmente había de entenderse por daño a la comunidad; así que el procedimiento seguido en Roma para perseguir y castigar los delitos contra el Estado no perdió nunca su primitivo carácter de procedimiento discrecional, libre de trabas legales. Pero o este Código se encontró ya variados los límites divisorios entre la justicia capital pública y la privada, o los varió él mismo, puesto que el homicidio y el incendio, el hurto de cosechas, los cánticos injuriosos y algunas otras, no muchas, clases de daños u ofensas causados en primer término a los ciudadanos, en cuanto particulares, son delitos que el referido Código incluyó en la primera de dichas esferas, dejando por consiguiente de pertenecer a la otra, con lo que se consiguió, en lo esencial, abolir la venganza de sangre” (p. 578).

En tiempos de predominancia de la cultura germánica, se hace necesario mencionar la existencia de la *faida*, una suerte de estado de enemistad, pero no sólo entre individuos, sino contra toda la familia. Si bien en la historia del derecho penal se estudia principalmente la “composición germánica”, lo cierto es que esta apareció como una limitación a la *faida* en tanto posibilidad de solución de los conflictos penales.

En cuanto al funcionamiento de estos institutos, cuando se cometía un delito, víctima y victimario comenzaban una relación jurídica en la que la víctima tenía el derecho a ejercitar una venganza, que podía consistir en un castigo físico o un acuerdo económico, de tipo particular, derecho que era extensible a su familia. Sin embargo, con el transcurso del tiempo, y en miras a evitar las grandes pérdidas de materiales ocasionadas con el sistema de la venganza privada, la segunda de las hipótesis, (el acuerdo económico o acuerdo de composición), fue tomando una relevancia extraordinaria al punto de convertirse obligatoria, excepto para determinados delitos, como por ejemplo el delito de traición, asimilable el delito contra el culto.

Algunos historiadores del derecho germánico han sido muchas veces cuestionados por haber acuñado el concepto de *Friedlosigkeit*, que permitía pensar en conciliar la existencia de la venganza dentro del marco de un estado de derecho, lo cual fue finalmente descartado, estableciendo una clara contraposición entre el estado de derecho y la posibilidad de la venganza privada.

En parte, la confusión puede provenir justamente de aquella limitación a la *faida* no como un imperativo de la propia comunidad, sino de una medida impuesta desde el mismo Estado. Sobre el punto, es dable destacar que el pueblo germánico ponía a la paz como valor divino. El germano, si bien se reconocía como individuo, daba especial importancia a su rol dentro de una familia y a su vez, ésta dentro de un pueblo, la coexistencia pacífica, por tanto, era fundamental para desarrollarse.

De tal suerte que, el fin fundamental del derecho era la preservación de esa paz y el delito, era la negación de ese orden, era no sólo un quebrantamiento de la ley de los hombres, sino también de la ley divina. Es difícil entonces en ciertos casos establecer la línea entre lo estrictamente privado y lo público (entendido como lo religioso), ya que, por ejemplo, en los supuestos de ofensa pública, el culpable a pena de muerte podía ser asesinado por cualquiera y si lo hacía el poder público, tenía el carácter de expiación religiosa.

También resulta interesante rescatar el carácter objetivo de las imputaciones que se realizaban, en tanto extendía la responsabilidad en muchos casos a los guardianes de la cosa por sus actos y a los padres por sus hijos menores. Recién en los autores clásicos como Hobbes (1651), puede advertirse esta cesión con más claridad, el ciudadano entrega sus derechos al Estado para que este le garantice el derecho a la seguridad. *El hombre lobo del hombre* implica que en el hombre vive entre sus semejantes que son enemigos natos, egoístas, salvajes, y violentos como él. Cada uno reclama el derecho a todo; por lo que nadie tiene derecho a nada. De ese caos nace el Leviathan, cuyo poder es superior a cualquier otro poder, y por lo tanto es capaz de mantener a raya la violencia y horrores que ejecutan los particulares entre sí, mediante el supremo horror estatal.

En la actualidad, la venganza privada aparece con fuerza ante los casos de anomia estatal y como un síntoma claro de la ineficacia de la obligación de seguridad que debe brindar el Estado a sus ciudadanos. Como bien lo advierte Isensee (2014) "La sanción más grave de la indolencia estatal es la autoayuda privada. Cuando el Estado de derecho deja terreno a la violencia privada,

produce contra-violencia privada. El repliegue del Estado puede a la larga desencadenar un desarrollo que conduzca a la reprivatización de una tarea genuina del Estado como es la seguridad”.

Así pues, la venganza privada o autoayuda, en palabras de Isensee (ob. cit.) es la consecuencia no deseada del fracaso del derecho penal y, por tanto, debe ser estrictamente combatida cuando se excede de los permisos lógicos que la ley le otorga a los ciudadanos (verbigracia, la legítima defensa). En el caso particular que amerita la presente investigación, se aprecia de la lectura del código un verdadero enaltecimiento de la actividad privada de justicia y lo que es más llamativo aún es que el recurso a la autoridad estatal se encuentra en un nivel asimilable a la delación o como medio de ejecución de la venganza.

El “Codice barbaricino”

Previo a ahondar en el análisis del código, es pertinente dedicar unas breves líneas a la situación de la sociedad sarda de entonces. Ubicados en una isla, el ámbito socio económico en el que se desarrolló aquel, es de netamente agrario, incluso alejados de los centros urbanos que ya tenía en ese momento la isla. Se buscaba entonces, procurar la justicia contra la comisión del delito, tutelando el honor y la dignidad de la persona. Se le denominó *barbaricino* por la Barbagia, región donde se ubicaba la población nativa más arraigada a la Cerdeña, España y en la cual se fueron retirando poco a poco los pobladores originarios escapando de invasiones externas.

Ahora bien, la venganza era parte de un ordenamiento no escrito fundamentalmente consuetudinario, a diferencia de lo que representa la sociedad actual que se rige por un principio contractual. Esta serie de costumbres fueron esquematizadas por una investigación de Pigliaru (ob. cit.), quien con rigor jurídico las plasmó en un código de veintitrés artículos dividido en tres partes: principios generales, ofensas y la medida de la venganza. El mencionado jurista logró plasmar en un texto todos estos principios a partir de una investigación directa en la misma comunidad entre los cuales se encontraban incluso, protagonistas de actos de *banditismo*.

En su libro, se articulan una serie de normas de comportamiento milenarias, vinculantes e imperativas, entre las que sobresalían valores como el honor y la valentía y a las cuales había que someterse porque eran la ley real. Si alguien quebrantaba la norma, la sociedad entendía que tenía el derecho de reparar la ofensa sufrida mediante la venganza, también regulada mediante normas no escritas. Así, la venganza se trasformaba en justicia y la ejecutaba la misma sociedad.

Principios generales

El artículo 1 del esquema de Pigliaru fija como principio inicial la obligación de vengar toda ofensa; “la ofensa debe ser vengada”, reza y se complementa el concepto señalando que no es hombre de honor quien se sustrae del deber de la venganza. Sin embargo, se deja un resquicio para evitarla, en caso de que el obligado a vengarse renuncie a su ejecución alegando motivos morales superiores, para lo cual, además, debe acreditarse que, en la totalidad de su vida, la persona ha dado prueba de su hombría.

El ámbito de aplicación del código se obliga a todos aquellos que a cualquier título vivan y actúen en el ámbito de la comunidad. Respecto del titular del “deber” de la venganza en el artículo 3 se establece que es el sujeto ofendido, como individuo o como grupo, dependiendo que la ofensa fuese intencionalmente dirigida a un individuo en particular como tal o al grupo social en su integridad orgánica ya sea de forma mediata o inmediata.

Por otro lado, queda expresamente previsto que ninguna persona que viva y actúe en el ámbito de la comunidad puede ser víctima de la venganza por un hecho no tipificado como ofensivo. Asimismo, nadie puede ser declarado responsable de una ofensa si al momento en que obró no era capaz de entender y querer; en ese caso, responden los moralmente responsables. La responsabilidad es individual o colectiva, dependiendo de que el evento ofensivo alcance a la acción de un individuo en particular o de un grupo organizado que actúe como tal.

Así pues, el grupo organizado tanto sobre la base de un vínculo natural como por el efecto sobreviniente de las relaciones sociales responde de la ofensa cuando esta es causada por un individuo del grupo con iniciativa individual. Ello, refiere el artículo 5 que en el caso en que el mismo grupo, confrontado a las consecuencias de la acción ofensiva, exprese en forma inequívoca, solidaridad activa respecto del culpable como tal. Más adelante en el artículo 6 se prevé la responsabilidad de quien se encuentra en condición de huésped, la cual es sólo personal y deriva de las eventuales acciones y omisiones que pudiese cometer en relación con los deberes particulares de su situación.

Amén de ello, la venganza debe ser ejecutada solamente mientras exista la certeza, sobre toda duda razonable, de la responsabilidad a título de dolo de parte del agente. Pigliaru también detecta un régimen de “prescripción” de las ofensas, que se extinguen: a) cuando el reo admite lealmente su responsabilidad asumiendo sobre sí, la carga del resarcimiento solicitado por el

ofendido o establecido mediante laudo arbitral; o b) cuando el culpable ha actuado en estado de necesidad o por error o caso fortuito, o bien porque obligado por otros mediante violencia de la cual no podía sustraerse. En este último caso, responde de la ofensa el autor de la violencia.

En orden a las causales de suspensión de la venganza, el artículo 9 la establece respecto de quien, a pesar de ser fundadamente sospechado del hecho, solicita y obtiene ser sometido a la prueba del juramento para ser liberado. En ese caso, el juramento debe ser prestado conforme la siguiente fórmula “Juro no haber hecho, ni visto ni aconsejado y de no conocer persona alguna que haya hecho, visto o aconsejado”. Sin embargo, es admitida, previo acuerdo, la omisión de la segunda parte de la fórmula. El juramento liberatorio tiene valor idéntico a los efectos de la presente norma, ya sea si es efectuado en presencia de terceros convocados en calidad de testigos, o bien, en forma solemnísimamente, según las costumbres locales.

Para finalizar los principios generales, se aclara que el incumplimiento fraudulento de las cargas derivadas de la aplicación de lo indicado en el artículo 8 a), o bien el juramento que resulte falso a la luz de ulteriores pruebas tendientes a confirmar la responsabilidad del culpable, constituyen agravante específica. En el caso del falso juramento, la ofensa se agrava ulteriormente si el juramento fue dado en forma solemne.

Las ofensas

En el artículo 11 se define la ofensa desde la acción del sujeto activo, puesto que una determinada acción es ofensiva cuando el evento del que depende su existencia es previsto o querido a los fines de socavar la honorabilidad o dignidad ajena. Se aclara además específicamente en el artículo 12 que el daño patrimonial en cuanto tal no constituye ofensa ni motivo suficiente de venganza. Sin embargo, el daño patrimonial constituye ofensa cuando, independientemente de su entidad, fue producido con específica intención de ofender, o bien fue realizado en circunstancias tales que impliquen por sí mismas, razón suficiente de ofensa, o bien cuando en el daño esté presente la voluntad explícita de provocar un daño efectivo. De tal suerte, conforme el artículo 14, se considera que el daño patrimonial es ofensa en los siguientes casos:

a) Hurto de ganado cuando éste aun configurando una normal práctica del abigeato, sea consumado: : 1) por un enemigo; 2) por quien fue compañero de aprisco del ofendido y conoce por lo tanto la organización técnica del aprisco; 3) por el titular del aprisco lindante; o bien, si ha

contado con la complicidad u “omertá” (código de silencio siciliano por lo que en el caso en concreto debe entenderse que se asimila guardar silencio sobre el conocimiento del ilícito a la complicidad) de alguno de ellos para llevarse a cabo; b) Hurto de la cabra lechera destinada a la alimentación de toda la familia.

c) Hurto de un cerdo destinado a engorde por motivos de economía familiar; d) Hurto o faena de una vaca destinada como regalo al neonato, a la esposa o al huérfano;

e) Hurto o faena de un caballo o bien de una yunta de buey destinados a la práctica normal del trabajo; f) Destrucción vandálica del ganado ovino, bovino, equino; g) Incendio doloso; h) Pastoreo abusivo dentro de un terreno alambrado, consumado con fin provocativo o a título de insulto; i) Injusta división patrimonial que conlleve un comportamiento desleal revelado con el deliberado fin de producir un daño efectivo a la persona que no está en condiciones de hacer valer sus facultades por cualquier motivo de hecho; l) Ejercicio abusivo del derecho, efectuado con intención de ofender.

