



DICTUM

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

ENERO - JUNIO
2024
4TA. 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

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

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

Abg. Niurka Vilorio
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

Dr. Carlos Alfonzo Cambra Hernández
Universidad Bicentenario de Aragua, Venezuela
<https://orcid.org/0009-0002-8279-8310>

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

Comité Científico Internacional

Dr. Isaac Marcelo Basaure Miranda
<https://orcid.ORG/0000-0002-3242-0144>
Universidad Nacional de Lomas de Zamora (Argentina)

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

La cuarta edición de Dictum es un testimonio de la diversidad y riqueza de la investigación y reflexión en el ámbito de las Ciencias Jurídicas y Políticas. En este número, contamos con la participación de articulistas de diferentes países y disciplinas, lo que nos permite abordar temas que trascienden las legislaciones nacionales y se vinculan con derechos universales y generales. Entre los articulistas, encontramos a expertos internacionales, como el profesor italiano Fusco, quien nos brinda una perspectiva sobre la reforma del "Código de crisis de la Empresa e Insolvencia" en Italia con una obra tipo ensayo titulada "Quebrados punibles en la legislación italiana a la luz de la reforma del 'Código de crisis de la Empresa e Insolvencia'" nos brinda una visión detallada sobre la reforma del sistema legal italiano y sus implicaciones en la justicia penal.

Además, nos complace presentar la primera publicación de una egresada de esta institución Ana Díaz, quien nos brinda una visión innovadora sobre la justicia social y equidad en el sistema legal. Los títulos de los artículos reflejan la diversidad de temas y enfoques que caracterizan esta edición. Julio Colina nos muestra mediante su ensayo titulado "La carga de la prueba de la 'no culpa' médica" su reflexión sobre la responsabilidad médica y la protección de los pacientes.

Seguido de "La historia de Génesis, una defensora de los derechos de la mujer" redactado desde la experiencia cercana de la autora nos cómo la literatura puede ser un instrumento poderoso para la defensa de los derechos de las mujeres. Seguimos con la recensión de la docente Lourdes Brizuela "Libertad de expresión Vs. Derecho al honor: un conflicto interminable" nos plantea la difícil tarea de equilibrar la libertad de expresión con el derecho al honor. "Justicia social y equidad en el sistema legal" nos invita a reflexionar sobre la justicia como un derecho fundamental y la necesidad de garantizar la equidad en el sistema legal.

Finalmente, "La justicia transicional y la participación ciudadana como herramienta para el fortalecimiento de la democracia" presentado por el estudiante Juan Quintero quien nos muestra cómo la participación ciudadana puede ser un instrumento clave para fortalecer la democracia y garantizar la justicia. Por todo ello, esta cuarta edición de nuestra revista es un testimonio de la diversidad y riqueza de la investigación y reflexión en el ámbito de las ciencias jurídicas y políticas. Esperamos que nuestros lectores disfruten de esta edición y que se inspiren para seguir explorando y reflexionando sobre los temas que nos rodean.

Abg. Pedro J. Chacón B.
Editor

Tabla de Contenido

Artículos

Quebrados Punibles en la Legislación Italiana y la Reforma del “Código de Crisis Empresarial. <i>Leandro Ezequiel Fusco</i>	4-17
La historia de Génesis, una defensora de los derechos de la mujer. <i>María Alejandra Mancebo Antúnez</i>	18-26
Justicia Social y Equidad en el Sistema Legal. <i>Anais Gabriela Díaz Gaínza</i>	27-32
Libertad de expresión Vs. Derecho al honor: un conflicto interminable. <i>Lourdes Marisol Brizuela</i>	33-41
La Carga de la Prueba de la “No Culpa” Médica. <i>Julio César Colina Ramos</i>	42-65
La Justicia Transicional y la Participación Ciudadana Como Herramienta para el Fortalecimiento de la Democracia. <i>Juan José Quintero Diaz</i>	66-72

QUEBRADOS PUNIBLES EN LA LEGISLACIÓN ITALIANA Y LA REFORMA DEL
“CÓDIGO DE CRISIS EMPRESARIAL”

PUNISHABLE BANKRUPTCIES IN ITALIAN LAW AND THE REFORM OF THE
“CORPORATE CRISIS CODE”

Leandro Ezequiel Fusco ¹

 <https://orcid.org/009-009-3422-9901>

Resumen

En el presente se aborda una cuestión de derecho comparado, más precisamente de Italia y que resulta sumamente importante en la actualidad. El autor hace referencia a los delitos cometidos por los intervinientes en un procedimiento concursal. La importancia de su estudio excede la mera curiosidad intelectual o la habitual idea del estudio del derecho comparado, puesto que el sistema concursal italiano ha sido sustancialmente modificado recientemente y ha dado lugar a una nueva perspectiva en la materia, abandonando ideas muy arraigadas para convertirlas en nuevos procedimientos. De ese modo, se exponen los tipos penales más importantes de la legislación italiana en la materia que fueron incluidos por la reciente reforma del Código de crisis de la empresa y la insolvencia y que permitirá conocer cómo se ha valorado la cuestión a la luz de nuevos principios en la materia. El autor incluye en sus conclusiones que se debe tomar en cuenta la posición del legislador al momento de evaluar las conductas tipificadas por el código.

Palabras clave: derecho penal italiano; delitos en la etapa concursal; reformas legislativas.

Abstract

This article deals with a comparative law issue, more precisely from Italy, which is extremely important today. The author refers to the offenses committed by the participants in a bankruptcy proceeding. The importance of his study goes beyond mere intellectual curiosity or the usual idea of the study of comparative law, since the Italian insolvency system has recently been substantially modified and has given rise to a new perspective on the subject, abandoning deep-rooted ideas and converting them into new procedures. In this way, the most important criminal types of the Italian legislation on the subject, which were included by the recent reform of the Code on the crisis of the company and insolvency, are exposed and will allow to know how the issue has been assessed in the light of new principles in the matter. The author includes in his conclusions that the position of the legislator should be taken into account when evaluating the conducts typified by the code.

Keywords: italian criminal law; cybercrime; legislative reforms.

¹ Universidad de Buenos Aires
Buenos Aires-Argentina
Correo: leandrofusco@derecho.uba.ar

Recibido: 11-04-24
Aceptado: 03-05-24

Introducción

Dentro de la ya derogada ley de quiebras italiana (R.D. 267/42), se preveían, tal como ocurre en muchos ordenamientos, una serie de sanciones penales para aquellos que cometen delitos en el marco del mentado proceso. De este modo, en el año 2019 se sancionó en Italia el nuevo Código de Crisis de la Empresa y por su intermedio se generó una reforma por demás extensa e interesante. En este sentido, será la exposición de dichas reformas, su análisis y críticas los motivos del presente trabajo en la creencia que este nuevo sistema concursal puede, eventualmente, expandirse a otras latitudes y portar con ello nuevos paradigmas sobre los cuales, es siempre mejor estar informados.

La base sobre la cual ha trabajado la reforma italiana ha contado con la existencia de tipos penales concretos al respecto, tales como la quiebra fraudulenta, recurso abusivo al crédito, colusión y simulación de deudas, entre otros. No obstante, la nueva ley ha incorporado muchos elementos y ha desagregado los sujetos que pueden cometerlo puesto que distingue cada título según el autor (puede ser el empresario o personas distintas a él) y el proceso en el cual este se ejecuta. Así las cosas, en el presente se intentará poner un cuadro de situación sobre la reforma efectuada, la exposición y análisis de los tipos penales que prevé el Código de Crisis de Empresas e Insolvencia (2019) y las conclusiones que de ello puede obtenerse a fin de realizar un aporte novedoso a la disciplina jurídica a través de la difusión de un cambio de paradigma que, a mi entender, resulta muy interesante.

La reforma

Mediante la ley nro. 155 del 19 de octubre del 2017, el parlamento italiano delegó al gobierno la reforma de la antigua “legge fallimentare” (ley de quiebras), vigente desde el 16 de marzo del 1942, a fin de reemplazarla con un nuevo sistema codificado en el que se preveían los procedimientos de crisis de la empresa y las opciones contra el denominado *sobreendeudamiento*. Vale destacar que el sistema originario preveía dos grandes procedimientos y que son, en definitiva, los más conocidos en el ámbito del derecho concursal, esto es, la quiebra y el concurso preventivo, más allá de otros procedimientos específicos regulados en aquella ley.

En este sentido, en este nuevo código, se mantiene el concurso preventivo, pero se agregan los procedimientos de alerta y solución asistida de la crisis y el desendeudamiento, mostrando la idea de *crisis* en vez de la antigua percepción de fracaso. Puede verse que, si bien se ha buscado un verdadero cambio de paradigma, la reforma, *según muchos juristas*, ha tenido un carácter más

semántico que de fondo ya que se evita hablar de *quebrado* para pasar a hablar de *empresario* y la *quiebra* se entiende como *liquidación*, más allá de los nuevos procedimientos introducidos.

En lo que respecta al campo penal, la doctrina cuestionó la ausencia de una previsión explícita de reforma de las disposiciones penales, tanto de forma como de fondo, más allá de las referencias a principios generales. No obstante, se siguió adelante y la ley fue finalmente transformada en el decreto legislativo nro. 14 del 12 de enero del 2019, que sancionó el ya mencionado Código de la crisis de empresa y de insolvencia. En orden a las disposiciones penales, estas fueron incorporadas en los artículos desde el 332 al 347, amén de la existencia de otras disposiciones penales (por caso, los artículos 25, medidas de recompensa y los artículos 317-321 medidas cautelares reales).

Sobre el punto, debe señalarse como especialmente novedoso el concepto de medidas de recompensa destinadas al empresario que haya presentado en tiempo y forma la instancia de composición asistida de la crisis o que haya solicitado en tiempo y forma la homologación de un acuerdo preconcursal o un concurso preventivo o un recurso para la apertura del procedimiento de liquidación judicial. Por otro lado, no se puede dejar de señalar que, si bien se sancionó el CCEI en 2019 publicándose en el boletín oficial el 14 de febrero, no fue sino hasta el 15 de julio de 2022 en que entró en efectiva vigencia. Influyó sin duda la pandemia de COVID-19 en la decisión, pero también pesó durante todo 2019 la resistencia al cambio y la necesaria preparación para enfrentarlo.

De vuelta a la cuestión penal, dado que el legislador no ha realizado una derogación total de dichos delitos, sino que, antes bien, ha encarrilado la cuestión bajo una especie de doble andarivel, se tiene en la actualidad una coexistencia de los dos sistemas. Así pues, se puede decir que Italia se encuentra (también en virtud de la ultraactividad de las leyes penales más benignas) en una situación en la cual deberá tenerse en consideración si al momento de la interposición de la demanda ya se encontraba vigente el CCEI o la ley de quiebras, para saber cuál es la ley aplicable.

Esto, si bien es inevitable en muchos aspectos, ha colisionado con la idea del legislador de establecer una coordinación entre el proceso concursal y las medidas penales. Por ejemplo, con el código de las leyes antimafia y de las medidas de prevención (decreto legislativo nro. 159 del 6 de septiembre del 2011) y el decreto legislativo nro. 231 del 8 de junio del 2001, y que prevé respecto de las medidas cautelares sobre la responsabilidad administrativa de los entes que daba prevalencia al régimen penal por sobre el concursal. Ahora bien, repasados los aspectos generales de la reforma

y su contexto, se habrá de reseñar los delitos específicos que prevé el ya mencionado CCEI.

Los tipos penales según la ley actual

Delitos cometidos por el empresario en liquidación judicial

1. Quiebra fraudulenta

El artículo 322 del Código de Crisis de Empresas e Insolvencia (2019), prevé sanción de tres a diez años para el empresario declarado en liquidación judicial que haya a) malversado, ocultado, disimulado, destruido o disipado en todo o en parte sus bienes, o bien, con el fin de producir un perjuicio a los acreedores, haya expuesto o reconocido pasivos inexistentes. b) sustraído, destruido o falsificado, en todo o en parte, con el fin de procurar para sí o para otros, una ganancia injusta o de provocar un perjuicio a los acreedores, los libros u otros documentos contables o les ha retenido de modo que no pueda ser posible la reconstrucción del patrimonio o el devenir de los negocios

En su segunda parte, el código prevé que serán pasibles de la misma pena el empresario declarado en liquidación judicial que, durante el procedimiento, comete alguno de los hechos previstos por el inciso 1 letra a, o bien, sustrae, destruye o falsifica los libros u otros documentos contables. El inciso 3, establece penas de reclusión de uno a cinco años para el empresario en liquidación judicial que, antes o durante el procedimiento, con el fin de favorecer a un acreedor, en perjuicio de los demás, realiza pagos o simula títulos de prelación.

Finalmente, el cuarto y último inciso establecen que la condena por alguno de los hechos previstos en el artículo importa la inhabilitación para el ejercicio de la empresa comercial y la incapacidad para ejercer cargos directivos ante cualquier empresa hasta diez años, ello, sin perjuicio de las demás penas accesorias previstas en el código penal. Según explica Bricchetti (2019), no se han detectado grandes cambios con relación a los antiguos artículos 216-222 de la ley de quiebras de 1942. No obstante, señala que el inciso 4 del art. 322 del código es distinto respecto al cuarto inciso del art. 216 de la ley de quiebra ya que se adaptó a la reciente declaración de ilegitimidad constitucional del art. 216, cuarto inciso, de la ley de quiebra decretada por la Corte Constitucional.

Al respecto, explica que la Corte Constitucional siguió una intervención de la Corte de Casación en pleno que afirmó el principio según el cual las penas accesorias previstas por el artículo 216, en el texto reformulado por la sentencia nro. 222 del 5 de diciembre del 2018 de la

Corte Constitucional, así como las otras penas accesorias para las cuales la ley indica un plazo de duración no fijo, deben determinarse en concreto por el juez en base a los criterios conforme al artículo 133 del Código Penal, por lo tanto, no son reconducibles a las penas de duración no determinada expresamente según lo establecido por el artículo 37 del Código Penal, con consiguiente proporcionalidad de la misma a aquella de la pena principal impuesta. Por lo demás, se advierte que el artículo tiene una redacción bastante clara y una escala penal realmente disuasiva para la ejecución de estos delitos. Se advierte también la constante referencia a la finalidad de perjuicio en contra de los demás acreedores que debe tener la conducta de los autores.

2. Quiebra simple

El artículo 323 del referido código sanciona con reclusión de seis meses a dos años al empresario declarado en liquidación judicial que, fuera de los casos previstos en el artículo anterior, haya a) realizado gastos personales o familiares excesivos respecto a su condición económica; b) consumido una parte notable de su patrimonio en operaciones de pura suerte o manifiestamente imprudente ; c) ejecutado operaciones de grave imprudencia para retardar la apertura de la liquidación judicial; d) haya agravado su propio desequilibrio económico absteniéndose de requerir la declaración de apertura de la liquidación judicial o con otra grave culpa; e) incumplido las obligaciones asumidas en un concurso preventivo o liquidación judicial previa.

Seguidamente, en el inciso 2 se sostiene que se aplica la misma pena al empresario en liquidación judicial que, durante los tres años precedentes a la liquidación judicial o bien desde el inicio de la empresa, si esta tuvo una duración menor, no haya tenido los libros o demás documentos contables prescriptos por ley o los ha tenido de manera irregular o incompleta. Finalmente, el inciso 3, al igual que el artículo 322, establece que la condena por alguno de los hechos previstos en el artículo, importa la inhabilitación para el ejercicio de la empresa comercial y la incapacidad para ejercer cargos directivos ante cualquier empresa hasta dos años, ello, sin perjuicio de las demás penas accesorias previstas en el código penal.

Vale destacar que el artículo 324 prevé una cláusula de excepción de los delitos previstos en los artículos 322 y 323, ya que dispone estas disposiciones no se aplican para los casos de pagos y operaciones cumplidas en la ejecución de un concurso preventivo o acuerdos de reestructuración de las deudas homologados o de los acuerdos en ejecución del plan certificado o bien del concurso

menor homologado. Tampoco alcanza a los pagos o financiamientos autorizados por el juez.

3. Uso abusivo del crédito

Sobre este tipo penal, el artículo 325 del Código de Crisis de Empresas e Insolvencia (ob. cit.) establece que los administradores, directores generales, liquidadores y empresarios que ejerzan una actividad comercial que recurran o sigan recurriendo al crédito, aun en los casos no previstos por los artículos 322 y 323 de la ley, disimulando su desequilibrio económico o estado de insolvencia, serán sancionados con penas de seis meses a tres años de prisión. Según el inciso segundo, la pena se aumenta en el caso en que la sociedad se encuentre alcanzada por las previsiones específicas del texto único de normas sobre las entidades de intermediación financiera, en su acápite II, título III, parte IV del decreto legislativo nro. 58 del 24 de febrero de 1998.

La críptica remisión remite al artículo 119 de la normativa que hace referencia a las sociedades italianas con acciones que se ofrecen en mercados reglamentados en Italia u otros países de la Comunidad Económica Europea.

Finalmente, en el inciso 3, establece que la condena por alguno de los hechos previstos en el artículo, importa la inhabilitación para el ejercicio de la empresa comercial y la incapacidad para ejercer cargos directivos ante cualquier empresa hasta tres años, ello, sin perjuicio de las demás penas accesorias previstas en el código penal.

En el artículo 326, se establecen las circunstancias agravantes y atenuantes. La norma prevé que en el caso en que los hechos previstos por los artículos 322, 323 y 325 hubieren ocasionado un daño patrimonial de gravedad relevante, las penas establecidas en aquellos se aumentarán hasta la mitad (inciso 1). El inciso 2, por su parte, establece que las penas referidas en los artículos mencionados se aumentan también si a) el culpable cometió más hechos de aquellos previstos en cada uno de los artículos mencionados b) si el culpable por disposición legal no podía ejercer una empresa comercial. Por último, en el inciso 3 postula una reducción de la pena de hasta un tercio para aquellos casos indicados en el inciso 1 y que hubieren ocasionado un daño de especial tenuidad patrimonial.

4. Denuncia de acreedores inexistentes y otras inobservancias de parte del empresario en liquidación judicial

El tipo penal de referencia se encuentra previsto en el artículo 327 del código y establece una sanción de seis meses a un año y seis meses para el empresario en liquidación judicial que, fuera de los casos previstos en el artículo 322, en el listado nominal de sus acreedores, denuncia la existencia de acreedores inexistentes u omite declarar la existencia de otros bienes que deban formar parte del inventario o bien, no observa las obligaciones impuestas por los artículos 49, inciso 3, letra c y 149. Esta remisión, hace referencia a las obligaciones que establece el tribunal para el deudor que ingresa en el proceso de liquidación judicial. En concreto, una de las disposiciones prevé que el tribunal ordene al deudor la entrega dentro de los tres días de los balances y papeles contables (en formato digital de ser el caso) de los libros sociales, las declaraciones impositivas y el listado de acreedores con su domicilio digital.

Por su parte, el artículo 149 establece que el deudor que sea persona física, los administradores o los liquidadores de la sociedad así como el ente que se encuentre en proceso de liquidación judicial, están obligados a comunicar al síndico su domicilio o lugar de residencia y todo cambio que se produzca. En el inciso 2 se establece el supuesto culposo de la figura cuya pena se reduce al año de prisión. En el artículo 328 se establece la normativa específica para los casos del socio con responsabilidad ilimitada de una sociedad colectiva y sociedad en comandita simple.

Delitos cometidos por personas distintas al empresario en liquidación judicial

1.. Casos de quiebra fraudulenta y quiebra simple

El artículo 329 fija las mismas penas que el artículo 322 a los administradores, directores generales, curadores y liquidadores de sociedad en proceso de liquidación judicial que hayan cometido alguno de los delitos previstos en ese artículo. Por otro lado, en el inciso 2, se deja constancia de que se aplica a dichas personas la pena prevista por el artículo 322 inciso 1 si a) provocaron o ayudaron a ocasionar el desorden económico de la sociedad mediante la comisión de alguno de los hechos previstos por los artículos 2621, 2622 sobre falsas comunicaciones sociales, 2626, 2627, sobre restitución indebida de aportes y utilidades, 2628 sobre operaciones ilícitas con acciones, 2629 sobre operaciones en perjuicio de los acreedores, 2632 sobre formación ficticia de capital, 2633 y 2634 del código civil o bien b) ocasionaron con dolo o como consecuencia de operaciones dolosas el desorden económico de la sociedad. Finalmente, en el

inciso 3 se deja constancia de que se aplica también en todo caso la cláusula prevista por el inciso 4 del artículo 322.

Para los casos de quiebra simple, estos hechos, el artículo 330 prevé la aplicación de las penas establecidas por el artículo 323 a los administradores, directores generales, curadores y liquidadores de sociedad declarada en liquidación judicial que hayan a) cometido alguno de los casos previstos en el inciso b) de dicho artículo b) ayudado a ocasionar o agravar el desorden económico de la sociedad con la inobservancia de las obligaciones impuestas por la ley.

2. Uso abusivo del crédito y denuncia de créditos inexistentes

El artículo 331 del CCEI (2019) establece las mismas penas que aquéllas previstas en el artículo 325 a los administradores y directores generales de sociedades sometidas a liquidación judicial que hayan cometido el hecho allí previsto. Para el segundo supuesto del epígrafe, el art. 332 prevé la aplicación de las penas establecidas por el artículo 327 a los administradores, directores generales y a los liquidadores judiciales que hubieren cometido los delitos allí enunciados.

3. Delitos del factor (ejecutor)

El factor del empresario declarado en liquidación judicial, al cual le fuera confiada la gestión, enfrenta una situación de gran responsabilidad. En caso de ser encontrado culpable de los delitos previstos en los artículos 322, 323, 325 y 327, se le aplican las penas allí establecidas. Estas disposiciones legales buscan garantizar la integridad y transparencia en la gestión de empresas en situación de crisis. Es crucial que los empresarios comprendan la seriedad de sus obligaciones legales durante este proceso, ya que su conducta puede afectar significativamente a empleados, acreedores y otros involucrados. La legislación italiana busca así proteger los intereses de todas las partes afectadas por la crisis empresarial y la insolvencia. Es fundamental que los empresarios en estas circunstancias busquen asesoramiento legal oportuno para cumplir con sus obligaciones y evitar posibles consecuencias legales adversas.