Siguiendo con las ideas de la ilustración de dividir las cuestiones entre lo objetivo y lo subjetivo, en el artículo 13 se definen que las circunstancias de la ofensa son objetivas y subjetivas. Las primeras, conciernen a la naturaleza, la especie, los medios, el objeto y el modo de la acción. Por su parte, las circunstancias subjetivas conciernen a la intensidad del dolo o las condiciones y la cualidad del culpable o bien a las relaciones existentes o que existían entre el culpable y el ofendido.

La estructura también tiene lugar para algunas reglas de participación, por caso, se establece en el artículo 15 que cuando más personas concurren en la ejecución material de alguno de los hechos mencionados en el artículo 14, no responde quien haya participado:

a) sin encontrarse a título personal en las condiciones expresamente previstas en el inciso a); o bien, sin encontrarse en conocimiento de la particular naturaleza o destino de la cosa en los casos previstos en los incisos b), c), d), e); habiendo actuado para la ejecución de mandato recibido, sin otra participación que aquella de naturaleza técnica durante el evento, en los casos de los incisos f), g), h);

Tampoco responde por la ofensa aquel que en el caso previsto en el inciso i), hubiese obrado de buena fe en virtud de haber sido inducido al error por terceros.

Amén de las hasta aquí reseñadas, constituye ofensa, por ejemplo, el paso provocador de un enemigo a través de un terreno cerrado; la injuria cuando la ofensa al decoro de una persona o de

un grupo se produce mediante la atribución de un hecho determinado pero falso, con tal entidad de afectar la honorabilidad de la persona o del grupo al que el mismo venga atribuido; la difamación o la calumnia, cuando concurren las mismas circunstancias previstas para la injuria; la ruptura de una promesa de matrimonio.

En este caso, se agrava cuando el hecho en sí mismo carece de justificación, o bien, cuando la acción fue ejecutada en circunstancias tales de comprometer públicamente el honor de la futura esposa y conjuntamente la dignidad y el honor de la familia a la que pertenece. Asimismo, constituye ofensa ulteriormente agravada, la ruptura de la promesa de matrimonio cuando el culpable haya obrado con el fin de menoscabar el honor de la prometida o bien ofender a su familia. Es ofensa la ruptura injustificada o la falta de cumplimiento de un pacto establecido por cualquier motivo a o finalidad en las debidas formas.

La ofensa se agrava si el sujeto recedente si vale de la ventaja derivada de la calidad de socio para generar o favorecer a quien intente provocar un daño a la otra parte. La ofensa es además ulteriormente agravada cuando la rescisión o bien, el incumplimiento fuere ejecutado para provocar daño. También lo es la delación, cuando no sea efectuada por la parte lesionada, sino que se realice con fin de lucro o bien, como destrato. La ofensa se agrava cuando se produce con ante la autoridad de seguridad pública en vez de la autoridad judicial.

Como principio general también el falso testimonio expresado por persona no legitimada por la calidad de parte afectada es ofensa, pero aquel no constituye ofensa cuando lo presta quien ejercita la profesión de testigo falso o bien de quien declara falsamente a favor del imputado independientemente de la culpabilidad o inocencia de este último. Finalmente, es ofensa toda acción ejecutada contra la persona hospedada. En tal caso, el titular de la venganza es la persona o grupo hospedante y la ofensa de sangre.

Extrañamente, Pigliaru (ob. cit.) concluye su enumeración de las ofensas con una definición no ya desde la acción ofensiva, sino desde la misma ofensa, para lo cual señala en el artículo 17 que constituye ofensa toda acción dirigida a producir un hecho de naturaleza ofensiva cuando el evento no se verifica o bien, este se haya frustrado por un cambio en la voluntad del agente y sin embargo, los actos cumplidos expresen en modo idóneo e inequívoco, la voluntad de producir daño.

La medida de la venganza

El artículo 18 establece la medida de la venganza para lo cual, la divide en tres tipos específicos; debe ser proporcionada, prudente o progresiva. Se entiende por venganza proporcionada, una ofensa idónea para producir un daño mayor pero análogo a aquel sufrido; se entiende venganza prudente una acción ofensiva ejecutada luego de conseguir certeza respecto de la existencia de la responsabilidad dolosa del agente y sucesivamente al intento fallido de composición de la controversia cuando las circunstancias de la ofensa originaria lo tornen posible; se entiende por venganza progresiva una acción ofensiva ejecutada con prudencia y adecuada respecto del empleo de medios más o menos graves al agravarse o atenuarse progresivamente la ofensa originaria, aún si se verificaren nuevas circunstancias que agraven o bien que atenúen la ofensa originaria o del progresivo concurso en el tiempo de nuevas razones de ofensa.

Respecto de los medios para la venganza, en el artículo 19 se consideran “normales” todas las acciones previstas como ofensivas a condición de que sean conducidas en modo de tornar lealmente manifiesta su específica naturaleza. Asimismo, según el artículo 20, constituye instrumento de venganza, recurrir a la autoridad judicial cuando la certeza moral sobre la responsabilidad dolosa del agente se haya alcanzado a partir de la suficiencia procesal de las pruebas recogidas y siempre que el daño que derive del éxito del proceso se pueda prever de modo suficiente y adecuado a la naturaleza de la ofensa según los principios de la venganza en general.

En el artículo 21 se establece también que, dentro de la venganza progresiva, ninguna ofensa excluye recurrir a la peor de las hipótesis, la sangre. Del mismo modo, ninguna ofensa excluye la posibilidad de una composición pacífica, siempre que el comportamiento global del responsable lo torne posible. La venganza debe ser ejercitada dentro de límites racionales de tiempo, a excepción de la ofensa de sangre que nunca prescribe, ello conforme al artículo 22. Finalmente, se establece que la acción ofensiva ejecutada a título de venganza constituye a su vez, motivo de venganza de parte de quien fue atacado, cuando se realiza de manera desproporcionada o bien no adecuada o desleal. La venganza de sangre constituye ofensa grave aun cuando fue consumada al fin de vengar una ofensa de sangre precedente.

Análisis crítico. Cuestiones salientes de la esquematización.



Como primera cuestión de interés, se resalta el origen consuetudinario del código, es decir, no tiene una matriz contractual como pueda analizarse desde el punto de vista jurídico actual, no obstante, lo cual nace, sin dudas, para regular la vida de la sociedad. Del mismo modo, es importante establecer que no se trata de un “ordenamiento parasitario”, es decir, aquel en el que los delincuentes utilizan las normas del Estado para su propio beneficio. Por el contrario, es un ordenamiento autónomo que, amén de no necesitar de la existencia de un ordenamiento estatal para su existencia tampoco busca ser un pacto entre malvivientes sino un verdadero regulador social.

Vale destacar el carácter obligatorio de la venganza. En efecto, no es facultativa, sino que, por el contrario, constituye un deber del habitante de la zona. Más allá de las excepciones previstas y que se asemejan en ciertos casos a las excusas exculpatorias, se advierte que la comunidad tiene una gran tendencia retribucionista, es decir, se busca resaltar el disvalor de la conducta llevada adelante por el individuo, castigando como una exigencia.

En palabras de Kant (1993) “si el autor no responde por el homicidio ante el pueblo, que ha exigido ese castigo: el mismo pueblo puede ser observado como partícipe de la lesión a la justicia”. En definitiva, “...la pena no es hipotética, sino categóricamente necesaria, puesto que la ley penal no constituye un imperativo hipotético, sino un imperativo categórico”. Por otro lado, la importancia del juramento como medio para poder ser liberado de la responsabilidad penal vuelve a poner de resalto la importancia que se le da al honor y a la palabra en el código.

Asimismo, aparece como trascendente el hecho de que la venganza pueda ser motivada y ejecutada, no sólo por afectaciones a derechos individuales, sino también grupales. El esquema acepta la ejecución colectiva de la venganza desde y contra ciertos grupos dentro de la comunidad.

Nótese también que se castigan no sólo los delitos contra las personas, sino también aquellos con componente patrimonial. Lógicamente, en una sociedad rural, la afectación al ganado atenta contra la mismísima fuente de subsistencia de las familias y por tanto, es merecedora de una tutela intensa.

Por otro lado, de la lectura pormenorizada del trabajo de Pigliaru (ob. cit.) se advierte una gran carga sobre el componente subjetivo, tanto de las ofensas como de la venganza. En efecto, se prioriza y se hace hincapié en el conocimiento efectivo de parte de los agentes de la conducta que se está realizando. Evidentemente esta subjetivación extrema tal vez lleve mucho de la postura de este autor, pero lo cierto es que la intención y la voluntad de causar daño son muy valorados en la



comunidad barbaricina, exceptuando a la venganza de los casos en los que sólo medió culpa. Es lógico por otro lado que quien no quiso una determinada conducta no pueda ser "golpeado" por la venganza de sangre.

Por otro lado, resulta ciertamente destacable la apertura de la venganza a una espiral continua al habilitar que aquel que recibe una venganza desproporcionada. He aquí un término plagado de vaguedad y cuya interpretación puede ser realmente complicada. ¿Qué se entiende por desproporcionado? Pues valdría recurrir a la postura casi unánime de la doctrina que entiende la proporción desde una relación de *medios-fin*, se tendría allí un avance, pero evidentemente no la solución. Pareciera en definitiva que se requiere cierta "casuística" para determinar cuándo se procede o no de manera proporcional.

Finalmente, la presencia de "l'omertà" dentro del esquema es especialmente interesante. Este instituto representa uno de los ejes de la cultura mafiosa, "el pacto de silencio" ha sido por años la garantía de la impunidad para los jefes de las organizaciones delictivas. Su modalidad fue puesta en práctica en muchos juicios y sólo se ha roto en los casos en que el "honor" relativizó sus valores, es decir, cuando se consideró que quienes debían responder por sus crímenes habían previamente faltado a esa "honorabilidad" exigida por las familias.

Conclusiones

Luego de haber reseñado algún hito de la venganza privada a lo largo de la historia y la totalidad del *codice barbaricino* a la luz de la obra de Pigliaru, se entiende el interés interpelar acerca de la vigencia de la obra y, fundamentalmente, la cuestión de la venganza privada. Es que, si bien ya en pleno siglo XXI el código ha perdido virtualidad más allá de algún episodio de sangre aislado, lo cierto es que la obra de Pigliaru, en tanto otorga a la venganza un estatus de ordenamiento jurídico, nos acerca nuevamente a un problema central del derecho penal.

En efecto, partimos de la base indiscutible de que la venganza privada es inadmisibles en un Estado de derecho que pretende tener para sí el monopolio de la fuerza, lo contrario es una situación de anomia extremadamente peligrosa sobre la cual no vale la pena ahondar. De tal suerte, se puede decir que, dentro de un marco normativo sólido como el italiano, la venganza ha desaparecido como posibilidad y menos en el marco de un ordenamiento jurídico paralelo.

En ese mismo sentido, resulta indispensable de parte del Estado disponer lo necesario para que mediante la administración de justicia se reparen los daños causados. Es esta la única manera



en que los ciudadanos no reivindicarán su derecho a la venganza, es decir, la reclamación del estado pre-hobbesiano de recurrir a la propia razón para establecer el equilibrio. El problema surge, cuando como ocurría en la comunidad sarda, el Estado es en realidad, desde tiempos ancestrales un invasor. Este fenómeno vale decir, no se da solamente en el marco de la isla de Cerdeña, sino que, en el mismísimo sur de Italia, donde aún persisten enclaves mafiosos con gran poder, se encuentra en plenitud un revisionismo histórico en el que se asocia a la unificación italiana con una invasión del norte pobre al sur rico.

En este contexto las armas y los "hombres de honor" sirven a objeto de garantizar la realización de los fines de la comunidad por imperio del propio ordenamiento. El problema se da en el marco de la proliferación de ambas cuestiones a la vez, puesto que quien es capaz de vengarse, a su vez, debe ser capaz de defenderse, provocando así, un problema de gravedad para el Estado moderno.

Es por ello por lo que analizado a la luz de la cosmovisión de este siglo XXI, se considera que la obra de Pigliaru puede mostrar el contraste de la ausencia de un Estado central como dueño de la fuerza y administrador de justicia contra el dominio de bandas. En definitiva, por ello resulta tan importante la confianza de los ciudadanos en su sistema de administración de justicia, el *rule of law*, lo opuesto es la anomia y sus indeseables consecuencias; está en cada sociedad encontrar el sistema que mejor se adapte a su idiosincrasia para lograr el equilibrio

Referencias

- Agrile, P. (2011). *Mala Unità*, Spazio Creativo Edizioni, Napoli.
- Di Lucia, P. (s/f) *l'ordinamento della vendetta barbaricina.un case-study per l'ontologia sociale*, <http://www3.lex.unict.it/tcrs/numero/2012/DiLucia.pdf>
- Favata, A. (1987); *Dizionario dei Termini Giuridici*, La Tribuna, Piacenza.
- Isensee, J. (2014), *El derecho Constitucional a la seguridad. Sobre los deberes de protección del estado constitucional liberal*. Trad. de Juan Carlos Gemignani y Teresa Manso, Ed. Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires.
- Kant, I. (1993). *Metaphisik der Sitten*, Ed. A cargo de Weischedel, Frankfurt, 1993.
- Mazzette, A (2006); *La criminalità in Sardegna. Reati, autori e incidenza sul territorio*; Edizioni Unidata, Sardegna, 2006.
- Mommsen, T. (1991), *Derecho Penal Romano, trad. de Pedro Dorado Montero*, Temis, Bogotá.



Noceti, M (1995) *Diccionario Bilingüe de Terminología jurídica, italiano español, español italiano*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1995.

Palmieri, G (2005) *Dizionario dei termini giuridici. Nuova edizione ampliata e aggiornata*, BUR.

Perra, L (2017). *L'ordinamento barbaricino*.

https://www.researchgate.net/publication/341913573_L'ordinamento_barbaricino

Pigliaru A (1959) *La vendetta barbaricina come ordinamento giuridico*, Giuffré, Milano.

Pigliaru A (1993), *Il banditismo in Sardegna. La vendetta barbaricina come ordinamento giuridico*, Giuffré, Milano.

Sacco, R (2010) *pensiero, parola nella creazione del diritto, Lingua e Diritto. Livelli di analisi*, Milano, LED Edizioni Universitarie.

Visconti, J (2010) *Lingua e Diritto. Livelli di analisi, Milano*, LED Edizioni Universitarie, 2010.

Zingarelli, N (2005) *Vocabolario della lingua italiana*, Bologna Zanichelli.

DERECHOS DE LOS ANIMALES NO HUMANOS EN BRASIL: UNA REALIDAD EN CONSTRUCCIÓN

RIGHTS OF NON-HUMAN ANIMALS IN BRAZIL: A DEVELOPING REALITY

Thiago Guerreiro Bastos⁸

 <https://orcid.org/0000-0002-4070-610X>

Ana Alice de Carli⁹

 <https://orcid.org/0000-0002-9525-8113>

Resumen

El trabajo indaga sobre el estado de la ética ambiental en Brasil en cuanto a los animales no humanos. La discusión parte del marco político-jurídico de la Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988. En este sentido, se presentan conceptos de antropocentrismo clásico y moderado, sensocentrismo, biocentrismo, ecocentrismo y abolicionismo animal. Cada corriente aporta al debate sobre los derechos de los animales y contribuye a determinar si los animales deben ser vistos como cosas/objetos o si tienen algún grado de valor intrínseco. A partir de estas herramientas teóricas, se analiza el sistema jurídico brasileño a través de decisiones políticas tomadas en el ámbito del Poder Legislativo y del Poder Judicial en los últimos siete años. De esta manera, se señalan posibles caminos para la sociedad brasileña en cuanto a avances en los derechos de los animales no humanos.

Palabras clave: derechos de los animales; ética ambiental; Brasil; animales no-humanos; personalidad jurídica.

Abstract

The paper investigates the state of environmental ethics in Brazil regarding non-human animals. The discussion is based on the political-juridical framework of the Federal Constitution of Brazil of 1988. In this sense, concepts of classical and moderate anthropocentrism, sentientism, biocentrism, ecocentrism, and animal abolitionism are presented. Each approach contributes to the debate on animal rights and helps to determine whether animals should be seen as things/objects or if they have some degree of intrinsic value. Using these theoretical tools, the Brazilian legal system is analyzed through political decisions made in the Legislative and Judicial powers over

⁸ Universidade Federal Fluminense - UFF
Volta Redonda-Brasil
Correo: thiagoguerreiro@id.uff.br

⁹ Universidade Federal Fluminense - UFF
Rio de Janeiro-Brasil
Correo: anacarli@id.uff.br

Recibido: 20-04-2023

Aceptado: 27-06-2023

the last seven years. In this way, posibles paths are presented for Brazilian society regarding advancements in non-human animal rights are identified.

Keywords: animal rights; environmental ethics; Brazil; non-human animals; legal personality.

Introducción

Este ensayo académico comienza con un breve relato sobre un episodio experimental con un animal no humano, que servirá para ilustrar la cuestión central de este texto. Los años 50 estuvieron marcados por la Guerra Fría entre los Estados Unidos de América (EE. UU.) y la antigua Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS). Este período histórico vivió una intensa carrera espacial con fines geopolíticos. En la disputa, los soviéticos obtuvieron dos conquistas significativas. El 4 de octubre de 1957, colocaron en órbita el primer satélite artificial, el Sputnik I. En noviembre del mismo año se lanzó el Sputnik II, que llevaba a bordo a la perra Laika.

En efecto, el Sputnik II tenía como objetivo secundario estudiar las implicaciones del espacio en la biología terrestre. Por eso, se envió en este viaje a un mamífero vertebrado. Sin embargo, el desenlace de Laika fue trágico, ya que murió pocas horas después de entrar en órbita debido al estrés y al sobrecalentamiento del satélite. ¡Peor! Aunque hubiera sobrevivido a las condiciones adversas, al estar sola en el satélite no tripulado, probablemente no habría sobrevivido durante el ingreso a la atmósfera terrestre.

A partir de este hecho histórico, surge la siguiente pregunta: ¿hay espacio para una relación jurídica horizontal entre animales humanos y no humanos? No se niega el avance en la ética ambiental, pero los efectos jurídicos parecen estar abajo de lo deseado. En el plano normativo-constitucional brasileño, delineado en la Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988 (CRFB/88), a pesar de los avances en relación con la naturaleza en su plenitud, se constata que hay mucho más a avanzar hasta a una dignidad de la vida en general. Esto porque la Carta Magna en cuestión consagra de manera explícita solo la dignidad de la persona humana como principio fundante de la República Federativa de Brasil, según se extrae del artículo 1, inciso III.

Algunos estudiosos, con los que compartimos la misma opinión, critican la limitada extensión del principio de la dignidad a los seres humanos, ya que es más adecuado y justo hablar del principio de la vida en evolución o el principio de la vida en general, ya que no solo el ser humano debería ser titular de la dignidad. En esta línea, destacan Ingo Sarlet y Fensterseifer (2007)

La ampliación de la noción de dignidad humana (basada en el reconocimiento de su necesaria dimensión ecológica) y el reconocimiento de una dignidad no humana de la vida apuntan a una reinterpretación del contrato social clásico hacia una especie de contrato socioambiental (o ecológico) contrato.), con el objetivo de contemplar un espacio para tales entidades naturales dentro de la comunidad estatal (p. 93).

Así, avanzamos en la dirección de que es posible defender argumentos que sustenten el reconocimiento del principio de la dignidad para todos los seres vivos, desde la perspectiva del derecho constitucional ecológico. En esta línea, este artículo cuestiona si el debate trazado en los poderes legislativo y judicial apunta hacia un cambio de estatus de los animales no humanos, o si refuerzan la relación verticalizada entre especies. Además, se reflexiona sobre el papel de la ética en la base de los derechos de la naturaleza, en particular en este estudio, los derechos de los animales no humanos.

Desarrollo

Del antropocentrismo al abolicionismo animal

Según Kelsen (1999), el derecho no puede ser encontrado en la naturaleza ya que es fruto de la racionalidad humana. Por lo tanto, su creación pasa necesariamente por filtros morales. Su "Teoría Pura" permite identificar qué es el derecho, pero lo que se hace con él es obra del intérprete. En el plano contextual, es importante destacar que, en general, se adopta como concepto de sistema jurídico aquel forjado a partir de las revoluciones constitucionalistas del siglo XVIII. En este sentido, es inherente la adopción de una visión antropocéntrica del derecho. De este modo, se cuestiona: ¿cómo esperar que el derecho de los siglos XVIII, XIX e incluso de la primera mitad del siglo XX tuviera un giro ecológico, cuando el ordenamiento jurídico legitimaba la subordinación jurídica entre humanos?

El orden jurídico, a partir del concepto de raza y género, subordinó a la mayoría en detrimento de un grupo que detentó para sí el poder: el hombre blanco cristiano occidental. Las conquistas civilizatorias de negros, mujeres, pueblos originarios y LGTBIAQ+ forzaron alteraciones sociales que impulsaron cambios en el derecho. Además, es necesario reflexionar si la categorización busca separar para eventualmente excluir. El lenguaje como canal epistemológico tiene aptitud para reforzar las discriminaciones y legitimar el tratamiento dispar bajo la égida del derecho. Por lo tanto, es *natural* que el antropocentrismo se efectúe en el lenguaje

y asegure al animal humano el estatus de superioridad necesario para avalar sus actos en la cadena ecológica, sin ofender dilemas morales. Después de todo, el hombre tiene dignidad, las cosas/bienes tienen valor económico, ¡pero los animales no humanos son seres vivos y no cosas!.

En este contexto, se argumenta que los animales no humanos dependen de la acción humana para cambiar su estatus jurídico. Un cambio valorativo eventual no parte de los animales o de la ecología, sino del ser humano. En cuanto a las concepciones epistemológicas Ferreira (2017) señala cinco etapas ecológicas: antropocentrismo clásico, antropocentrismo moderado, biocentrismo, ecocentrismo y abolicionismo animal.

El antropocentrismo clásico es la corriente ética que selecciona al ser humano como el único ser dotado de valor intrínseco y como el lugar de todo valor moral. La herencia histórica, política, económica y sociológica del derecho hace que las vidas no humanas no tengan valor moral. Por lo tanto, la visión antropocéntrica clásica trabaja con dos categorías: humano y no humano. El ser humano merece todo. Los demás no merecen nada. Todo que es categorizado como no humano es instrumentalizado para satisfacer y mejorar el bienestar humano: bienes, propiedades o recursos para la subsistencia de la humanidad. La historia humana revela que la categorización legitima el tratamiento cruel, vil e inhumano. La jerarquización impuesta impide que estas acciones afecten la moralidad.

El antropocentrismo moderado, por su parte, altera la comprensión de los seres vivos y no vivos que rodean al hombre. Aún se categoriza en animal humano y no humano. Sin embargo, se reconoce la importancia del ecosistema para el bienestar intergeneracional del propio hombre. La postura moderada, en cierta forma, impide el desarrollo de una ética ambiental seria. En la visión moderada, la naturaleza no humana debe ser resguardada por ser fuente instrumental. Se adopta un sesgo utilitario. En este sentido, el medio ambiente equilibrado y la prohibición del tratamiento cruel hacia los animales pueden ser sesgos de la postura moderada, ya que son concesiones hechas en favor del hombre y no de los no humanos.

Otra corriente de pensamiento que merece mención es el denominado sensocentrismo, que invoca la noción de ética ambiental. Tanto el animal humano como el no humano tienen valor, ya que tienen conciencia subjetiva en lo que respecta al sufrimiento, dolor y bienestar. Son seres capaces de reaccionar a estos estímulos. Por eso, el ser humano tiene el deber ético con todos los demás seres sintientes, ya que todo ser capaz de experimentar sufrimiento tiene dimensión moral. Esta corriente no abarca todo ser vivo, sino sólo aquellos que tienen algún grado de comprensión

del dolor/sensibilidad. La métrica no es la aptitud racional o la del habla, sino la facultad de experimentar el sufrimiento y la crueldad. Es una visión ética que avanza sobre el antropocentrismo, pero que cae en el especismo.

El biocentrismo implica un cambio normativo ecológico. En esta corriente, la ética ambiental se enfoca en los seres vivos sin distinción. Por lo tanto, a diferencia del sensocentrismo, que limita a partir del especismo qué ser vivo tiene valor, la postura biocéntrica asegura que todo ser vivo tiene valor intrínseco, incluso si el ordenamiento jurídico no lo reconoce. Se defiende la expansión moral a todos los seres vivos: las plantas y los organismos unicelulares se ajustan a este concepto. De esta forma, el biocentrismo tiene cuatro pilares: 1 - los humanos son miembros de la comunidad de la Vida en la Tierra; 2 - todos los seres se conectan por interdependencia; 3 - todo organismo es un centro teleológico de vida, y 4 - los humanos no son especiales ni superiores a los demás seres vivos.