Interés privado del síndico en las actuaciones de la liquidación judicial, aceptación de retribuciones indebidas y omisiones

La figura está prevista en el artículo 334 y establece que salvo que el hecho pueda encuadrarse en las previsiones de los artículos 315, 317, 318, 319, 321, 322 o 323 del código penal, el síndico que toma un interés privado en cualquier acto de la liquidación judicial directamente o por interpósita persona o mediante actos simulados, es sancionado con pena de reclusión de dos a seis años y con multa no inferior a 206 euros. La condena conlleva la inhabilitación para ejercer cargos públicos.

De seguidas, en el artículo 335 se prevé la figura de aceptación de retribuciones indebidas que se configura cuando el síndico de la liquidación judicial que recibe o pacta una retribución en dinero o en otra forma, amén de la liquidada a su favor por el tribunal o juez delegado, es sancionado con la pena de reclusión de tres meses a dos años y con multa de 103 a 516 euros. En los casos más graves, puede adicionarse a la condena la inhabilitación temporaria para el cargo de administrador por una duración no inferior a dos años.

Siguiendo con los delitos se prevé que el síndico que no cumple con la orden del juez de entregar o depositar sumas u otras cosas de la liquidación judicial que este ostenta a causa de su cargo, es sancionado con pena de reclusión hasta dos años y con multa de hasta 1032 euros (art. 336 CCEI). En el inciso 2 se prevé también la hipótesis culposa que prevé una sanción de hasta seis meses o multa de hasta 309 euros. El artículo 337 amplía las disposiciones de los artículos 333, 334 y 335 a todas las personas que coadyuvan con el síndico en la administración de la liquidación judicial.

4. Demanda de admisión de créditos simulados o desvío sin concurso del empresario en liquidación judicial

Según el artículo 338, se sanciona con reclusión de uno a cinco años y con multa de 51 a 516 euros a quien, fuera de los casos de concurrencia a la quiebra, incluso por interpósita persona, presente demanda de admisión al pasivo de la liquidación judicial por un crédito fraudulentamente simulado. En el inciso 2, se establece que, si la demanda se retira antes de la verificación del pasivo, la pena se reduce a la mitad. Según el inciso 3, se sanciona con reclusión de uno a cinco

años a quien a) después de la apertura del procedimiento de liquidación judicial, fuera de los casos de concurrencia a la quiebra o de favorecimiento, sustrae, desvía, recibe o bien en declaraciones públicas o privadas, disimula los bienes del deudor bajo liquidación judicial. b) encontrándose en conocimiento del desorden económico del empresario, desvía o recibe mercaderías u otros bienes de aquél o bien los adquiere a precio notablemente inferior al valor de mercado siempre que se verifique la apertura de la liquidación judicial. La pena, en los casos previstos en a) y b), se aumenta si el adquirente es un empresario que ejercita una actividad comercial.

5. Venta de votos

El artículo 339 sanciona con pena de seis meses a tres años de prisión y con multa no inferior a 103 euros, al acreedor que acuerda con el empresario en liquidación judicial o con otros en interés de aquel, ventajas a su respecto para dar su voto en el concurso o en las decisiones del comité de acreedores. En el inciso 2 se prevé el decomiso de la suma o las cosas recibidas por el acreedor. La misma pena se aplica al empresario en liquidación judicial y a quien ha contratado con el acreedor en interés del empresario en liquidación judicial.

6. Ejercicio abusivo de actividad comercial

Lo establecido en el artículo 340 es de suma importancia para regular la conducta de quienes ejercen una actividad comercial. Según este artículo, aquellos que lleven a cabo esta actividad estando inhabilitados como resultado de una condena penal, se exponen a sanciones graves. La pena incluye reclusión por un período que puede extenderse hasta dos años, así como una multa cuyo monto no puede ser inferior a 103 euros. Es fundamental comprender la gravedad de esta disposición, ya que busca mantener la integridad y la legalidad en el ámbito comercial, protegiendo los intereses de todas las partes involucradas.

Resulta crucial que quienes se encuentren en situaciones de concurso preventivo, acuerdos de reestructuración de deudas, planes aprobados y liquidación administrativa, sean plenamente conscientes de estas regulaciones para evitar consecuencias legales adversas. Ante cualquier duda o inquietud respecto a su situación legal, es recomendable buscar asesoramiento profesional para garantizar el cumplimiento adecuado de la normativa vigente.

6. Concurso preventivo y acuerdo de reestructuración con intermediarios financieros y moratoria

El artículo 341, establece sanciones de uno a cinco años para el empresario que, con el solo fin de obtener la apertura de concurso preventivo o de obtener la homologación de un acuerdo de reestructuración o el consentimiento para la suscripción de una moratoria, se haya atribuido actividades inexistentes o bien, para influir en la conformación de las mayorías, haya simulado créditos en todo o en parte inexistentes. En el inciso 2 se establece que en el caso de concurso preventivo se aplican a) las disposiciones de los artículos 329 y 330 a los administradores, directores generales, curadores y liquidadores de la sociedad. b) las disposiciones del artículo 333 al director general de la empresa c) las disposiciones del artículo 334 y 335 al supervisor del concurso preventivo. En el inciso 3 se establece que, en los casos de acuerdos de reestructuración con eficacia extendida, homologación de acuerdos de reestructuración o moratorias se aplican las disposiciones previstas en el inciso 2, letras a), b) y d). de conformidad con lo dispuesto por el art. 51, inciso 1, del mismo decreto legislativo número 83/2022.

7. Falsedad en certificados e informes

El artículo 342 establece que el profesional que en los informes o certificados previstos en los artículos 56 inciso 4, 57, inciso 4, 58 inciso 1 y 2, 62 inciso 2, letra d), 87 incisos 3, 88, incisos 1 y 2, 90 inciso 5, 100 incisos 1 y 2, expone informaciones falsas o bien omite referir informaciones relevantes en orden a la veracidad de los datos contenidos en el plan o en los documentos que a este se adjuntan, es plausible de una sanción de reclusión de dos a cinco años y con multa de 50.000 a 100.000 euro. En la segunda parte del artículo, se establece que la pena se aumenta si el hecho se comete con el fin de obtener una ganancia injusta para sí o para terceros. En el tercer inciso, se aumenta la pena hasta la mitad si el hecho deriva en un daño a los acreedores.

La posición de garante de administradores y síndicos

La doctrina tradicional, aun antes de la reforma del CCII (2019), sostenía que los deberes de control y protección que la ley imponía a los administradores y síndicos en orden a velar por el

correcto funcionamiento de la sociedad y la custodia del patrimonio social, derivaban en una verdadera posición de garantía a los fines de evitar la comisión de los delitos previstos en la ley. Para fundar la responsabilidad penal se recurría al artículo 40 del Código Penal italiano que establece que quien no impide un hecho cuando tiene el deber jurídico de impedirlo debe responder como si lo hubiera ocasionado.

Respecto del régimen actual, se deben señalar dos momentos. Por un lado, la reforma original que preveía responsabilidades concretas para síndicos y administradores en su artículo 14, el cual fue luego completamente modificado introduciendo una normativa que nada tiene que ver con la redacción originaria. Sin embargo, en ese mismo acto legislativo se produjo la introducción del artículo 25 que ha establecido la introducción de la responsabilidad en cabeza del órgano de control la obligación de señalar a la administración en caso de que se den los presupuestos previstos por el artículo 17 de la norma, esto es, el inicio del procedimiento para la composición negociada.

Con estos elementos, la doctrina considera que se mantiene esta posición de garantía en la medida que los deberes de protección respecto de la sociedad los puede llevar a responder penalmente en su faz omisiva en los delitos de quiebra fraudulenta cuando no realicen las advertencias respecto del mal funcionamiento de la empresa en los casos referidos por la ley. Por otro lado, se ha recordado que el artículo 2409 del Código Civil italiano, establecen los poderes de intervención de los síndicos según el cual se encuentran habilitados a denunciar ante el tribunal competente en caso de advertir serias irregularidades en el accionar de los administradores y que puedan derivar en un daño a la sociedad.

Cuestiones procesales

El código también prevé una serie de disposiciones en materia procesal que resultan relevantes. Por ejemplo, sobre el ejercicio de la acción penal para los delitos en materia de liquidación judicial, se establece que en los casos de los artículos 322, 323, 329 y 330 ésta debe ser ejercitada luego de la notificación de la sentencia de apertura de la liquidación judicial prevista en el artículo 49. No obstante, prevé que se inicie antes en el caso previsto por el artículo 38 y en todo otro caso en el que se verifiquen motivos graves o ya exista o bien, se presente de modo contemporáneo, una demanda para obtener dicha declaración.

El código también permite, en su artículo 347, la constitución como parte civil en el proceso. Para ello permite al síndico, liquidador judicial, comisario liquidador o comisario especial la posibilidad de constituirse en tal carácter para los delitos previstos en el título, incluso contra el emprendedor en liquidación judicial. Los acreedores, por su parte, también pueden hacerlo en los casos de quiebra fraudulenta, cuando no se han constituido en tal carácter el síndico, el comisario liquidador o el comisario especial. También pueden hacerlo si no se nombró liquidador judicial o bien cuando intenten hacer valer un título de acción personal

Conclusiones o Reflexiones

Como primera aproximación puede advertirse que más allá del cambio de perspectiva introducido por el nuevo CCII (2019), los delitos en este previsto no difieren en gran sustancia de aquellos que oportunamente tenía legislada la ley de quiebras. En efecto, se ha mantenido, tal como puede verse, la estructura clásica en orden a la regulación de estos delitos en los cuales se busca la protección de las instituciones concursales y fundamentalmente la evitación del fraude en dicho marco.

No obstante, ello, resulta insoslayable señalar que la nueva perspectiva del derecho concursal tendiente siempre a la continuidad empresarial repercute de modo directo en la cuestión penal. En ese sentido, debemos tener en cuenta la posición del legislador al momento de evaluar las conductas tipificadas por el código. Por ejemplo, las distintas alertas que se han incorporado permiten actuar con anticipación a la comisión del delito y evitar de tal modo el ingreso en el riesgo prohibido por la norma. Del mismo modo, la normativa internacional y local decreto legislativo 231/2001 relativos a la organización empresarial, funcionan como filtros a dichos fines. Se mantienen también las responsabilidades de administradores y síndicos quienes asumen la posición de garante respecto de los delitos que eventualmente pudiesen cometerse en el marco del desarrollo de la actividad empresarial. En definitiva, el cambio ha sido según puede verse, más de perspectiva que de concretas repercusiones en el marco de los tipos penales.

Referencias

Brichetti, R. (2019) *Codice della crisi d'impresa: rassegna delle disposizioni penali e raffronto con quelle della legge fallimentare, Diritto penale contemporaneo*, fascículo 7-8.

Código de Procedimiento Penal Italiano. (1988). Italia.



Código Penal Italiano. (1930). Italia.

Constitución de la República Italiana. (1947). [Versión en italiano]. Italia.

Cordero, F. (2000), *Procedimiento Penal*, Temis, Bogotá

Chiavario, M. (1998) *Commento al Codice di procedura penale (terzo aggiornamento)*; UTET, Torino, Italia.

Di Vizio, F. (1990) *La tutela penale della par condicio creditorum ai tempi del primato della continuità aziendale*. (Publicado en: <https://discrimen.it/wp-content/uploads/Di-Vizio-Tutela-penale-della-par-condicio-creditorum.pdf> Metcalfe).