Además, en esta misma línea conceptual, el ecocentrismo adopta una postura de ética ambiental que profundiza el debate moral. Impone una visión holística del medio ambiente; no analiza la parte, sino el todo. Es una corriente que moralmente observa todo el conjunto del ecosistema. Todos los seres vivos y no vivos son relevantes para la mantención de la biosfera. Bajo la óptica de la ecología profunda, no se jerarquiza cualquier especie de vida en la consideración moral. Es una postura que defiende la conservación de la vida en la tierra de manera armónica y horizontal.

Por último, está el abolicionismo animal. Se trata de una postura acérrima de la ética ambiental llevada al más alto nivel de coherencia filosófica. Si los seres vivos tienen valor intrínseco, no es admisible que el hombre los subordine, los explore, los consuma, se vista con su piel o destruya su ambiente de vida. Los animales no humanos no son objetos o instrumentos difusos para la satisfacción de la vida del animal humano; los demás seres vivos no son recursos u objetos aptos para adquirir por el hombre. De hecho, el abolicionismo animalista elimina cualquier forma de encarcelamiento, subyugación, explotación y privación de libertad de los seres vivos practicadas por el hombre hacia el animal no humano. Cuando el ordenamiento jurídico regula límites para la explotación/dolor, elimina, por consecuencia, el valor intrínseco de ese ser vivo. Las prácticas no deben ser minimizadas por la regulación, sino abolidas. Esta corriente suele estar asociada con la ideología vegana.

Es posible constatar que la sociedad civil occidental ha avanzado, aunque no al ritmo esperado basado en la dignidad de la vida en general, en los niveles de protección hacia los animales no humanos. La fase de protección nula (antropocentrismo clásico) ya no existe en nuestro ordenamiento jurídico; no se admite un trato cruel y perverso hacia los animales, incluso desde una perspectiva cultural. En la actualidad, prevalece la protección difusa. Se protege no porque el animal no humano tenga dignidad, sino porque sirve al ecosistema que mantiene la subsistencia humana (antropocentrismo moderado). En esta postura, algunos animales no humanos tienen sus derechos asegurados en caso de violación por medio de la legitimidad extraordinaria de terceros.

Aunque hay una intensa disputa teórica sobre los rumos de la ética ambiental, es cierto que no hay espacio para el antropocentrismo clásico desde el último cuarto del siglo XIX. La obra de Charles Darwin (*El origen de las especies*) es un duro e incisivo golpe en la creencia sagrada del hombre como imagen y semejanza del Creador. Si los seres vivos son el resultado de un proceso evolutivo a partir de la selección natural, entonces están en constante evolución. No están listos y acabados como sostenía la biblia, ni mucho menos ocupan el papel de instrumentos para la satisfacción del hombre. La pérdida del estatus especial coloca al ser humano al lado de los demás seres vivos que habitan el mismo ecosistema. Hay una horizontalidad entre los seres vivos, hay una herencia genética común. Por lo tanto, aceptar la caída de lo sagrado vinculado a la humanidad es el primer paso para avanzar sobre la ética ambiental. Solo superada esta premisa se hace viable debatir los derechos de los animales en los ordenamientos jurídicos, porque las justificaciones morales de superioridad por lo divino dejan de tener sentido.

La Constitución de la República Federativa del Brasil, de 1988, está inserta en el contexto político, económico, social y ambiental de la década de 1980 del siglo XX. Por lo tanto, no sería defendible basarse en el antropocentrismo clásico. En su Título VII, la Carta Constitucional en cuestión, al tratar de la orden económica y financiera, por ejemplo, asegura a la libre iniciativa la prerrogativa de explorar el sector económico, pero delimita la forma al imponer la observancia de valores sociales y ambientales: función social y defensa del medio ambiente.

El Capítulo VI, del mismo Título VII, art. 225, del texto constitucional brasileño inaugura las normas sobre medio ambiente natural. El cuerpo del art. 225 y su §1º, VII/CRFB resguardan la naturaleza y sus componentes bajo un enfoque intergeneracional, y bienestar del hombre. Aparentemente, el constituyente se preocupó por el medio ambiente no porque fuera digno de valor

moral, sino para instrumentalización de la buena vida humana. Es posible vislumbrar un sesgo utilitarista. Por lo tanto, no es exagerado afirmar la posibilidad de que el constituyente haya elegido el antropocentrismo moderado como valor moral en lo que respecta al medio ambiente y a los animales no humanos que son reproducidos por los poderes constituidos. ¡A pesar de esta concepción, no se niegan voces en sentido contrario!

Según Medeiros (2016), la CRFB/88 permite asociar la dignidad de la persona humana a la prohibición del trato cruel a los animales/protección del medio ambiente ecológicamente equilibrado. De esta manera, se protege todas las formas de vida. La dignidad entendida desde la ecología impone la búsqueda de calidad de vida para todos los seres. Es decir, “la dignidad de la persona implica la dignidad de la vida, y este bien jurídico, salvo mejor criterio, no limita su titularidad únicamente a los seres humanos, ya que hay vida en otras especies y en otros seres.” (p. 5). En la perspectiva de Medeiros (2016), la prohibición del trato cruel legitima la comprensión de que los animales no humanos tienen un valor intrínseco mínimo, ya que no se admite el uso de seres vivos como objetos de deleite del hombre. Concluye, entonces, que aceptar prácticas crueles sería una ofensa a los derechos de “todos los seres humanos, al ser expuestos a la crueldad, también tienen su dignidad herida, con la consiguiente violación del derecho a una sociedad libre y solidaria.” (p. 15).

En sentido similar, Ferreira (ob. cit.) vislumbra una apertura ecológica incrustada en el artículo 225/CRFB por los constituyentes. El capítulo del medio ambiente actúa como brecha para la poshumanización. La prohibición del trato cruel actúa como cláusula general de derechos mínimos para los animales no humanos como valor en sí mismos. Es decir, “el objetivo del constituyente fue dejar un texto constitucional abierto que permitiera abarcar futuros debates, como el de los derechos de los animales.” (p. 264). Entonces, cabe preguntarse: ¿habría adoptado el constituyente un sesgo de ética ambiental y su comando normativo estaría siendo vilipendiado por los poderes constituidos desde 1988 o habría adoptado un antropocentrismo moderado? Las propuestas legislativas y las decisiones judiciales contemporáneas indican aparentemente este último escenario.

En verdad, se cree que en el modelo occidental no hay otro camino que no sea el antropocentrismo moderado. Un giro biocéntrico o ecocéntrico impone el enfrentamiento de estructuras económicas. No es posible adoptar una ética ambiental a medias; el cambio normativo como retórica moral no genera avance. La estructura capitalista impone una relación de

instrumentalidad con los recursos naturales y los animales no humanos. Si los seres vivos tienen un valor intrínseco, no pueden ser explotados económicamente por coherencia. Por eso, el avance hacia una mayor densidad del derecho de los animales pasa, antes, por el cambio de las estructuras económicas para viabilizar la alteración del filtro moral hacia una postura ética y, por coherencia, vegana.

Es importante destacar que los últimos 50 años han marcado un intenso debate sobre cuestiones ambientales. En algunos casos, es posible ver un corte biocéntrico o ecocéntrico como en las experiencias constitucionales andinas. En otros, es solo la efectuación del antropocentrismo moderado. Las acciones ambientales a nivel global (Conferencia de Estocolmo de 1972, Río 92, Río+20, Agenda 2030, entre otras iniciativas), aunque loables, no contribuyen al avance de la ética ambiental; refuerzan la agenda antropocéntrica moderada.

Se considera esencial que la literatura sobre los derechos de la naturaleza y los derechos de los animales no humanos, así como los demás actores sociales, traigan a la luz la problematización del trato que el derecho da a esos seres vivos no humanos.

Derecho Civil: de cosa a sujeto

La previsión en el código civil de que los animales no humanos son cosas que tienen valor económico es simplemente un desarrollo de los valores morales del grupo social. La superación del antropocentrismo moderado se dirige hacia el reconocimiento del valor intrínseco de otros seres vivos que no sean humanos. Esta premisa es relevante para clasificar a los animales como sujetos de derecho.

Según el artículo 1 del Código Civil Brasileño (2002), indica “toda persona tiene capacidad para derechos y deberes en el ámbito civil.” (capacidad de derecho). Aquellos que eventualmente no tengan condiciones para su ejercicio (capacidad de hecho) son tutelados por el ordenamiento. Por lo tanto, aunque por una deficiencia cognitiva que imposibilite el ejercicio pleno de la vida en sociedad, esta persona será tutelada, porque tiene personalidad jurídica. Sin embargo, el ordenamiento civil también admite que entidades despersonalizadas sean sujetos de derecho, incluso sin disfrutar de la calidad de persona. Herencia, condominio, órgano público, masa fallida, entre otros. También se recuerda la intensa discusión civilista sobre la naturaleza jurídica del nasciturus. Aparentemente, el orden infra constitucional limitó el ejercicio de la personalidad jurídica a las personas (físicas o jurídicas). La capacidad de derecho es un atributo que califica a

la persona y reconoce su dignidad.

Curioso, sin embargo, es notar que el orden vigente admite tratamiento a la luz de la personalidad a las personas colectivas o bienes arrebatados. La ley otorga personalidad jurídica propia en estos casos. La persona jurídica, aunque no humana, tiene asegurado el derecho de personalidad, derecho de las cosas, derecho obligacional, derecho industrial, derecho al honor y derecho sucesorio. Al final, una persona jurídica tiene más valor que un animal no humano, ya que incluso puede sufrir daño moral. Si el ordenamiento jurídico forja categorías para personas no humanas, ¿por qué no se pueden crear categorías que otorguen derechos protectores a los animales no humanos? Si el titular de derechos no puede ejercerlos por sí solo, el ordenamiento permite el ejercicio del derecho del titular a través de la representación y tutela.

A pesar de las decisiones morales tomadas por los legisladores, aquello que no tiene personalidad se ajusta objetivamente como cosa. Los bienes son cosas porque son útiles para aquellos que tienen personalidad. La cosa es susceptible de apropiación por un sujeto de derecho debido al valor económico o jurídico y no moral. Los animales no humanos no se ajustan al concepto de persona ni de entidades despersonalizadas por elección legal. Por lo tanto, se consideran bienes muebles en los términos del art. 82 de dicho código. En esta condición, pueden ser objeto de embargo o presentar vicios ocultos en las transacciones comerciales. La cosificación de los animales no humanos se efectúa a partir del sistema jurídico creado por el hombre. Es un sistema que protege y legitima sus intereses contra los demás seres vivos no humanos.

De esta manera, el Código Civil es una inflexión que refuerza la creencia de superioridad por especie. Si las demás especies son cosas, entonces son instrumentos accesorios para la satisfacción de la vida del ser humano. Son bienes en el sentido de cosas que integran el régimen jurídico de los derechos reales, rama del derecho encargada de garantizar la posesión y propiedad de algo a un ser humano. En este sentido, según Ferreira (ob. cit.): “en vista de que el ordenamiento jurídico brasileño considera al animal no humano como una cosa u objeto, su protección, en general, se limita a cuestiones de orden económico cuando es propiedad del ser humano.” (p. 299).

El hecho de que los animales no humanos no tengan aptitud para obligaciones no los excluye del rol de posibles titulares de derechos. El ordenamiento patrio prevé aquellos que tienen personalidad, pero no tienen capacidad. Por lo tanto, sus deberes son ejercidos por personas que los efectúan en su lugar. En el caso de un niño, sus padres o tutores son responsables. Y aunque no haya ningún pariente vivo conocido, el papel recae en el estado. Si se asocia la racionalidad a

la condición sine qua non para el ejercicio de la titularidad de los derechos, entonces, diversos seres humanos serían subyugados y excluidos. Esta óptica, llevada al extremo, admite que una persona en coma no tenga derecho a la vida.

Pero, después de todo, ¿qué es ser racional? El propio sentido de razón se extrae a partir de la concepción del hombre. Según Cardinal (2017), los animales no son cosas, ya que tienen una dignidad propia inherente a su condición de criaturas. Por lo tanto, corresponde al hombre otorgarles derechos o protección especial en el orden jurídico que se cree. En este sentido, señala que el primer paso hacia una ética ambiental es la descosificación del animal no humano. El cambio de categoría permitiría un mayor debate social, político y económico. Sin embargo, el cambio de estatus implica reflexionar sobre las implicaciones jurídicas. Si los demás seres vivos son considerados dignos, no es coherente el consumo de su carne, el uso de su piel, el cruce forzado, entre otras prácticas. Por lo tanto, Cardinal (Ob. cit.) señala lo siguiente:

Aunque se admitan los derechos de los animales y su personalidad jurídica, creemos que, en el especismo, nunca, en mi opinión, esa personalidad jurídica será equiparable y reducible a la personalidad jurídica de las personas. Esto puede significar, en particular, una cierta idea de regla de colisión de derechos donde, en principio, el derecho en conflicto titularizado por el hombre prevalece sobre el derecho en conflicto titularizado por el animal. También está claro que se deberían instituir mecanismos como la tutela, curatela o representación (p. 419).

La encrucijada moral impone, como se mencionó anteriormente, resolver un dilema a la vez. Para entender al animal no humano como digno, es necesario refundar las bases económicas. De la forma en que se plantea la cuestión, ni siquiera la constitucionalización del derecho civil tendría la capacidad de alterar la relación de sumisión entre el hombre y los demás animales. El avance posible sería en el antropocentrismo moderado o en el sensocentrismo.

En un informe emitido por el Senador Randolfe Rodrigues en 2019, en el ámbito de la Comisión de Medio Ambiente del Senado Federal, sobre el Proyecto de Ley n.º 27/2018 (origen Cámara de Diputados), que modifica la Ley n.º 9.065/98 para establecer un régimen especial de protección para animales no humanos, se destacó la importancia de este cambio jurídico. En su informe, reforzó lo siguiente:

Estas proposiciones, al igual que el proyecto en análisis, en ningún momento equiparan a los animales con los seres humanos ni les otorgan personalidad jurídica, pero de manera

innovadora les otorgan la dignidad de tratamiento reservada a los seres sensibles. (...) Observamos que el Derecho Ambiental Brasileño clasifica a los animales como bienes ambientales difusos, cuya titularidad pertenece a la colectividad, aunque también pueden ser apropiados como bienes particulares según el artículo 82 de la Ley N° 10.406, de 10 de enero de 2002 (Código Civil), que define los bienes muebles. Sin embargo, innegablemente existe un deber por parte de la colectividad y del Poder Público de defender y proteger a los animales, dadas las disposiciones constitucionales que prohíben la crueldad hacia estos seres vivos.

En el Senado brasileño se encuentra el Proyecto de Ley n. 351/2015, cuyo objetivo es modificar el artículo 82/CC para determinar que los animales no son cosas, remitiendo su tratamiento jurídico a un estatuto del animal no humano que se publicará posteriormente. Por lo tanto, aparentemente, el Congreso Nacional estaría avanzando en el reconocimiento de la dignidad y los derechos de los animales no humanos, a través del antropocentrismo moderado o del sensocentrismo. El sistema jurídico brasileño aún no ha logrado avanzar de manera sustancial en lo que respecta a los derechos de los animales desde la perspectiva de las normas. La herencia antropocéntrica y especista se mantiene intacta en sus estructuras centrales. Mientras que los animales humanos aseguran para sí el estatus de sujetos de derecho, otorgan a los no humanos el estatus de objetos de derecho.

Poder Judicial y ética ambiental: ¿Sensocentrismo o antropocentrismo moderado?

En los últimos años, algunas decisiones del Supremo Tribunal Federal (STF) han generado un intenso debate sobre los derechos de los animales. Estos casos son la Acción Directa de Inconstitucionalidad n° 4.983 (práctica cultural deportiva de la Vaquejada) en 2016 y el Recurso Extraordinario (RE) n° 494.601 (sacrificio de animales en un ritual religioso) en 2019.

Después del análisis de estos dos casos, se presentará un caso paradigmático en el Superior Tribunal de Justicia sobre la custodia de los animales de compañía en el Recurso Especial (RESP) n° 1.713.167 en 2018. Es importante destacar que las acciones seleccionadas representan un posible perfil del Poder Judicial en los últimos 7 años, así como la reacción de la sociedad y el Poder Legislativo. La Acción Directa de Inconstitucionalidad n. 4.983 tuvo como objeto la Ley Estatal n° 15.299/2013 del Estado de Ceará. En términos generales, la ley determinó cómo debería llevarse a cabo la actividad deportiva cultural de la Vaquejada en las circunscripciones estatales.

El Procurador General de la República propuso la acción por entender que la ley violaba la previsión del art. 225, §1, VII/CFRB al legitimar un trato cruel al animal no humano. Sustentó a través de informes que la práctica deportiva generaba fracturas, ruptura de ligamentos, traumatismos y desplazamiento del rabo por torsión, pudiendo incluso haber una pérdida total del rabo que afecta la médula espinal y los nervios. El animal era sometido a un trato cruel antes, durante y después de la práctica de la Vaquejada.

En este orden, la Vaquejada es una práctica cultural deportiva muy arraigada en el noreste brasileño. En esta actividad, dos vaqueros montados a caballo persiguen al toro en una arena. Es necesario que ambos se emparejen en el animal para llevarlo a una región específica de la arena. En esta área, su objetivo es derribar al animal tirándolo por el rabo. Solo se puntúa si el animal queda con las patas hacia arriba durante algunos segundos determinados por las reglas de la competición.

La proposición de la Acción Directa de Inconstitucionalidad tuvo como fundamento la ofensa a los derechos fundamentales de tercera dimensión, es decir, una tutela difusa, colectiva y fraternal del medio ambiente y de los animales no humanos. Fue una decisión ajustada de 6x5 por la inconstitucionalidad de la ley. Los Jueces de la Suprema Corte Marco Aurélio, Roberto Barroso, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski, Celso de Mello y Carmen Lúcia votaron por la inconstitucionalidad de la ley. Los Jueces Edson Fachin, Teoria Zavascki, Luiz Fux, Dias Toffoli y Gilmar Mendes votaron por la constitucionalidad de la ley.

La prohibición constitucional del trato cruel hacia los animales no humanos puede ser entendida tanto por la corriente del antropocentrismo moderado como por el sensocentrismo. Los votos de algunos jueces se centraron precisamente en este sentido: encontrar el alcance y las posibilidades del artículo 225 y sus párrafos e incisos. Sin embargo, no se discutió la posible personalidad jurídica de los animales no humanos.

Es interesante señalar que los Jueces Roberto Barroso, Rosa Weber y Ricardo Lewandowski abordaron conceptos de antropocentrismo, biocentrismo y senciencia en sus votos. El Juez Roberto Barroso afirmó que "aunque todavía no se reconozca la titularidad de derechos jurídicos a los animales, como seres sintientes, tienen al menos el derecho moral de no ser sometidos a crueldad". También señaló que el cuerpo del artículo 225, CRFB/88, apunta a una postura antropocéntrica. Sin embargo, sus párrafos e incisos obligan a una relectura por el biocentrismo. En este sentido, el constituyente no respaldó en nuestro texto "un antropocentrismo radical, sino que optó por una

versión moderada, en consonancia con la importancia valorativa otorgada al medio ambiente por la mayoría de las sociedades contemporáneas”.

La Jueza Rosa Weber invocó la senciencia en su voto. Afirmó que la Constitución busca superar la matriz antropocéntrica en favor de una biocéntrica. En este sentido, sostiene que “la Constitución confiere un valor intrínseco a las formas de vida no humanas y el enfoque elegido por la Carta Magna para la preservación de la fauna y el bienestar de los animales fue la prohibición expresa de conductas crueles que atenten contra su integridad”.

El Juez Ricardo Lewandowski afirmó que su voto imponía una interpretación biocéntrica de la Constitución para superar la matriz antropocéntrica que considera al animal como una cosa sin derechos o sentimientos. Es importante destacar que los cinco votos a favor de la Vaquejada se basaron en la preponderancia del valor cultural (artículo 215, párrafo 1/CRFB) sobre los posibles intereses del animal no humano en cuanto al trato cruel (artículo 225, párrafo 1, inciso VII/CRFB). Por último, en el enfrentamiento entre el valor cultural y la prohibición del trato cruel, ésta ganó en un apretado resultado. Este es un indicativo de que la lectura moral sobre el tema aún requiere un mayor nivel de discusión pública.

La decisión del Tribunal Supremo generó una articulación política por parte de los parlamentarios. En 2016 se promulgó la Ley n. 13.364/16 que otorgó el carácter de patrimonio cultural inmaterial al rodeo y la Vaquejada. En 2017, el CN aprobó la Enmienda Constitucional n. 96/17 que incluyó el párrafo 7 en el artículo 225/CRFB que afirma que las manifestaciones culturales que utilizan animales en prácticas deportivas no se consideran crueles, siempre que se respete el bienestar animal. En 2019 se aprobó la Ley n. 13.873/19 que modificó la Ley n. 13.364/16 para reforzar infraconstitucionalmente que las actividades de rodeo, Vaquejada y lazo son actividades culturales que merecen protección estatal. La ley incluye los artículos 3-A y 3-B sobre el deber de cuidado y bienestar animal. La acción política es un claro backlash.

En el RE n. 494.601, se pidió al STF que se pronunciara sobre la constitucionalidad de la Ley n. 11.915/03 del Estado de Rio Grande do Sul. La ley estableció el código estatal de protección animal y prohibió el trato cruel y el sacrificio de animales, excepto en el caso del ejercicio del culto o liturgia de las religiones de matriz africana. Este caso, a diferencia de la Vaquejada, fue decidido por unanimidad de votos. Se señalarán tres votos: Roberto Barroso, Rosa Weber y Ricardo Lewandowski. Este contraste se justifica para indagar si hay o no convergencia con argumentos biocéntricos o antropocéntricos de sesgo moderado.

El Juez Roberto Barroso sostuvo que el Tribunal ha avanzado en temas de ética ambiental, pero el caso presentado no se trata de sacrificio o sacralización con fines de entretenimiento, sino de alimento espiritual según las directrices más básicas de los derechos fundamentales humanos: el ejercicio de la fe. La Jueza Rosa Weber utilizó en su voto el párrafo 7 del artículo 225/CRFB incluido por la Enmienda Constitucional n. 96/17. Afirma que la constitución excluye del concepto de crueldad con animales la práctica que utiliza animales en manifestaciones culturales. Defiende la posibilidad de sacrificio de animales en ritos religiosos siempre y cuando no haya excesos ni crueldad.

En el juicio de la Vaquejada, la Jueza exaltó el sesgo biocéntrico del artículo 225/CRFB. En este juzgado, el tema no se discutió. Al contrario, se adhirió a la óptica y posibilidad de sacrificio siempre que no haya crueldad o por medios viles. El Juez Ricardo Lewandowski inició su voto hablando sobre el artículo 225, §1º, VII/CRFB. Una eventual restricción en cuanto a los sacrificios sería motivada si el animal objeto de sacralización fuera silvestre y en peligro de extinción. Sin embargo, se señala que no hay informes de uso de estos tipos de animales.

Se señala solo que el Juez Alexandre de Moraes abordó la relación entre los derechos de los animales y los ritos de matriz africana. Sin embargo, no profundizó en la cuestión desde la perspectiva del animal no humano. Solo utilizó el tema para diferenciar la sacralización del animal en un ritual sagrado y su uso tergiversado por personas que no observan lo sagrado. Se exige para los rituales la muerte instantánea, indolora y que no provoque angustia ni sufrimiento indeseado al animal. Esta sentencia es interesante para delimitar, quizás, la frontera del Poder Judicial en relación con las corrientes de la ética ambiental. Aparentemente, si prevaleciera el biocentrismo, incluso la cuestión religiosa del sacrificio de animales, aunque sin crueldad, sería cuestionable. Este caso demuestra, probablemente, que la moralidad de la ética ambiental presente en el Supremo esté mucho más alineada con el antropocentrismo moderado o sensocentrismo que con el biocentrismo, ecocentrismo o abolicionismo animal.