Ferrajoli, L. (2016) *I reati di bancarotta nella giurisprudenza di merito e di legittimità*, revista *Crisi e risanamento*, número 14.

Larussa, A. (2019) *Reati della crisi di impresa*, publicado en Altalex el día 11 de junio de 2019 <https://www.altalex.com/documents/altalexpedia/2019/06/11/reati-della-crisi-di-impresa>

LA HISTORIA DE GÉNESIS, UNA DEFENSORA DE LOS DERECHOS DE LA MUJER

THE STORY OF GENESIS, A DEFENDER OF WOMEN'S RIGHTS

María Alejandra Mancebo Antúnez²

 <https://orcid.org/0000-0002-0208-0134>

Resumen

La violencia de género tiene distintas manifestaciones que hacen este fenómeno complejo donde la doctrina y las leyes no siempre son la respuesta ante lo acontecido. El presente ensayo tuvo como propósito generar una reflexión intersubjetiva que configure la episteme de la Historia de Génesis, Una Defensora de los Derechos de la Mujer, Lara. El fenómeno fue reflexionado desde el método Fenomenológico - Hermenéutico de Heidegger y adscrito al Paradigma Interpretativo, se generó una narrativa inspirada en un relato de un caso real donde se describe la experiencia de la protagonista con su autorización, empleado un nombre ficticio para proteger su identidad y evitar la violación sistemática a la que se ha visto expuesta. Desde el plano ontológico, asumí una realidad en construcción social, dado que el fenómeno se desarrolló a partir de un entramado de relaciones intersubjetivas. La postura epistemológica es de carácter transaccional, dialógica, subjetivista; por cuanto me aproximé a la realidad y establecí un tejido con las percepciones desde la mirada de quien la padece, como se siente ser víctima y victimario por defender los derechos de las mujeres. Con una narrativa descriptiva y emotiva se trata las distintas formas de violencia como la institucional, simbólica e informática desde la voz de quien la padece, cuestionando al sistema de justicia y pretendiendo que su vida sea una reflexión para que muchas Génesis puedan volver a usar su nombre.

Palabras clave: violencia de género; derechos de las mujeres; entes públicos; Génesis.

Abstract

Gender violence has different manifestations that make this phenomenon complex where doctrine and laws are not always the response to what happened. The purpose of this essay was to generate an intersubjective reflection that configures the episteme of the History of Genesis, A Defender of the Women's Rights, Lara. The phenomenon was reflected from Heidegger's Phenomenological - Hermeneutic method and assigned to the Interpretive Paradigm, a narrative was generated inspired by a story of a real case where the experience of the protagonist is described with her authorization, using a fictitious name to protect her identity. and avoid the systematic violation to which it has been exposed. From the ontological level, I assumed a reality in social construction, given that the phenomenon developed from a network of intersubjective relationships. The epistemological position is transactional, dialogic, subjectivist in nature; because I approached reality and

²Universidad Yacambú
Cabudare-Venezuela
Correo: maria.mancebo@uny.edu.ve

Recibido: 29-04-24

Aceptado: 03-05-24

established a fabric with the perceptions from the perspective of the sufferer, how it feels to be a victim and victimizer for defending women's rights. With a descriptive and emotional narrative, the different forms of violence such as institutional, symbolic and computer violence are treated from the voice of those who suffer from it, questioning the justice system and pretending that their life is a reflection so that the many Genesis can be used again your name.

Keywords: gender violence; women's rights; public entities, Genesis.

Introducción

Cuando la autora decide escribir este ensayo se generaron varias dudas de cómo abordar la violencia de género, sin repetir lo que describe la ley o la doctrina, el solo reto ya parecía una tarea ardua o idealista y pensó ¿cómo expresar en líneas, años de vivencia en la defensa de los derechos de las mujeres?, ¿cómo narrar el sentir de víctimas que no logran tener voz ?, confiesa que eran muchas las ideas que al plasmarlas trastocaban su sentir con un discurso positivista que la alejaba de su intención, que no era más que el lector sintiera como es la vida de una víctima y hoy les presenta la Historia de Génesis un caso de la vida real de una defensora de los derechos de las mujeres en pleno siglo XXI, que resulta avasalladora y llena de emociones, pues permite inferir que el ejercicio del Derecho, el rol de la Justicia y la actuación de los servidores públicos desde una mirada humanista. Al ser una narrativa vivencial se hace uso de perspectiva fenomenológica que ubique al lector, en un relato de vida, cuyo propósito versa en la metamorfosis que Génesis ha sufrido en su vida, donde de defensora se convierte en víctima y victimaria, de mentiras emotivas que transforman su vida y el feminismo.

Génesis es un nombre ficticio para proteger la identidad de la Mujer, pretendiendo con ello minimizar la violencia mediática e institucional a la que ha sido expuesta y a su vez elevar la voz ante lo acontecido que sirva de denuncia, pero también de análisis y reflexión ante la violencia de género, que bien se maquilla ante el poder de las instituciones que criminalizan la lucha de tantos años, que sigue siendo dura, compleja e incierta y que las leyes por sí solas no bastan, sino se humaniza el sistema de justicia y la sociedad asume un rol empático ante el dolor de las mujeres.

Ante lo mencionado, es propicio hacer saber que el discurso está inspirado en una historia real, con el quien se denomina Génesis, como alegórico al nacimiento que se pretende signifique su lectura con el anhelo de sensibilizar a quien lo lea, para que las lágrimas y lucha no sean en

vano sino la inspiración de un compromiso real ante la violencia de género, donde sus emociones parte vital la para reflexión del fenómeno de investigación.

Develado lo anterior, es de notar que se puede entender la importancia de erradicar la violencia desde la vivencia donde un relato hace asumir desde una dimensión integral que la violencia es un compleja y compleja su solución. Siendo así, es de comprender que el relato de Génesis, demanda del sistema de justicia y el colectivo un proceder que exija cambios no solo grupales sino también organizacionales bajo una mirada humanista, que engendren transformaciones en su realidad, para renovar desde las dimensiones del amor la metamorfosis indudable en pro de decir NO MAS GÉNESIS.

Desarrollo

Génesis, un nombre ficticio de una historia real, como la de muchas mujeres en el mundo, una narración donde destaca la valentía de la protagonista, quien decide que se relate su experiencia para que sirva de ejemplo de lucha y conquista. Fue así como Génesis, da el permiso de recordar el infierno en que se ha convertido su caso, que también es la causa de su metamorfosis como mujer y como ser humano. Un relato muy duro, lleno de dolor, que aun siente, pero sus vivencias no solo podrían ayudar a otras mujeres, sino a que el Sistema de Administración de Justicia, reflexione y sin duda cambie, pues poco o nada sirve una ley especial, ante lo que toleró y aún padece Génesis, así como muchas Génesis, que no se atreven a visibilizar. Génesis, fue objeto de distintas formas de violencia por defender los derechos de las mujeres, resultará incoherente si no fuera que fue -y sigue siendo- un suceso que cambió la vida no sólo de ella sino de su familia, afirmación que debe alertar a todos lectores.

Las mujeres que padecen violencia de género, no sólo lo soportan ellas, sino también el grupo familiar de manera silenciosa pero letal. Siendo así, para decir No a la Violencia, para erradicarla, se debe prestar ayuda psicológica a las mujeres y su entorno, no conformarse con la realización de un peritaje que, por demás, dan citas tardías, muchas veces son evaluadas por expertos que desconocen la fragilidad de lo vivido, por lo que el abordaje se convierte en una victimización. A Génesis la evaluaron 9 meses después de lo que vivió, en una sala oscura con dejadez... pero ello no es lo más comprometido, sino los hechos y como fueron tratados.

Un día cualquiera, Génesis estaba en su trabajo y al salir recibe un mensaje: “escóndase que le libraron orden de captura”. Ella pensó que era una broma, pero le dan detalles de un caso de una mujer que ella defendió años atrás. Ese día que Génesis jamás olvidará, recibió múltiples mensajes para que huyera; lo sorprendente de ese momento es que ninguno le decía: “sé quién eres, estoy contigo, sólo escóndete”, agregando que esas personas hasta hoy más nunca la llamaron ni buscaron. El miedo que siente la mujer víctima se acrecienta cuando se tiene que defender de lo que no hizo y es de destacar que nada hizo, solo defender los derechos de otra mujer contra un agresor, cuya causa era «sentencia condenatoria definitivamente firme».

Fue una llamada que le advirtió, ella no sabe aún ¿por qué? Pocas horas después, en todos los grupos y redes sociales, circulaba el caso en contra de Génesis. Nunca recibió una notificación oficial, pero en esta era “transmoderna”, la tecnología se encargó de difundirlo. Claro está, con la versión de los que opinaban sin saber y el morbo tan triste del ser humano. Cuando una mujer es víctima de violencia informática y simbólica, no se puede dejar sola y menos aún banalizar lo que lee de ella, como si fuera otra persona y no decirle “no es para tanto”. Estas formas de violencia donde “la verdad” es una mentira, que destruye al ser humano, es aterrador.

Si a ello se le agrega la gente que reenvía los mensajes a su familia y trabajo, la vida pareciera acabarse y fue cuando Génesis le dice a su familia “no me voy a esconder, no hice nada malo”. Una lo aplaude. Lo que nadie sabe es que esa noche pensó en suicidarse, y se preguntarán ¿por qué, si nada hizo? Génesis cuenta que al ver a su familia llorar y saber cómo les llegaba mensajes llenos de mentiras, fue terrorífico. Nunca debe dejarse a una víctima de violencia informática y simbólica sola. El miedo se apodera de ellas de tal forma que no piensan. El acompañamiento es fundamental; claro, por personas adecuadas.

Mientras la sociedad fue juez y acusador, sus amigos nunca la llamaron. Es que estas formas de violencia hacen indeseable a las víctimas, lo cual acrecienta la afectación y daño moral. En ese transcurrir nunca recibió la orden por medios oficiales, pero circulaba en las redes sociales. ¿Qué hacer, cómo actuar? Se presentó ante el tribunal para que le informaran qué pasaba. Se hace una audiencia y le dicen “tranquila Génesis, vete”; sin ninguna medida y la citan para otra audiencia.

Quisiera decirles que ahí culmina la historia, pero no. Mientras esperaba ese día, ella decidió no salir, nadie le llamaba solo unas pocas personas que nunca pensó que estarían, se enfermó, su salud se deterioró, lloró, no dormía, solo esperaba la próxima audiencia. En esa espera, se enteró

de mensajes y rumores que circulaban en las redes que señalaban que “estaba fuera del país”, que “estaba muerta”, etc. Mensajes difundidos por hombres...y mujeres.

Esto permite decirles y enfatizar que la sororidad es necesaria. No en palabras. En hechos. No existirá una sana erradicación de la violencia, si juntas existe el apoyo, si existe la empatía.

La espera de Génesis fue más dolorosa aún. Génesis fue víctima de violencia mediática por un supuesto periodista, que no era tal, que difundió un video en el cual degradaba, humillaba, vejaba a Génesis en su esfera personal y profesional. La condenó en una versión irreal y emitió imágenes de ella. Por ello se hace el llamado de que, si ven un vídeo de esta naturaleza, repórtenlo. No lo difundan, no victimicen más a la víctima, cuestionen su procedencia, pues siendo cercana a Génesis les diré que eso la derrumbó y hoy todavía sufre estados de pánico por este otro tipo de violencia a la que estuvo expuesta. No es un juego. La violencia mediática, simbólica e informática, son mortales. Es matar en vida a la mujer, desnudarla ante el colectivo y nadie hace nada, lo comparten, opinan, pero no lo denuncian. Parte de un sistema de dominio y roles de poder.