En el ámbito del Superior Tribunal de Justicia (STJ), han surgido discusiones interesantes sobre los animales domésticos y el derecho de familia. Actualmente, el núcleo familiar se rige por el afecto y la postura eudemonista. En este sentido, la inclusión de animales en este núcleo ha propiciado la aparición de familias multiespecie. En estas familias, ante una disolución del núcleo familiar, ¿qué sucede con la custodia de la mascota? Este tema se aborda comúnmente en diversas acciones en el Poder Judicial.

Los jueces han otorgado a los animales de compañía el mismo tratamiento jurídico que se da a la custodia de los hijos. En el caso RESP 1.713.167/SP, el Superior Tribunal de Justicia (STJ) entendió que las mascotas forman parte del núcleo familiar. Aunque la legislación civil brasileña les otorga el estatus de cosa/objeto de derecho, las mascotas tienen un valor subjetivo único. Por lo tanto, el problema jurídico va más allá de la mera posesión/propiedad.

En esta acción se reconoció el derecho a la custodia compartida/visitas del excónyuge a la mascota, teniendo en cuenta que:

(...) cualquier argumento que sugiera que la discusión sobre la entidad familiar y su mascota es trivial o una mera frivolidad que ocupa el tiempo de este tribunal debe ser descartado. Por el contrario, se trata de un tema cada vez más recurrente en el mundo de la posmodernidad y aborda una cuestión muy delicada, examinada tanto desde el ángulo de la afectividad hacia el animal como de la necesidad de su preservación como mandato constitucional (artículo 225, párrafo 1, inciso VII - "proteger la fauna y la flora, prohibiendo, de acuerdo con la ley, las prácticas que pongan en peligro su función ecológica, provoquen la extinción de especies o sometan a los animales a crueldad"). Los animales de compañía son seres que, inevitablemente, tienen una naturaleza especial y, como seres sensibles, dotados de sensibilidad y experimentando los mismos dolores y necesidades biopsicológicas que los animales racionales, también deben tener en cuenta su bienestar. (STJ - RESP 1.713.167 SP, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Fecha de Juicio: 19/06/2018, CUARTA TURMA, Fecha de Publicación: DJe 09/10/2018).

En esta oportunidad, el Tribunal Superior señaló la existencia de tres corrientes vigentes en Brasil con relación a la naturaleza jurídica de los animales. Estas son: 1. Status biológico - se determina que el animal es biológicamente equivalente al animal humano. Todos tienen capacidades sensoriales, locomotoras, sistema nervioso central y respuesta a estímulos. También hay aquellos que tienen rasgos genéticos cercanos, como en el caso de los simios. Por lo tanto, todos los animales, humanos o no humanos, tendrían derechos de personalidad bajo pena de una discriminación odiosa. 2. Status jurídico - el concepto de persona debe leerse separadamente del concepto de sujeto de derecho. Todos los animales serían sujetos de derecho.

Así las cosas, el animal humano, sin embargo, sería una persona, y por lo tanto, detentor de personalidad jurídica. Siendo el animal no humano sujeto de derecho, el ordenamiento lo protegería debido a su valor/dignidad y no por ser un bien/cosa que pertenece a una persona o por

intereses difusos de la colectividad humana. 3. Status de cosa. Los animales deben ser mantenidos como semovientes. No son sujetos de derecho porque son objetos de derecho de las relaciones jurídicas titularizadas por personas. Es decir, los animales serían res.

La posición adoptada por el Superior Tribunal de Justicia, aunque no es capaz de alterar la naturaleza jurídica de los animales, señala la necesidad de visitar los conceptos arraigados en nuestras tradiciones jurídicas debido a las nuevas demandas y valores sociales. Si bien no se pueden vislumbrar argumentos de orden biocéntrico, es posible encontrar orientaciones que apunten hacia el antropocentrismo moderado o el sensocentrismo.

Conclusiones

En conclusión, se puede afirmar que el ordenamiento jurídico brasileño, en el peor de los casos, no adopta ni acepta el antropocentrismo clásico. La normativa constitucional y la infraconstitucional rechazan el trato cruel hacia los animales y la explotación desenfrenada del medio ambiente. Aunque hay un intenso debate en la ética ambiental para avanzar hacia una perspectiva biocéntrica, los poderes constituidos, como el Legislativo y el Judicial, parecen no estar preparados para dar este paso.

Las producciones legislativas y las decisiones judiciales apuntan solo al sensocentrismo. No se identificó en nuestro ordenamiento ninguna decisión o debate legislativo sustancial que profundizara en la ética ambiental en el sentido de reconocer un valor intrínseco y un mayor grado de protección jurídica para los animales no humanos. Sin embargo, el debate público es necesario para avanzar en este tema en nuestro ordenamiento jurídico.

Referencias

- Cardinal, P. (2017) *Animais: direito e direitos. Alguns tópicos de aproximação*. Disponible em: https://www.academia.edu/80179907/Animais_Direito_direitos. Accedido en: 07.04.2023
- Carli, A. (2015) *Água é vida: eu cuido, eu poupo- para um futuro sem crise. Coleção FGV de Bolso*, v. 39. Rio de Janeiro: Ed. FGV.
- Chaves, L.; Souza, M. (2019) *Animais não-humanos como sujeitos de direito: uma transformação fundamental à obtenção da dignidade*. Disponible en: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/52575/animais-nao-humanos-como-sujeitos-de-direito-uma-transformacao-fundamental-a-obtencao-da-dignidade>
- Ferreira, F. (2017) *Direito dos animais não humanos à vida: onde está a ilusão? Perspectivas jurídicas e filosóficas*. Florianópolis. Dissertação de Mestrado – Programa de Pós-

Graduação em Ciências Ambientais na Universidade do Extremo Sul Catarinense –
UNESC

- Gagliano, P.; Filho, R. (2011) *Novo Curso de Direito Civil*, vol. VI. Saraiva: São Paulo.
- Medeiros, F.; Rosa, C. (2016) *A dignidade da vida e a vedação de crueldade*. Revista de Biodireito e Direito dos Animais, V.2, n. 2.
- Miguel, R. (2020) *Especismo. Compêndio Em Linha De Problemas De Filosofia Analítica*. Ricardo Santos e Pedro Galvão (eds.), Lisboa: Centro de Filosofia da Universidade de Lisboa. Disponible en: <https://compendioemlinha.lettras.ulisboa.pt/especismo-ricardo-miguel/>
- Oliveira, F. (2017) *Direito da Natureza: Biocentrismo?* Revista de Direito e Desenvolvimento, João Pessoa, V. 8, n. 2. p. 128-142.
- Quijano, A. (2005) *Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina*. En libro: A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas. Edgardo Lander (org). Colección Sur Sur, CLACSO, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina, Setembro. pp.227-278.
- Souza Neto, C.; Sarmiento, D. (2012) *Direito constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum.
- Tartuce, F. (2023) *Manual de Direito Civil – Volume Único*. Rio de Janeiro: Método.
- Wolfgang, I.; Fensterseifer, T. (2007) *Algumas notas sobre a dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana e sobre a dignidade da vida em geral*. Revista brasileira de direito animal, v. 2 n. 3, p. 1-26. Disponible en: <https://periodicos.ufba.br/index.php/rbda/issue/view/884>

BIOÉTICA Y DIGNIDAD HUMANA. ALGUNOS APUNTES

BIOETHICS & HUMAN DIGNITY. SOME NOTES

David Román Jiménez López¹⁰

 <https://orcid.org/0000-0003-2378-9836>

Pedro Peña Molina¹¹

 <https://orcid.org/0009-0002-2882-2826>

Resumen

La ciencia depende no sólo de una metodología, también de los recursos que sustenten su objetivo. Para su consecución, requiere implementar técnicas y procedimientos que pueden llegar a causar afectaciones a la dignidad humana. Este escenario requiere ser estudiado por la bioética, disciplina científica de reciente creación y reconocimiento encargada de valorar la conducta humana en el campo de la ciencia desde la óptica de los principios jurídico – axiológicos. El presente texto analizará la relación que existe entre la bioética y la dignidad humana, enfatizando su implicación dentro del fenómeno científico. Para lograr su cometido, los autores han recurrido a diversas fuentes teóricas y normativas.

Palabras clave: dignidad humana; bioética; principios jurídico-axiológicos.

Abstract

Science depends not only with a methodology, but also with resources that support its objectives. To achieve it, it is necessary to implement techniques and procedures that can affect human dignity. This scenery needs to be studied by bioethics, a recently created and recognized scientific discipline in charge of valuing human behavior in the field of science, from the perspective of legal and axiological principles. This text will analyze the relationship between bioethics and human dignity, emphasizing its involvement with in the scientific phenomenon. To achieve their goal, the authors have resorted to various theoretical and normative sources.

Keywords: human dignity; bioethics; legal-axiological principles.

¹⁰ EAV Centro Universitario
Boca del Río-México
Correo: drjl310593@gmail.com

¹¹ EAV Centro Universitario
Boca del Río-México
Correo: pedro.pmolina@eav.edu.mx

Recibido: 30-04-2023

Aceptado: 27-06-2023

Introducción

Hoy en día el ser humano, término que empezó a usarse en las ciencias sociales a mediados del siglo XX, tiene acceso a mejores condiciones de vida. Vive más tiempo y con mayores comodidades. Este fenómeno se ha logrado, en gran medida, a la constante promoción de la ciencia y a la generación del conocimiento científico. La velocidad con que este tipo de conocimiento se ha ido creando y expandiendo parece infinita. Ello vislumbra un futuro prometedor, donde los niveles de bienestar que alcanzará la humanidad permitirán disfrutar de una vida de mayor plenitud.

La ciencia depende no sólo de una metodología, también de recursos que sustenten su objetivo. Para su consecución, requiere implementar técnicas y procedimientos que pueden llegar a causar afectaciones a la dignidad humana. Este escenario nos invita a reflexionar sobre los alcances de la ciencia y de la aplicación de su conocimiento, cuyos efectos deben ser valorados por la bioética, disciplina científica de reciente creación y reconocimiento en cuanto a su regulación e impacto en la dignidad de las personas.

Así las cosas, entre los objetivos se encuentran: presentar las nociones conceptuales que permitan visualizar la relación existente entre dignidad humana, ciencia y bioética, así también reflexionar sobre los alcances del desarrollo de la ciencia, desde la pertinencia de la bioética, como parámetro de regularidad en sus procedimientos e investigaciones para salvaguardar la dignidad de la persona.

Para lograr su cometido, los autores han efectuado una investigación de gabinete cualitativa, en el que se revisarán, primero, los conceptos de dignidad humana, ciencia y conocimiento científico; continuando con las nociones básicas de bioética, como disciplina científica, donde se expondrá su relación con la dignidad humana y el fenómeno científico; para finalmente presentar parte de la normatividad que ha sido elaborada al respecto. Lo anterior ha sido posible toda vez que los autores han recurrido al estudio minucioso de diversas fuentes bibliográficas, hemerográficas y legisgráficas en la materia.

Desarrollo

Dignidad humana: enfoque jurídico – axiológico

La palabra dignidad para Martínez (2012) deriva del latín *dignitas* o *dignus* cuyo sentido implica prestigio o decoro, que en griego *axios* significa valioso, apreciado, precioso, merecedor. Por tanto, la cualidad de digna en una persona le adhiere esencialmente virtudes que la colocan en una posición privilegiada con respecto a su entorno. Generalmente, la vida y la libertad son las bases fundantes sobre las que descansan las diversas concepciones de dignidad humana que se han desarrollado en el transcurso de la antigüedad a la contemporaneidad.

Immanuel Kant (2007) afirmaba que “en el reino de los fines todo tiene un precio o una dignidad. Aquello que tiene precio puede ser sustituido por algo equivalente, en cambio lo que se halla por encima de todo precio y, por tanto, no admite nada equivalente, eso tiene una dignidad”. A su vez para Lamm (2015)

La dignidad humana “significa que un individuo siente respeto por sí mismo y se valora al mismo tiempo que es respetado y valorado. Implica la necesidad de que todos los seres humanos sean tratados en un pie de igualdad y que puedan gozar de los derechos humanos”.

Por tanto, para Rodríguez (2021) “es el atributo que constituye al ser humano en un ser único, en una persona, debido a que lo eleva por encima de cualquier otro ser vivo o inerte presente en la naturaleza”. La acepción contemporánea de dignidad humana se configuró a partir de dos momentos históricos, el primero, en el siglo XIX, con la sobreexplotación que vivían las clases trabajadora y marginada por parte de las autoridades estatales y de los propietarios de las fuentes de producción y comercialización, provocando en los oprimidos movilizaciones intelectuales y armadas, exigiendo Estados socialmente democráticos que aseguraran sus derechos y libertades y, con ello, mejores condiciones de vida al amparo de la ley.