Esa exposición pública, conllevó a que la audiencia que antes la había dejado sin medida, cambiara. Ese día la juez ordenó que la privaran de libertad, la reseñaran y la esposaran para luego hacer la audiencia. Y así fue. Todo pasó, pese al estado de salud de Génesis que todos los operadores (jueces, fiscales y abogados) conocían. Desde ese día, fue todo más oscuro. Después de tal irregularidad, sin estar mujeres presentes, ejecutan la orden. Son hombres quienes la llevan esposada cuando por ley deberían ser mujeres. Al terminar el circo, la vuelven a presentar, pero ya las fotos de Génesis esposada estaban circulando. Mientras esperaba, fue víctima de burlas por los funcionarios, todos hombres.

La opresión continuó cuando en la audiencia, el acusador, hombre, la vejó como mujer con gestos y palabras que, por demás, eran inciertas; y bajo esa aura quedó privada de libertad bajo la expresión “en custodia”. Sí, en un documento oficial la cosificaron, la trasladan a una celda y un funcionario que había visto el vídeo, le dice...le ordena, desnudarse y que se agache. Todo en la oscura noche tras rejas. Recuerden que Génesis estaba enferma. El juez no hizo nada. Esta es una nueva forma de violencia, la institucional, la pusieron en manos de verdugos. Al no poder hacer lo que le pedía el funcionario, éste la golpeó, la empujó y le dio patadas...y así quedo Génesis. Una noche, desnuda, adolorida, llorando y con ganas de quitarse la vida. Génesis pasó de ser víctima de violencia mediática a víctima de violencia física.

Una víctima nunca se deja sola. Cuando se es objeto de violencia institucional, se acciona. Los abogados debían estar, recurrir. Pero no acabo ahí, al día siguiente, la consiguen en la celda en posición fetal, desnuda y la trasladan, pero no al médico sino a otra comisaria. Ahí Génesis narró lo sucedido por teléfono a sus abogados y familia. Se denunció y nada paso, solo la visita de un forense, tres días después, cuando ya Génesis tenía una infección. En estos casos, los operadores deben ser efectivos y humanos. No lo fueron. Génesis no recibió visita ni de sus abogados. La atención médica se la dieron solo tres días después. Insisto. Si se quiere erradicar la violencia contra mujer, no basta hacer recitales. Se actúa, se está presente.

Lo descrito es parte de lo que Génesis ha sufrido y aún vive, grandes transformaciones desde el día, que una mentira emotiva de un agresor condenado la señaló, pues no sólo fue exponerla, la desnudaron y dejaron sola ante un sistema judicial que le reclama algo que aun ella no entiende, pues la verdad es que defender los derechos de las mujeres no debe ser objeto de criminalización, sin embargo tal aseveración que se enseña para ellas es teoría, dado que su vida desde hace casi dos años quedo en suspenso ante la posverdad

Ese miedo de Génesis que se convierte en incertidumbre de lo porvenir que emplaza el imaginario de una vida estable que, que se plasma como una subjetividad dominante y como mariposa actúa como oruga donde la vulnerabilidad es lo único que percibe es el miedo de saber que no hizo nada incorrecto, pero se mantiene víctima de una posverdad, que la hacen víctimas de una justicia desdibujada, ante la lucha de saber que es inocentes y, sin embargo, insisten en invisibilizar.

En los diccionarios de Oxford (2016) citado por Pérez, J y a Merino M (2021), la posverdad es definida como “circunstancias en que los hechos objetivos influyen menos en la formación de la opinión pública, que los llamamientos a la emoción y a la creencia personal” y de la RAE (2020) “distorsión deliberada de una realidad, que manipula creencias y emociones con el fin de influir en la opinión pública y en actitudes sociales”.) Cárcova (2018) precisan en esta definición es “La noción de posverdad en un mundo “líquido” puede pensarse como el rechazo de verdades universales y a históricas, deducidas de la realidad de un mundo” (p.34).

Si tales concepciones se llevan a un proceso penal, la situación se hace más crítica, dado que está en juego la libertad de una persona, así como su honor, reputación entre otros derechos que desaparecen y aunque resulte sorprendente batallar por tratar de desvirtuar lo evidente, se

convierte para una víctima en una cadena de hierro, pues no sólo en enfrentar los hechos desde una visión jurídica sino que es saber que un enemigo muy grande está presente, las creencias que se centre en el sujeto y los dilemas comportamentales implícitos producto de la violencia mediática y el llamamiento a la emoción que estas plantean para así configurar mecanismos y prácticas que desfiguran la justicia.

Si bien cierto estamos en la era tecnológica de grandes avances, también lo estamos en un momento histórico donde el morbo de los seres humanos se ve explanado ante hechos que consideran emocionantes, lo repiten al punto de hacerlos verdad, sin detenerse a pensar si tal conducta afecta la administración de justicia. Nada tiene que ver con la libertad de expresión lo planteado, sino más bien en la condición como una sociedad hambrienta de justicia y de culpables, son cómodos en dar por sentado lo que lee o escucha y no quiere cuestionar ... hasta que son ellos lo que le toca sentarse en el banquillo y ser señalado sin piedad.

Estar sometido a un proceso penal no es fácil si eres culpable, Y SI ERES INOCENTE RESULTA ATERRADOR, pues se logra percibir, sentir, no solo la injusticia, sino que esta sirve de fundamento para los servidores públicos bien por desidia, por órdenes o ignorancia marquen la vida de una persona al someterla a cada penuria del proceso penal, sin importar el daño, cada operador pretende que el otro resuelva mientras sociedad con esas mentiras ya condenaron a la mujer.

Ante esa realidad Génesis se pregunta ¿en qué momento los ciudadanos dejan de ser humanos? Y ¿cuándo se darán cuenta que la justicia no es juego de opiniones sino un valor que se protege? ¿cómo seguir guardando silencio ante las mariposas que se creen orugas por el miedo que les causa que su voz no sea escuchada? ¿criminalizar la defensa de los derechos de la mujer por el capricho de un agresor es una manifestación? ¿las defensoras de derechos de las mujeres deben ser llevadas a la hoguera?

El miedo de una mariposa que se cree oruga es una semiótica de subjetivación plena de negatividad que se constituye, a través de estos mecanismos, en un medio de subordinación del espíritu, del alma de ella y de quienes la señalan y la dejaron sola donde converge su miedo y el de los que guardan silencio y va desapareciendo la diferencia entre la angustia entendida como la interioridad de la incertidumbre y se hace eco el miedo como de angustia ... todo por defender los derechos de la mujer, todo por una mentira emotiva

Génesis ha hecho todo lo que el Derecho le permite hacer... sabe que no hizo nada incorrecto, no obstante, el silencio, el retardo, la desidia, la falta de empatía, las justificaciones banales de quien la mantienen anclada a lo incorrecto, la hacen sentir como la maleta que llenas de cosas, muchas no sirven pero que pateas, arrastras, la llevas a dónde quieres o la olvidas, así se siente ella. Que una Mujer por defender los Derechos de otras mujeres, se sienta una maleta y vea la justicia como algo que está adentro pero que no importa, es motivo de preocupación y de ocupación, si ocuparse en acompañarlas, darles fuerzas y decirle muchas veces que es Valiente, sí Génesis eres valiente... y no eres una maleta que se lleva sin destino, eres una guerrera por defender tu inocencia, por denunciar cuando te golpearon m por cada escrito que aclamas justicia ... sabemos que estas agotada, pero no sola es tu lucha es la de todas.

Por ello Génesis tiene derecho y eso no le hace menos, de sentirse malograda y molesta no solo ante la injusticia sino ante el silencio opresor, si tiene derecho a sentir desalientos ante la indiferencia de los operadores y las no respuestas. Es entendible la impotencia que siente de estar criminalizada por hacer lo correcto y es válido que sienta que le están tratando de manera injusta, y que sus derechos se ven mermados, es normal que sienta miedo y eso no le hace dejar de ser valiente, es normal que se sientas vulnerable, llore y desconfíe, pues no es justo y menos aún la espera sin dejar a un lado los consejos “espera, tranquila” palabras que se repiten tanto de tanta gente, que solo le hacen sentir que no le entienden ... Tiene derecho ante la violación de tantos derechos a abrigar ello sin culpa, que nadie le diga lo contrario, no está sola.

A veces lo más fácil es huir o esconderse, pero Génesis determinada por su sentido de justicia está dando la batalla, que se sabe saldrá airosa y mucho más humana, pues a pesar de todo, no se rinde y sigue combatiendo por lo correcto. Si Génesis, siente tu valentía y compromiso como un legado a las Mujeres, tu accionar es invaluable y tu voz poderosa, pese al desidia de otros, tu historia es digna de ser conocida, replicada, eres fuerza y entender los efectos de criminalizar a una inocente.

Conclusiones o Reflexiones

El miedo invade, la angustia en cada golpe y en cada acusación injusta la hacen más débil, Pero ese miedo se convertirá en coraje, en la fuerza que necesitas para seguir luchando. Aunque tiembles por dentro, no te rindas. Tus lágrimas son el reflejo de ti, pero también de la determinación

de ser. Aunque tenga miedo, no permitas que éste te paralice. Tu historia es digna de ser conocida, replicada. Eres fuerza y **tus maletas, hoy son el ejemplo de cómo hacer más humana la justicia y entender los efectos de criminalizar a una inocente.**

Referencias

Cárcova, C (2018) Acerca Del Concepto De Posverdad *Revista Internacional de Direito e Literatura* v. 4, n. 1,

Diccionario de la Real Academia Española (2024). Consulad de la página <https://dle.rae.es/posverdad%20como%20citar%20LA%20RA>

Pérez, J y a Merino M (2021) . *Posverdad - Qué es, definición y concepto*. Disponible en <https://definicion.de/posverdad>.

Reforma a la Ley sobre el derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, Gaceta No 6.667 6 de diciembre del 16 de diciembre del 2021.

JUSTICIA SOCIAL Y EQUIDAD EN EL SISTEMA LEGAL

SOCIAL JUSTICE AND EQUITY IN THE LEGAL SYSTEM

Anais Gabriela Díaz Gaínza³

 <https://orcid.org/0009-0002-3227-2628>

Resumen

La justicia social y la equidad son principios fundamentales que deben guiar el funcionamiento de todo sistema legal. Sin embargo, en la práctica, muchos sistemas legales presentan deficiencias que impiden la plena realización de estos ideales. Este ensayo analiza la relación entre justicia social, equidad y el sistema legal, explorando los desafíos y las oportunidades para lograr una mayor igualdad ante la ley. Se argumenta que la justicia social requiere un sistema legal que garantice el acceso igualitario a la justicia, que trate a todas las personas con dignidad y respeto, y que promueva la igualdad de oportunidades. Se examinan casos de estudio y se proponen reformas para avanzar hacia un sistema legal más justo y equitativo. En última instancia, la justicia social y la equidad en el sistema legal son fundamentales para garantizar la dignidad y los derechos de todas las personas, independientemente de su origen o condición social.