El segundo, en el siglo XX, que se ubica en dos periodos: el primero, en la Europa fascista, con el pensamiento eugenésico de construir sociedades perfectas, biológica y culturalmente, lo que terminó en experimentos no regulados, realizados en seres humanos que por su condición de origen, salud o sexo no eran calificados como personas, por lo que debían prescindir de sus derechos y garantías jurídico - políticas y, por consiguiente, someterse a tratamientos que, en el mayor de los casos, buscaron exterminarlos; y el segundo, ante la visión de las potencias mundiales, consistente en que la superioridad de los Estados se lograría a través de la producción científica y tecnológica, lo que afianzaría no sólo su posición comercial, sino también, la calidad de vida de sus habitantes.

El holocausto judío durante la Segunda Guerra Mundial y la consecuente aparición de los textos internacionales de protección de derechos fundamentales, como el surgimiento de las democracias constitucionales, trajeron consigo una preocupación más amplia por la dignidad humana; muestra de ello, el artículo primero de la Declaración Universal de los Derechos Humanos que categóricamente afirma “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.

En México, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ha emitido sendos criterios jurisprudenciales donde ha visibilizado a la dignidad humana como “la matriz de todos los derechos y libertades fundamentales de las personas” (SJF, 2009), en virtud de que no es una simple declaración ética, sino que se trata, también, de una norma jurídica, un mandato constitucional a todas las autoridades, e incluso particulares, de respetarla y protegerla, “entendida ésta -en su núcleo más esencial- como el interés inherente a toda persona, por el mero hecho de serlo, a ser tratada como tal y no como un objeto, a no ser

humillada, degradada, envilecida o cosificada” (SJF, 2016). En tanto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH) ha declarado que es responsabilidad internacional de los Estados parte, el “adoptar medidas positivas, concretas y orientadas a la satisfacción del derecho a una vida digna, en especial cuando se trata de personas en situación de vulnerabilidad y riesgo, cuya atención se vuelve prioritaria” (CoIDH, 2005).

¿Pero qué relación tiene la dignidad humana con la ciencia y el conocimiento científico? Antes de responder la interrogante, se considera idóneo definir primero los términos ciencia y conocimiento científico.

Ciencia y conocimiento científico: una aproximación

La ciencia y el conocimiento nacen de la intensa necesidad del ser humano, desde su origen, por explicar su propia naturaleza y el mundo que lo rodea. Etimológicamente el vocablo ciencia deriva del latín *scire* o *scientia* que significa conocer o conocimiento, respectivamente. Para Ander-Egg, (1987) la ciencia es el “conjunto de conocimientos racionales, ciertos o probables, que obtenidos de manera metódica y verificados en su contrastación con la realidad se sistematizan orgánicamente haciendo referencia de una misma naturaleza, cuyos contenidos son susceptibles a ser transmitidos”.

En los albores de las sociedades, el hombre explicó su realidad por medio de mitos o creencias religiosas, cuando éstas no fueron suficientes, surgió el pensamiento filosófico, centrado en la razón como medio para explicar el origen de la existencia. Sin embargo, el progreso intelectual y la especialización trajeron consigo el surgimiento de la ciencia, señalado por Ruiz (2015) como aquella

Actividad investigativa dirigida a la adquisición de nuevos conocimientos sobre la naturaleza, la sociedad y el pensamiento humano, que incluye todas las condiciones y elementos necesarios para ellos, entre los que se encuentran: los científicos, las instituciones científicas, los métodos de trabajo científico-investigativo, el aparato conceptual y categorial y el sistema de información científica.

Entre tanto, el conocimiento es el resultado de la confrontación entre la actividad intelectual de percepción, comprensión y entendimiento y la realidad fenomenológica del entorno. El conocimiento científico es aquel que “descarta conocimientos o hechos, produce nuevos y los explica. No se limita a los hechos observados; sino que se analiza la realidad con el fin de ir más allá, rechazando algunos hechos, selecciona los que considera relevantes, los contrasta y en la medida de las posibilidades los reproduce” (Mouriño *et.al.*, 1991).

Luego entonces: (i) la ciencia se preocupa sólo de aquellos fenómenos susceptibles a ser contrastados, es decir, que sus argumentos sean probados, por lo que aquellas afirmaciones que

sean verificadas o refutadas empíricamente no entran en el ámbito de lo científico; y (ii) el conocimiento científico exige el uso de la razón y de la lógica, y se logra gracias a una metodología aplicada y al marco teórico - referencial en que se sustenta la hipótesis planteada ante una problemática real.

Bioética: generalidades

La palabra bioética es utilizada por primera ocasión en 1970 por el profesor Van Rensselaer Potter en su artículo intitulado *Bioethics the science of survival* (Hincapié y Medina, 2019), aunque desde 1927 el filósofo alemán Fritz Jahr había planteado el concepto de bioética asimilándolo al imperativo categórico de Kant, en el sentido de considerar a cada ser vivo como un fin en sí mismo y tratarlo como tal en la medida de lo posible (Wilches, 2011).

Potter postuló la necesidad de hacer compatibles el campo de las humanidades y el de las ciencias naturales, es decir, los valores con los hechos que en su época estaban ocurriendo a raíz del avance científico. Su preocupación se centraba en los problemas entre el humano y su entorno, en específico el natural. Argumentó que se hacía necesaria la existencia de una ciencia que tuviera como fin la preocupación por la supervivencia de la especie humana. Evidenció el peligro del avance de la ciencia ante la carencia de lineamientos jurídicos y principios éticos, pues esto provocaría severos daños a la humanidad.

La bioética, en su génesis, se fundaba en dos disciplinas científicas para lograr su cometido: la primera, la biología, para comprender la esencia natural de los seres vivos y la naturaleza; la segunda, la ética, como guía de los valores humanos universales. De tal manera, podemos considerar que toda conducta contraria a las buenas costumbres tiene su límite en la ética. En cambio, aquella que pueda ser dañina para la especie humana lo encuentra en la bioética.

Potter concebía esta fusión disciplinaria como un puente entre las ciencias naturales y las humanísticas. Esta visión disciplinar era novedosa, puesto que con dicha propuesta se estaba generando una separación entre dos saberes, por un lado, los del humanismo social y, por otro, los del naturalismo científico.

El campo de estudio de la bioética tiene su origen en la eterna discusión entre el derecho (el ser) y la moral (el deber ser). Los problemas planteados, por ejemplo, siguiendo el debate jurídico – axiológico, deben tratarse, primero, como principios que deben ser observados antes, durante y después de la conducta humana, preferentemente investigativa; y segundo, como requisito de un comportamiento esperado, fundado y motivado en normas jurídicas (v.gr. tratados internacionales, constituciones, leyes, reglamentos, estatutos o manuales) cuyo incumplimiento trae aparejada una sanción inmediata, para Quesada (2013):

La bioética constituye un paradigma ético de conocimiento multidisciplinario acerca de la vida que se manifiesta en todas sus complejidades biológicas. A pesar de que adolece de un carácter epistemológico unívoco a causa de su composición variada de argumentaciones racionales, su función crítica es fundamental para deliberar los dilemas sobre el origen y el fin de la vida. Durante muchos años la bioética ha sido reducida al ámbito del principialismo (autonomía, justicia, beneficencia, no maleficencia) o de la casuística, mientras tales principios formales adolecen de un contenido ético que dé consistencia a las deliberaciones; en cierta manera, en la casuística biomédica rigen sobre todo las decisiones pragmáticas -sin previa discusión ética- porque prevalece el “sentido común” o la simple discriminación de principios no aplicables.

Por su parte Ferrer y Álvarez (2003) señalaron que “el modelo más aceptado es el denominado principialista, por estar basado en la definición de varios principios que enmarcarían el contenido fundamental de dicha reflexión”. La *National Commission for the protection of human subjects of Biomedical and behavioral research* publicó en 1978 el Informe Belmont, en el que se definieron tres principios por los que se debía conducir cualquier investigación en la que fueran partícipes seres humanos: beneficencia, respeto a la autonomía de las personas y justicia. Posteriormente, Beauchamp y Childress agregaron un cuarto principio: no maleficencia.

Siguiendo a García (2006), en una aproximación general, el contenido conceptual de cada uno de los principios sería el siguiente:

- a) Respeto a la autonomía de las personas. Supone la asunción del derecho de los sujetos morales a decidir desde sus propios valores y creencias personales acerca de cualquier intervención que se vaya a realizar sobre su persona.
- b) No maleficencia. Se formula en términos negativos, como prohibición de producir, intencionada o imprudentemente, daño a otro, con el mayor nivel de exigencia que el de la obligación a proporcionar un bien. El contenido de este principio suele estar amparado por prescripciones penales.
- c) Beneficencia. Se trata de la consecución de un beneficio. Hace valorar, en cada caso, los equilibrios entre beneficios y riesgos potenciales ante cualquier intervención que se vaya a realizar sobre su persona.
- d) Justicia. Es la consciencia de que todos los humanos son iguales en dignidad y en derechos. Se basa en los criterios de eficiencia y equidad, la valoración de las distintas situaciones (v.gr. mérito, capacidad, necesidad, etc.) y la distribución de los recursos disponibles durante la intervención.

Estos principios se postulan en respuesta de una realidad dinámica, progresiva y transformadora, a la que el conocimiento científico debe seguir. De ahí que, la preocupación central de la bioética sea que el conocimiento científico pueda tornarse peligroso por no contar con lineamientos definidos para llevar a cabo sus procesos investigativos o no tener determinados límites claros de sus alcances. Un progreso científico sin parámetros impacta directamente en la dignidad e integridad de las personas.

De ahí que, resulta indispensable recordar los crímenes cometidos en contra de la humanidad durante la Segunda Guerra Mundial, en la Alemania fascista, donde se desarrollaron experimentos médicos a gran escala en ciudadanos no alemanes (judíos, gitanos, polacos o eslavos, *inter alia*), como en personas que eran consideradas como enfermas, anormales o asociales. Estas atrocidades se efectuaban al amparo del poder público, eugenésico y nacionalista, ansioso de construir una sociedad perfecta, una raza aria superior, libre de toda impureza biológica o cultural; por lo que quienes no compartían las características germánicas eran cruelmente exterminados en los campos de concentración, donde se les practicaban experimentos médicos sin su consentimiento, al no considerarlos personas, por tanto eran tratados como animales, sin ningún tipo de derechos y libertades, ni instancia judicial que les impartieran justicia.

En ese entendido, tomar como referencia el pasado para prevenir daños en el presente sirve para no repetir aquellos errores. En la lucha de la supervivencia del orden natural frente al hombre mismo, la bioética, por tanto, se convierte en la principal arma de defensa.

Dignidad humana, ciencia y bioética

La dignidad humana está a merced de la ciencia ya que puede ser fácilmente menoscabada durante el proceso de una intervención investigativa que se realice con la intención de justificar una hipótesis o en el transcurso de su experimentación clínica en personas humanas. En ese entendido, la bioética constituye relevancia al tratar de explicar la complejidad fenomenológica del ejercicio profesional de la investigación científica, sobre todo, los dilemas éticos de la vida humana. En otras palabras, la bioética involucra reflexiones críticas, jurídico – axiológicas, que tienen por finalidad comprender los alcances de la integridad y dignidad humanas como unidades intrínsecas y elementales durante la valorización de la vida de las personas frente al progreso acelerado de la ciencia y la tecnología.

De esta forma, se ubica como problemáticas que atiende esta disciplina, los relacionados con la actuación y responsabilidad profesionales, la responsabilidad social, la sustentabilidad, la eutanasia, los trasplantes de órganos, la manipulación genética, la clonación, la confidencialidad, el consentimiento informado, los conflictos de intereses, la investigación y experimentación biomédicas en humanos y la justicia social y distributiva, *inter alia*.

El siglo XX fue testigo de cómo se fueron presentando diversos casos que pusieron en dilema a la comunidad científica, médica y jurídica. Por ejemplo, respecto a la eutanasia, se presentó el caso de Ramón Sampedro quien tras estar postrado más de treinta años después de sufrir un accidente que lo dejó tetraplégico, fue la primera persona que en España realizó una solicitud formal ante los tribunales para que se le permitiera someterse a un tratamiento médico para una muerte digna, acto que logró consumarse, posterior a reiteradas negativas, el 12 de enero de 1998.