Palabras clave: justicia social; equidad; sistema legal.

Abstract

Social justice and equity are fundamental principles that should guide the functioning of any legal system. In practice, however, many legal systems have shortcomings that prevent the full realization of these ideals. This essay discusses the relationship between social justice, equity, and the legal system, exploring the challenges and opportunities for achieving greater equality before the law. It is argued that social justice requires a legal system that guarantees equal access to justice, that treats all people with dignity and respect, and that promotes equality of opportunities. Case studies are examined and reforms are proposed to advance towards a more just and equitable legal system. Ultimately, social justice and equity in the legal system are critical to ensuring the dignity and rights of all people, regardless of their background or social status.

Keywords: social justice; equity; legal system.

³ Universidad Yacambú
Cabudare-Venezuela
Correo: gabrielagainza10@gmail.com

Recibido: 22-05-24

Aceptado: 22-05-24

Introducción

La justicia social y la equidad son conceptos fundamentales en el ámbito del derecho y la política. Ambos principios se refieren a la idea de que todas las personas deben tener acceso a los mismos derechos, oportunidades y recursos, independientemente de su origen, raza, género, clase social o cualquier otra característica. La justicia social implica el reconocimiento de la dignidad inherente de cada ser humano y la necesidad de eliminar las barreras y las desigualdades que impiden el pleno desarrollo de las personas. Por su parte, el sistema legal desempeña un papel crucial en la promoción de la justicia social y la equidad. Las leyes y las instituciones legales deben garantizar que todos los ciudadanos sean tratados de manera justa y equitativa, sin discriminación ni privilegios. Sin embargo, en muchos países, el sistema legal ha sido criticado por perpetuar las desigualdades existentes y por favorecer a ciertos grupos en detrimento de otros.

Este ensayo tiene como objetivo analizar la relación entre justicia social, equidad y el sistema legal, explorando los desafíos y las oportunidades para lograr una mayor igualdad ante la ley. Se argumentará que la justicia social requiere un sistema legal que garantice el acceso igualitario a la justicia, que trate a todas las personas con dignidad y respeto, y que promueva la igualdad de oportunidades. Se examinarán casos de estudio y se propondrán reformas para avanzar hacia un sistema legal más justo y equitativo.

Desarrollo

Acceso igualitario a la justicia

Una de las principales barreras para la justicia social en el sistema legal es la falta de acceso igualitario a la justicia. Muchas personas, especialmente aquellas en situación de pobreza o vulnerabilidad, enfrentan dificultades para acceder a los tribunales y hacer valer sus derechos. Los altos costos de los servicios legales, la complejidad del sistema judicial y la falta de información y recursos pueden ser obstáculos significativos.

Para garantizar un acceso igualitario a la justicia, es necesario implementar medidas como la asistencia legal gratuita o subsidiada para quienes no pueden costear un abogado, la simplificación de los procedimientos judiciales, y la mejora de la educación legal para que las personas conozcan sus derechos y cómo hacerlos valer. Además, es importante que el sistema legal

sea accesible y comprensible para todos, independientemente de su nivel educativo o cultural.

Trato digno y respetuoso

Otro aspecto fundamental de la justicia social en el sistema legal es el trato digno y respetuoso a todas las personas. Lamentablemente, en muchos casos, el sistema legal ha sido criticado por discriminar y estigmatizar a ciertos grupos, como las minorías étnicas, las mujeres, las personas LGBTQ+ o las personas con discapacidad. Esta discriminación puede manifestarse en el lenguaje utilizado en los tribunales, en los prejuicios de los jueces y abogados, o en la aplicación desigual de las leyes.

Para promover un trato digno y respetuoso, es necesario implementar medidas de sensibilización y capacitación para los operadores del sistema legal, con el fin de eliminar los prejuicios y fomentar una cultura de respeto y no discriminación. Además, es importante que las leyes y las instituciones legales reflejen la diversidad de la sociedad y que se tomen medidas para garantizar la representación equitativa de todos los grupos en el sistema judicial.

Igualdad de oportunidades

La justicia social también implica la promoción de la igualdad de oportunidades en el sistema legal. Esto significa que todas las personas deben tener las mismas posibilidades de acceder a los recursos y las oportunidades que ofrece el sistema legal, independientemente de su origen o condición social. Sin embargo, en muchos casos, el sistema legal ha sido criticado por perpetuar las desigualdades existentes y por favorecer a ciertos grupos en detrimento de otros.

Para promover la igualdad de oportunidades, es necesario implementar medidas como la educación legal para todos los ciudadanos, la eliminación de las barreras económicas y sociales que impiden el acceso a la justicia, y la promoción de la diversidad y la inclusión en el sistema judicial. Además, es importante que las leyes y las políticas públicas se diseñen y se apliquen de manera equitativa, teniendo en cuenta las necesidades y las realidades de todos los grupos de la sociedad.

Casos de estudio

Para ilustrar los desafíos y las oportunidades relacionados con la justicia social y la equidad

en el sistema legal, a continuación, se presentan dos casos de estudio:

Caso de estudio 1: Acceso a la justicia para las mujeres en Afganistán

En Afganistán, las mujeres han enfrentado históricamente barreras significativas para acceder a la justicia. Durante el régimen talibán, las mujeres fueron excluidas del sistema legal y se les negó el derecho a comparecer ante los tribunales. Incluso después de la caída del régimen talibán, las mujeres han seguido enfrentando obstáculos, como la falta de abogadas mujeres, la discriminación de los jueces y la falta de seguridad en los tribunales.

Para abordar este problema, organizaciones como la Unión de Abogadas de Afganistán han trabajado para capacitar a más mujeres en el campo del derecho y para promover su participación en el sistema judicial. Además, se han implementado programas de asistencia legal gratuita para mujeres y se han realizado campañas de sensibilización sobre los derechos de las mujeres ante la ley.

Caso de estudio 2: Discriminación racial en el sistema legal de Estados Unidos

En Estados Unidos, el sistema legal ha sido criticado por perpetuar la discriminación racial y por favorecer a los blancos en detrimento de las minorías étnicas. Estudios han demostrado que las personas de color tienen más probabilidades de ser detenidas, acusadas y condenadas que los blancos, incluso cuando se cometen delitos similares. Además, las comunidades de color suelen tener menos acceso a recursos legales y a representación legal adecuada.

Para abordar este problema, se han implementado medidas como la capacitación en sensibilidad racial para los operadores del sistema legal, la promoción de la diversidad en el sistema judicial y la implementación de políticas de justicia restaurativa en lugar de enfoques punitivos. Además, organizaciones como la Unión Americana de Libertades Civiles (ACLU) han trabajado para denunciar y combatir la discriminación racial en el sistema legal a través de litigios y campañas de advocacy.

Reformas necesarias

Para avanzar hacia un sistema legal más justo y equitativo, se necesitan reformas en varios niveles. En primer lugar, es necesario implementar medidas para garantizar el acceso igualitario a la justicia, como la asistencia legal gratuita o subsidiada, la simplificación de los procedimientos judiciales y la mejora de la educación legal. En segundo lugar, es necesario promover un trato digno y respetuoso a todas las personas en el sistema legal, a través de la capacitación en sensibilidad y la eliminación de los prejuicios.

En tercer lugar, es necesario implementar medidas para promover la igualdad de oportunidades, como la educación legal para todos los ciudadanos y la eliminación de las barreras económicas y sociales que impiden el acceso a la justicia. Además, es necesario que las leyes y las políticas públicas se diseñen y se apliquen de manera equitativa, teniendo en cuenta las necesidades y las realidades de todos los grupos de la sociedad. Esto implica la participación de diversos actores, como organizaciones de la sociedad civil, expertos en derechos humanos y representantes de grupos marginados, en el proceso de reforma legal.

Conclusiones o Reflexiones

La justicia social y la equidad son principios fundamentales que deben guiar el funcionamiento de todo sistema legal. Sin embargo, en la práctica, muchos sistemas legales presentan deficiencias que impiden la plena realización de estos ideales. Para avanzar hacia un sistema legal más justo y equitativo, es necesario implementar reformas en varios niveles, como garantizar el acceso igualitario a la justicia, promover un trato digno y respetuoso a todas las personas, y fomentar la igualdad de oportunidades.

Esto requiere un esfuerzo conjunto de diversos actores, como el Estado, la sociedad civil y la comunidad internacional. Además, es necesario que las reformas legales se acompañen de cambios en la cultura y las mentalidades, para eliminar los prejuicios y fomentar una cultura de respeto y no discriminación.

En última instancia, la justicia social y la equidad en el sistema legal son fundamentales para garantizar la dignidad y los derechos de todas las personas, independientemente de su origen o condición social. Solo a través de un sistema legal justo y equitativo podremos construir una sociedad más justa y cohesionada, en la que todas las personas tengan las mismas oportunidades de desarrollar su potencial y de vivir una vida digna.

Referencias

- Amnistía Internacional. (2021). *Informe 2020/21: La situación de los derechos humanos en el mundo*. Obtenido de <https://www.amnesty.org/es/documents/pol10/3202/2021/es/>
- Banco Mundial. (2020). *Informe sobre el desarrollo mundial 2020: El comercio al servicio del desarrollo en la era de las cadenas de valor mundiales*. Obtenido de <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/32437/211457SP.pdf>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2019). *Informe sobre pobreza y derechos humanos en las Américas*. Obtenido de <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/PobrezaDDHH2017.pdf>
- Fondo Monetario Internacional. (2019). *Fiscal Monitor: Cómo reducir la desigualdad*. Obtenido de <https://www.imf.org/es/Publications/FM/Issues/2019/10/16/Fiscal-Monitor-October-2019-How-to-Mitigate-Climate-Change-47027>
- Naciones Unidas. (2015). *Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*. Obtenido de https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/70/1&Lang=S
- Organización de los Estados Americanos. (2019). *Informe sobre pobreza y derechos humanos en las Américas*. Obtenido de <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/PobrezaDDHH2017.pdf>
- Organización Internacional del Trabajo. (s.f.). *La desigualdad en el trabajo en el mundo*. Obtenido de https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_534164.pdf
- Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. (2019). *Informe sobre Desarrollo Humano 2019: Más allá del ingreso, más allá de los promedios, más allá del presente: Desigualdades del desarrollo humano en el siglo XXI*. Obtenido de <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/PobrezaDDHH2017.pdf>
- Unión Americana de Libertades Civiles. (2021). *Racial Justice*. Obtenido de <https://www.aclu.org/issues/racial-justice>
- Unión de Abogadas de Afganistán. (2020). *Informe anual 2020*. Obtenido de <https://www.awo.org.af/wp-content/uploads/2021/03/AWU-Annual-Report-2020.pdf>

LIBERTAD DE EXPRESIÓN VS. DERECHO AL HONOR: UN CONFLICTO INTERMINABLE

FREEDOM OF EXPRESSION VS. RIGHT TO HONOR: A NEVER-ENDING CONFLICT

Lourdes Marisol Brizuela⁴

 <https://orcid.org/0009-0003-5844-8633>

Resumen

La libertad de expresión y el derecho al honor, ambos pilares fundamentales de las sociedades democráticas entran en constante tensión, especialmente en la era digital donde las redes sociales amplifican el alcance de las opiniones y expresiones. El artículo "Libertad de expresión Vs. Derecho al honor: un conflicto interminable" de María Alarcón y José Blanco analiza este dilema, explorando los desafíos y proponiendo soluciones para alcanzar un equilibrio entre ambos derechos. Si bien la libertad de expresión permite a las personas comunicar sus ideas sin censura, no es un derecho absoluto. Existen límites claros cuando se utiliza para difamar, injuriar o incitar al odio, acciones que pueden dañar la reputación y dignidad de otros. El derecho al honor, por su parte, protege la imagen y el buen nombre de las personas, garantizando su respeto y consideración social. En definitiva, la libertad de expresión y el derecho al honor son derechos inalienables que deben coexistir en una sociedad justa y democrática. El diálogo, la educación y las medidas legales adecuadas son esenciales para navegar este complejo conflicto y garantizar el respeto de ambos derechos en la era digital.

Palabras clave: libertad de expresión; derecho al honor; conflicto.

Abstract

Freedom of expression and the right to honor, both fundamental pillars of democratic societies, are in constant tension, especially in the digital era where social networks amplify the scope of opinions and expressions. The article "Libertad de expresión Vs. Derecho al honor: un conflicto interminable" by María Alarcón and José Blanco analyzes this dilemma, exploring the challenges and proposing solutions to achieve a balance between both rights. While freedom of expression allows people to communicate their ideas without censorship, it is not an absolute right. There are clear limits when it is used to defame, slander or incite hatred, actions that can harm the reputation and dignity of others. The right to honor, on the other hand, protects the image and good name of individuals, guaranteeing their respect and social consideration. In short, freedom of expression and the right to honor are inalienable rights that must coexist in a just and democratic

⁴ Universidad Yacambú
Caracas-Venezuela
Correo: lourdes.brizuela@uny.edu.ve

Recibido: 22-05-24
Aceptado: 22-05-24

society. Dialogue, education and appropriate legal measures are essential to navigate this complex conflict and ensure respect for both rights in the digital age.

Keywords: freedom of expression; right to honor; conflict.

Desarrollo

La libertad de expresión es un derecho que permite a los ciudadanos poder comunicarse y expresarse libremente. En este aspecto se permite al individuo emitir sus opiniones, ideas y pensamientos a los demás ello se identifica con la libertad de buscar, recibir y difundir información. Se hace necesario señalar que, en razón a estas opiniones y difusión de ideas, la persona emisora no debe ser molestado a causa de estas, siempre y cuando éstas no violenten los derechos a terceros. Esta libertad de expresión en ocasiones suele atribuirse su uso, netamente a los periodistas, en este punto puede mencionarse lo señalado por Cárdenas, secretario del Colegio Nacional de Periodistas, seccional Caracas, citado por Alcalde (2023) a saber:

El ciudadano debe entender que el tema de libertad de expresión no es un asunto que nos atañe a los periodistas y a los demás trabajadores de la prensa, es un tema que atañe a la sociedad, tiene que participar y exigir su derecho porque les afecta. (Párr. 11).

Fundamentalmente se entiende que no es algo inherente a una profesión, como en este caso el periodismo, es un derecho determinado para toda persona que tenga a bien manifestar sus ideas y pensamientos, sin más limitantes para ello que, los señalados por la ley. Comprendiendo la posibilidad de alcanzar su participación de la forma más idónea y legal posible. Mayormente el término se asocia con el honor, manifestándose éste como el derecho que permite a las personas obtener el reconocimiento de su dignidad, así como la protección a la intromisión que en este pudiera tener otra persona. En este sentido, se comprende como vulneración a este derecho cuando un sujeto por intermedio de críticas afirmaciones falsas o insultos descalifica a otra.

Se debe entender esto último porque la honra no depende de la persona per se, depende de los actos que otros sujetos realicen en contra de otro, alterando en cierto modo la reputación o fama que este último pudiese tener en su trayecto de vida. En razón a las consideraciones anteriores, se estudia el artículo científico que se describe a continuación: Primeramente, se debe indicar que, es escrito por los abogados María Alarcón, especialista en derecho laboral, directora de la escuela de derecho de UCAB-Guayana, y coordinadora del observatorio venezolano de violencia, capítulo Bolívar y José Blanco, especialista en derecho procesal y mercantil, profesor de filosofía del

derecho y Derecho procesal, miembro colaborador de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales (Acienpol) para el estado Bolívar. Investigador del Centro de Estudios Regionales “Joseph Gumilla” de la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB), sede Guayana.

En esta oportunidad los autores lo han denominado “Libertad de expresión Vs. Derecho al honor: un conflicto interminable”, siendo publicado en la página revistas en líneas de la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB), identificada en esta oportunidad como Temas de Comunicación N.º 42, Con fecha 07 de Julio del año 2021(7/7/2021). Siendo su aparición de corte semestral. Es importante señalar que, el artículo está estructurado en siete (07) apartados incluyendo la introducción y las conclusiones. Estos aspectos están identificados en orden de aparición de la siguiente forma: 1- Introducción, 2-Sobre el concepto, fundamentos y conflicto de valores, 3- Sobre el valor del derecho al honor, 4- Sobre la libertad de expresión y sus límites, 5- Sobre la colisión entre el derecho al honor y la libertad de expresión, 6-Sobre las redes sociales y la reputación personal y 7- conclusiones.

Para empezar, se puede señalar que los autores se motivan a realizar este artículo desde lo que consideran una problemática, como lo es la relación entre los derechos que se establecen en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (en adelante CRBV), en específico en sus artículos 56 y 57 relacionados directamente con la libertad de expresión y comunicación y, el artículo 60 que señala el derecho al honor y la intimidad (vida privada). Esto según ellos, se deriva de la delgada línea que entre estos artículos pueden determinadas personas cruzar, en menoscabo de los derechos de otra. En sus consideraciones los autores resaltan que el conflicto emerge desde la confusión en la interpretación y aplicación de las normas en comento.

Fundamentalmente en los primeros aspectos tratados por los autores se refleja las particulares que se generan en atención a los aspectos de estos derechos, en su introducción exponen lo relativo al derecho de los periodistas de ejercer su oficio, considerando en este las limitaciones que pueda imponer el Estado. En su inicio los autores indican que en ocasiones en el ejercicio de sus funciones algunos funcionarios pueden utilizar el poder de forma arbitraria y al ser confrontados por la sociedad, buscan ampararse en el derecho al honor y la intimidad, queriendo limitar el derecho a la libertad de expresión, esto desde la perspectiva del periodismo.

Si bien es cierto que, algunos periodistas traspasan los principios éticos que deben prevalecer en su ejercicio, al generar matrices de opinión en asuntos o hechos, en su mayoría sin la verificación de los detalles de estos, con lo cual pueden vulnerar los derechos individuales de

las personas involucradas. Es importante resaltar lo comentado por los escritores en cuanto a lo señalado por la Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículos 12 y 19), mediante la cual no se establece una primacía de un derecho sobre otro, esto en relación con el derecho a la información y el derecho al honor e intimidad.

Evidentemente en su razonamiento, los autores dejan claro que ninguna autoridad, gobierno, grupo o una persona puede restringir o suprimir los derechos o libertades establecidos en la Declaración, sustentada en su artículo 60. Obviamente esta limitación se extiende a la profesión, condición social, credo religioso o político, y filiación sindical. En base a estos pensamientos los investigadores generan interrogantes, que involucran, primeramente, la jerarquía de los consabidos derechos, los límites de la libertad de expresión, la posible solución a este conflicto, y finalizan con la manera de garantizar el ejercicio de estos derechos en una actualidad donde prevalecen las redes sociales.

Cabe mencionar que, en el segundo aspecto analizado por los creadores, se indaga sobre los valores, vista de la percepción que de estos pueden tener las personas. En este punto consideran rescatar los valores para brindar orientación sobre la colisión de los derechos mencionados, esto por la importancia que en su momento le otorgan las personas a uno u otro derecho.

Se debe mencionar que, en su análisis toman en referencia al autor Pérez (1997), para ello usan su trabajo titulado; Teoría del derecho una concepción de la experiencia jurídica, este autor conceptualiza y fundamenta los valores y finaliza proponiendo una solución al entramado que surge de esta problemática, señalando anteponer a posturas subjetivistas un consenso que permita establecer condiciones al racionalizar sobre qué derecho es justo. En este sentido, los escritores resaltan la necesidad de establecer parámetros o criterios de humanidad, para lograr soluciones que puedan ser consideradas justas en el caso de situaciones donde existan tales conflictos.

Seguidamente, para expresar lo referido al honor, tercer aspecto del análisis in comento, los investigadores resaltan lo señalado por Rodríguez (1996), por lo cual toman la clasificación que este realiza en este aspecto, dividiendo el mismo en objetivo y subjetivo, esto permite distinguir el primero como el que involucra la fama, reputación que frente a otro posee determinado individuo. Seguidamente la forma subjetiva, se refiere a la concepción que de su propia persona tiene un sujeto. Hacen igual mención para definir este aspecto, al autor Ortiz (1992), quien lo identifica como un derecho que debe ser respetado por los demás. En este sentido los escritores analizados, toman como postura lo siguiente:

El derecho al honor, al igual que a la intimidad y a la propia imagen son derechos extrapatrimoniales, y, por lo tanto, irrenunciables, imprescriptibles, inembargables e inalienables, sin perjuicio de los supuestos de autorización o consentimiento. Por esta razón se consideran de gran importancia para el desenvolvimiento de la personalidad, que como derecho debe prevalecer por encima del derecho a la información. Debe a consideración de los estudiosos, mantenerse un nivel de igualdad en los actos que realicen las personas, siendo estas responsables de sus propias acciones, por lo cual deben evitar realizar actos indignos, estos comportamientos podrían ser catalogados como fundamentos para otorgarle o no a determinada persona un voto de confianza, consabida por ellos como “presunción de buena fe o la presunción de inocencia” (pag.10-11).

Lo más importante de lo expresado anteriormente es que, los individuos tienen derecho a mantener su intimidad fuera del alcance de otras personas y asimismo tener derecho a la libertad de expresión y el Estado mediante leyes establece protección para evitar las injerencias sobre el ejercicio de tales derechos. En este sentido se entiende que, cada persona tiene la facultad de decidir qué información difundir o no, recordándose entonces que en ocasiones se pueden generar conflictos entre ambos derechos al estar la misma sometida al escrutinio o valoración de terceras personas.

De allí los autores hacen referencia a lo señalado en el artículo 27 y 60 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), relacionados con el honor y la protección mediante la acción de amparo para el ejercicio y goce de este derecho, indicando la posibilidad de accionar desde el ámbito penal, categorizando estos actos como calumnias e injurias igualmente toda persona puede solicitar apoyo desde el ámbito civil para obtener resarcimiento por el daño moral que determinadas acciones de terceros pueden ocasionar en algún ciudadano. Los investigadores manejan lo referido al código de ética del abogado venezolano, específicamente el artículo 9, que limita el uso de medios de comunicación para dar a conocer asuntos o partes de estos cuando están bajo su ejercicio profesional.

Seguidamente los autores señalan lo referido a los diferentes límites existentes en cuanto a la libertad de expresión. En este aspecto los mismos indican que este se sustenta en materia de derechos humanos, para ello resalta el artículo 10 y 11 de la Declaración del Hombre y del Ciudadano de 1789, manifestándose para ello que el hombre no debe ser molestado en sus

opiniones, siempre y cuando no genere perturbación al orden público, entendiéndose así que en este puede surgir la responsabilidad cuando se abusa de la libertad de expresión.