Esto lleva a los autores plantear dos preguntas: ¿El conocimiento científico puede desarrollarse libremente y expandirse sin límites? y ¿En sus procedimientos las investigaciones deben contar con parámetros que limiten sus actuaciones?

Dada la naturaleza de la bioética, es claro que sus postulados se presentan como una barrera de contención inmediata cuando se presentan estas cuestiones o ante los peligros que pudiera enfrentar una persona sujeta a investigación científica. De igual manera, cuando sus reflexiones se filtran al terreno de lo jurídico positivizando sus postulados, se abona al respeto de la dignidad humana con la intención de que los derechos fundamentales de los involucrados no se vean vulnerados.

La formulación del conocimiento científico proyecta consecuencias que requieren ser juzgadas desde alguna óptica, de acuerdo con su primacía o su jerarquía, es así que pueden pensarse desde el terreno de la bioética o del derecho. La ética, de acuerdo con la escuela freudiana, surge como un tratamiento terapéutico para curar las dolencias de la sociedad y, por ende, mejorar las relaciones interpersonales. El padre del psicoanálisis afirmaba que la ética limitaba los impulsos negativos del humano (v.gr. matar, robar, humillar, despreciar, vejar, etc.), y fomentaba conductas colectivas positivas (v. gr. la empatía, el respeto al otro, la correcta distribución de la riqueza, la solidaridad, la responsabilidad, etc.) (Kraus, 2017).

Los dilemas éticos sirven de vértice para la toma de decisiones. Por ello la importancia de instaurar parámetros jurídico – axiológicos que permitan el diálogo sobre la dignidad humana, esencialmente por cuanto respecta a la investigación científica y experimentación clínica en seres humanos. El compromiso y el comportamiento de la clase científica tiene por bastión a la ética. Así, la dignidad humana, como valor primigenio de la humanidad, se convierte en la base sobre la que debe guiarse cualquier reflexión que la bioética realice respecto de las controversias que en la ciencia se susciten. Luego entonces, la dignidad humana funge como un parámetro regulador que debe ser respetado en cualquier momento durante la investigación científica, puesto que resulta ser la condición para el disfrute de los derechos fundamentales y, con ello, se logre garantizar el desarrollo integral de la personalidad de los sujetos de intervención.

A pesar de que es necesario un marco jurídico que se encargue de regular los asuntos concernientes a la vida humana, la bioética no puede reducirse a aspectos legales exclusivamente. En esa vía, resulta indispensable considerar que la educación se convierte en el instrumento que

permite crear consciencia en los individuos sobre la necesidad de establecer límites a la explotación de la naturaleza y al ser humano, así como la de compartir recursos con la finalidad de crear un puente óptimo hacia el futuro.

Normatividad en bioética: algunos aspectos

Los sucesos históricos descritos y ocurridos durante la Segunda Guerra Mundial dieron origen a la primera legislación ético - jurídica en materia de experimentación e intervención clínica en humanos: el Código de Núremberg, mismo que fue publicado en 1947, tras la instalación del Tribunal homónimo en 1940 donde fueron celebrados los juicios de 1945 y 1946.

Este decálogo, de raíz humanista, incita a la buena práctica médico-científica, al componerse de principios jurídico - axiológicos que, posteriormente, sirvieron a la bioética para constituir su marco referencial: (i) Consentimiento voluntario por parte del sujeto de intervención. (ii) Beneficio público de la intervención. (iii) La intervención deberá ser probada, previamente, en animales con la intención de valorar las posibles consecuencias de ser aplicada en humanos. (iv) La intervención debe ser justificada y, a su vez, ser el último recurso en un tratamiento médico. (v) El sujeto será ajeno al dolor o a cualquier otro tipo de sufrimiento durante la intervención. (vi) La no ejecución de la intervención en casos donde puede ocasionarse la muerte o la incapacidad en el sujeto. (vii)

Se debe prevenir complicaciones durante la intervención, por lo que para su realización se tendrán disponibles las condiciones y los recursos suficientes para lograr su objetivo. (viii) La intervención debe ser ejecutada por profesionales o científicos, es decir, personas probadas en el conocimiento científico. (ix) El sujeto podrá decidir suspender la intervención durante su efectuación si llegara a considerar que su estado físico o mental no fuera el idóneo para continuar. (x) El profesional o científico que efectúe la intervención estará facultado para suspender el tratamiento cuando a criterio técnico llegara a considerar que de continuarlo se lograría una afectación al sujeto, incluso la muerte.

Por su parte, la Asociación Médica Internacional en su décimo octava Asamblea General de 1964 promulgó la Declaración del Helsinki, convirtiéndose en uno de los documentos por excelencia en materia de regulación ética de la investigación en seres humanos. Este texto, por su trascendencia, ha sufrido diversas enmiendas y aclaraciones, sobresaliendo la última en 2013.

Para México este documento internacional se ha convertido en pieza clave para la configuración de la Ley General de Salud, como para su Reglamento en materia de Investigación en Salud, máxime cuando su artículo 100 atiende los casos de investigación médico científica en personas, destacando los siguiente puntos: (i) la intervención será sujeta a los principios científicos y éticos que le justifiquen, en especial si ésta tiene por objeto una posible contribución a la ciencia médica y al mejoramiento sanitario de la sociedad; (ii) la intervención podrá hacerse sólo con el conocimiento esperado no pueda obtener por medio de algún

otro mecanismo que no la implique, (iii) la intervención será efectuada previo consentimiento informado escrito por el sujeto interventor o un representante legalmente reconocido, misma que deberá expresar las posibles consecuencias, positivas o negativas, mediata o inmediatamente; y (iv) es responsabilidad solidaria del profesional científico como de la institución a la que pertenece, cuando sobrevenga, durante o después de la intervención, un incidente que le origine al sujeto una incapacidad o la muerte misma, si estuviere comprobado clínicamente su relación directa con la investigación.

No pueden ser olvidadas, también, las Guías Éticas Internacionales para la Investigación Biomédica que involucra a Seres Humanos del Consejo de las Organizaciones Internacionales de Ciencias Médicas, aprobadas en 1982 y enmendadas en 1993 y 2002. A finales del siglo XX e inicios del actual, la ciencia y la tecnología dio pasos agigantados. El conocimiento científico empezó a reemplazar la teoría, como sustento, para pasar a una progresiva práctica experimental como forma de hacer ciencia. Consecuencia de ello, surgió el interés en los diversos organismos promotores del conocimiento, de desarrollar ordenamientos internacionales que se encargaran de regular áreas de reciente reconocimiento que pudieran causar abusos en las personas durante la experimentación científica, preferentemente en el campo de la genética y la medicina.

Por ello, en 1993 se crea el Programa de la Ética, de la Ciencia y de la Tecnología, como una política pública sectorizada de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), cuya finalidad se centraba en la construcción de cuerpos normativos, referencias internacionales tendientes a regular los posibles enfrentamientos causados por conflictos éticos derivados de la producción científica. Para lograr su cometido, al interior de este organismo se instituyeron el Comité Internacional de Bioética (CIB) y el Comité Intergubernamental de Bioética (CIGB). Producto del trabajo de estos comités es como se han promulgado (i) la Declaración Universal del Genoma Humano y los Derechos Humanos en 1998, (ii) la Declaración Internacional sobre los Datos del Genoma Humano en el 2003 y (iii) la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos en el 2005 (Garrafa, 2017).

Esta última declaración trata las cuestiones éticas relacionadas con la medicina, las ciencias de la vida y las tecnologías conexas aplicadas a los seres humanos, teniendo en cuenta sus dimensiones sociales, jurídicas y ambientales. Para su consecución, considera indispensable: (i) promover el respeto de la dignidad humana y proteger los derechos fundamentales, velando por el respeto de la vida de los seres humanos y las libertades fundamentales, de conformidad con el derecho internacional relativo a los derechos humanos; y (ii) reconocer la importancia de la libertad de investigación científica y las repercusiones beneficiosas del desarrollo científico y tecnológico, destacando al mismo tiempo la necesidad de que esa investigación y los consiguientes adelantos

se realicen en el marco de los principios éticos y que respeten la dignidad humana y los derechos y las libertades fundamentales.

Conclusiones

Frente al panorama presentado, se puede afirmar que el respeto a la dignidad humana exige acotar el actuar de la ciencia y la tecnología, al realizar procesos de investigación frente a los principios jurídico - axiológicos postulados por la bioética. De no hacerlo, nos enfrentaríamos a avances científicos sin límites éticos, lo que llevaría a la sociedad a ver vulnerada en sus derechos fundamentales.

La dignidad humana, como principio jurídico – axiológico, y la bioética, como disciplina científica, mantienen una estrecha relación. La primera, busca asegurar la integridad y supervivencia de todos los seres humanos; la segunda, aspira a convertirse, para la humanidad, en un puente hacia el futuro científico. De ahí que, desde la visión principialista, la normatividad que se ha venido creando en este campo disciplinar, debe valorar al ser humano como un fin y no como un medio.

Ante la imposibilidad de frenar el desarrollo de la ciencia y su conocimiento; así como de la dinámica de la realidad social en que influye, desde el campo de la bioética y el derecho, se requiere una reflexión constante que preste principal atención a la interrogante: ¿Cuáles son las líneas que no deben cruzarse en los procesos investigativos? Por último, es evidente que los gobiernos e instituciones de los Estados necesitan envidar esfuerzos para que los postulados bioéticos sean disponibles a todas las personas, en igualdad de condiciones, por medio de legislaciones y políticas públicas efectivas.

Referencias

- Ander-Egg, E. (1987). *Técnicas de investigación social*. México: El Ateneo.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Comunidad Indígena Yakye vs. Paraguay*. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C, No. 125. 17 de junio del 2005. Párr. 162.
- Ferrer, J. & Álvarez, J. (2003). *Para fundamentar la bioética. Teorías y paradigmas teóricos en la bioética contemporánea*. España: Desclée de Brouwer.
- García, M. (2006). Los principios de la bioética y la inserción social de la práctica médica. *Revista Administración Sanitaria*, 4 (2). 341-356.
- Garrafa, V. (2017). *Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos*. En “Diccionario Enciclopédico de la Legislación Sanitaria (DELS)”. Argentina: Ministerio de Salud de la Nación. <https://salud.gob.ar/dels/entradas/declaracion-universal-sobre-bioetica-y-derechos-humanos-dubdh-onu-2005>
- Hincapié, J. & Medina, J. (2019). *Bioética: teorías y principios*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

- Kant, E. (2007) *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Puerto Rico: Rosario Barbosa.
- Kraus, A. (2017). Ética laica y religión. *Nexos* (México). <https://arnoldokraus.nexos.com.mx/etica-laica-y-religion/>
- Lamm, E. (2015). *Artículo 51*. En Herrera, Marisa *et.al.*, “Código civil y comercial de la nación comentado”. Tomo I. Argentina: Infojus
- Martínez, V. (2013), *Reflexiones sobre la dignidad humana en la actualidad*. México: Universidad Nacional Autónoma de México
- Mouriño, R., Espinoza, P. & Moreno, L. (1991). *El conocimiento científico*. En “Factores de riesgo en la comunidad”. México: Universidad Nacional Autónoma de México. 23-26.
- Quesada, F. (2013). La bioética y los derechos humanos: Una perspectiva filosófica sobre la justicia en la investigación científica y experimentación clínica con seres humanos. *Medina Legal de Costa Rica*, 2 (30).
- Rodríguez, G. (2021). La dignidad de la persona y la tutela constitucional de los colectivos y personas vulnerables. *Papeles del Centro de Investigación*, 23 (12). Universidad Nacional del Litoral, Argentina. 346-357.
- Ruiz, A. (2005). *Introducción a la investigación en la educación*. Cuba: MINED.
- Semanario Judicial de la Federación. Tesis: 1a./J. 37/2016 (10a.). Décima época. Jurisprudencia (Constitucional). Reg. Dig. 2012363. Libro 33, agosto de 2016, Tomo II, pág. 633.
- Semanario Judicial de la Federación. Tesis: P. LXV/2009. Novena época. Tesis aislada (Constitucional). Reg. Dig. 165813. Tomo XXX, diciembre de 2009, pág. 8
- Wilches, A. (2011). La propuesta bioética de Van Rensselaer Potter. Cuatro décadas después. *Revista de Ciencias Humanas y Sociales*, 66. Universidad de Zulia, Venezuela. 70-84