En sustento de este derecho manejan lo referido a las normas que indican los aspectos requeridos para el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, los autores mencionan la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) en su artículo 19, asimismo mencionan el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (1976) artículo 19, numeral 2. Estos aspectos analizados en este escrito funcionan como la posibilidad de emitir opiniones, resguardando los lineamientos que para la protección de las demás personas el Estado pueda emitir. Los escritores se sustentan en la opinión y definición señalada por Cañizales (2007), distinguiendo la libertad individual y colectiva.

Sus aportes en este aspecto se fundamentan en el artículo 57 (1999, CRBV), resaltando las prohibiciones que sobre este derecho existen, como lo son: el anonimato, mensajes de guerra, mensajes discriminatorios, entre otros. En este punto vinculan este derecho con el derecho a la libertad de pensamiento, el cual identifican como incoercible y diferente al de expresión que posee regulaciones por medio de las cuales no debe incitar o lesionar el derecho al honor de otras personas.

Siguiendo el listado que muestran los escritores, se tiene la colisión que existe entre el derecho al honor y la libertad de expresión, desde allí los mencionados señalan que, ambos son derechos fundamentales y el Estado debe resguardar la dignidad de las personas. Es allí donde, citando a Bobbio (2003), manejan el criterio igualmente compartido por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en la sentencia N° 1942 de fecha 15 de julio de 2003, el mismo sirve de sustento para indicar sobre el choque o colisión de ambos derechos, el del honor lo relacionan con la actuación de funcionarios públicos. Para ellos es importante considerar técnicas para considerar las circunstancias del caso, evitando trasgredir derechos a otras personas.

Fundamentalmente en cuanto a esto se enfocan en modelos, como lo son el de Alexy (2010), quien expresa lo siguiente; “el juez pueda efectuar juicios racionales para determinar el grado de importancia del principio fundamental que se debe priorizar o potenciar” (pág. 16), en ello se orienta en fases o etapas para determinar con exactitud la colisión entre ambos derechos. Siguen estos autores indicando lo referido a las limitaciones de la libertad de expresión y el derecho al honor, los cuales no deben estar por encima de los intereses públicos de los ciudadanos. Finalizan

lo referido a la tesis de la ponderación como fundamento para la toma de decisiones argumentadas en casos concretos por parte del juez.

Resulta lógico mencionar lo referido a las redes sociales y la reputación, por ser este medio tan usado por la gran mayoría de personas. Usualmente las personas suelen difundir sin mayores consideraciones informaciones propias o de terceros. De allí que, podría ser considerado violatorio a los derechos comentados en los párrafos anteriores, como lo son el derecho de expresión, ejercicio del derecho a la información, la opinión pública y el honor de las personas.

Naturalmente los investigadores expresan su opinión sobre este aspecto tan importante y problemático, considerando este como el espacio donde se trasgreden con mayor intensidad “verdaderos atentados al honor y reputación de las personas sin que puedan controlarse esos excesos” (pág. 17). En este punto sostiene la protección que mediante el artículo 60 de CRBV, en relación a limitar el uso de la informática. En este sentido opinan sobre la norma in comento, señalando que esta es reguladora mediante la posibilidad de ejercer acciones para hacer valer dichos derechos. Asimismo, emiten una reflexión sobre los delitos a los que pueden incurrir las personas al utilizar las redes sociales, a saber:

... exteriorizar la opinión que se tiene sobre una persona por Twitter, Facebook o Instagram puede tener un efecto devastador en casos de injuria y difamación, porque allí, como se dice coloquialmente, pasa como el agua al regar, que después no se puede recoger. El daño a la reputación es irreversible y lo único que queda es la sanción penal o la indemnización civil (pág.18).

En esencia establecen orientaciones a los usuarios para evitar o minimizar la posibilidad de incurrir en los delitos mencionados deben hacer publicaciones o difusiones de información siempre y cuando tengan la autorización o consentimientos de la o las personas involucradas, en este caso a quienes van a mencionar en sus mensajes o escritos, cuidando su intimidad o privacidad. Es importante resaltar que, no se debe abusar en el ejercicio de los derechos mencionados o por el uso indebido de redes sociales. Los investigadores concluyen en que,

Para la ponderación entre el derecho al honor y la libertad de expresión es necesario determinar si existe algún interés general o necesidad de emitir las opiniones, ideas e informaciones estableciendo un juicio de valor. La ponderación queda sujeta a estándares de racionalidad y justicia a la luz de los cuales se aprecian las consecuencias de la elección. (pág. 19).

Lo más importante es su reconocimiento de la no existencia de una jerarquización de los derechos fundamentales manifestando que en caso de conflictos se deben considerar los principios para indicar cuál de los derechos se verá limitado por el otro. En este caso se deben establecer elementos para permitir la censura, sin opacar o atropellar la dignidad personal.

Para finalizar, como reflexión a los temas me permito expresar que la libertad de expresión es considerada un derecho fundamental, por medio del cual las personas pueden expresar sus opiniones e ideas, a pesar de ser controvertidas. Sin embargo, el derecho al honor también permite la protección de la reputación y dignidad de las personas. Se entiende entonces que, el conflicto surge cuando por medio de la libertad de expresión se difama o se daña la reputación de otro.

Como recomendaciones se podría sugerir, la orientación de la gobernanza para encontrar un equilibrio entre estos derechos y lograr una sociedad justa y democrática, para ello pudiera comenzar con la educación en medios y alfabetización digital, permitiendo de esta forma que las personas puedan discernir entre la información veraz y difamatoria, así como crear leyes claras que penalicen estas actuaciones para proteger contra la difamación, protegiendo el derecho al honor en equilibrio con la libertad de expresión.

Referencias

- Alarcón, M. y Blanco, J. (2021) *Libertad de expresión Vs. Derecho al honor: un conflicto interminable*. Publicado en Temas de Comunicación N.º 42. Semestre enero-junio 2021. Revistas en línea. Universidad Católica Andrés Bello. Disponible en: <https://revistasenlinea.saber.ucab.edu.ve/index.php/temas/article/download/5150/4309/17281>
- Alcalde, C. (2023) *Libertad de prensa en Venezuela, un espacio cada vez más estrecho y vulnerado*. Documento en línea. Disponible en: <https://www.vozdeamerica.com/a/libertad-de-prensa-en-venezuela-un-espacio-cada-vez-mas-estrecho-y-vulnerado/7075894.html>
- Alexy, R. (2010). *La construcción de los derechos fundamentales*. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Bobbio, N. (1991). *Liberalismo y democracia*. Milan: Edit SA.
- Cañizalez, A. (2007). *Democracia y Libertad de Expresión*. En libertad de expresión, una discusión sobre sus principios, límites e implicaciones. Caracas: CEC, SA.
- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999). Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 5.253 (Extraordinario), marzo, 24 de 2000.
- Dictum* • ISSN: 2959-1074 • Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas • Universidad Yacambú • Enero-Junio • 4ta Edición • 33-41

OEA (1948). Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Disponible en:

<http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp#:~:text=DECLARACION%20AMERICANA%20DE%20LOS%20DERECHOS%20Y%20DEBERES%20DEL%20HOMBRE&text=Todos%20los%20hombres%20nacen%20libres,exigencia%20del%20derecho%20de%20to>

ONU (1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. Disponible en:

https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf

Ortiz, R. (1992). *La vida privada, el honor y la reputación*. Caracas: Premio Anual de la Procuraduría General de la República.

Pérez, L y otros. (1997). *Teoría del derecho: una concepción de la experiencia jurídica*. España: Tecnos.

LA CARGA DE LA PRUEBA DE LA “NO CULPA” MÉDICA

THE BURDEN OF PROOF OF MEDICAL “NO-FAULT”

Julio César Colina Ramos ⁵

 <https://orcid.org/0000-0003-1594-9844>

Resumen

En Venezuela, en los últimos años, se han dado a conocer diversos casos de médicos que han cometido actos dañinos en la prestación de servicios de salud. Sin embargo, cuando los pacientes o sus familiares buscan reparación civil por el daño sufrido, se enfrentan a una verdadera carrera de obstáculos. La pesada carga de la prueba de la culpa médica que recae sobre los perjudicados, sumada a la mirada complaciente de jueces que permiten las argucias de los abogados, ha generado un caos en la institución del Derecho Civil, impidiendo una recta administración de justicia. Cuando se analiza la jurisprudencia sobre responsabilidad civil médica, se evidencia el heroico esfuerzo probatorio de las víctimas o sus familiares, producto de unas reglas rígidas y vetustas de distribución de la carga de la prueba, así como de la interpretación exegetica de la ley procesal por parte de los jueces. La cruda realidad de estos procesos judiciales indica que la justicia ha marchado en contravía al camino trazado por la Constitución en cuanto a la manera de declarar el derecho en un modelo de Estado democrático y social de Derecho y de Justicia.

Palabras clave: carga de la prueba; no culpa médica; responsabilidad civil.

Abstract

In Venezuela, in recent years, there have been several cases of doctors who have committed harmful acts in the provision of health services. However, when patients or their relatives seek civil redress for the harm suffered, they face a veritable obstacle course. The heavy burden of proof of medical fault that falls on the injured parties, coupled with the complacent judges who allow the chicanery of lawyers, has generated chaos in the institution of civil law, preventing the proper administration of justice. When the jurisprudence on medical civil liability is analyzed, the heroic evidentiary effort of the victims or their relatives becomes evident, as a result of rigid and outdated rules of distribution of the burden of proof, as well as the exegetic interpretation of the procedural law by the judges. The crude reality of these judicial processes indicates that justice has gone against the path laid out by the Constitution in terms of the way of declaring the law in a model of a democratic and social State of Law and Justice.

Keywords: burden of proof; medical non-fault; tort liability.

⁵ Universidad Central Lisandro Alvarado
Barquisimeto-Venezuela
Correo: julio.colina@ucla.edu.ve

Recibido: 07-05-24

Aceptado: 27-05-24

Introducción

De poco puede servir a una persona hallarse en posesión del derecho más claro e incontrovertible, dice Muñoz Sabaté (1983), si en el momento procesal oportuno no logra demostrar los hechos que constituyen la hipótesis legal, y que por eso se ha dicho que quien no consigue convencer al juez, cuando su derecho es desconocido o negado, de los hechos de que depende su derecho, es como si no tuviera ni hubiese tenido nunca el derecho. En Venezuela, sobre todo en los últimos años, han alcanzado notoriedad comunicacional diversos hechos que involucran a profesionales de la medicina en la comisión de actos dañosos en la prestación de servicios encaminados a la conservación, fomento, restitución de la salud y rehabilitación física o psico-social de las personas y de la colectividad, así como en la prevención, diagnóstico y tratamiento de enfermedades.

Puertas adentro, también es una realidad, que el ejercicio de la acción civil que deriva de tales actos se ha convertido para pacientes y familiares que reclaman judicialmente reparaciones e indemnización ante el daño injustamente sufrido, en una verdadera carrera de obstáculos. La pesada carga de la prueba de la culpa médica que llevan sobre sus hombros los perjudicados y la mirada complaciente de jueces que no son más que simples espectadores de las argucias de los abogados, han generado un caos en tan importante institución del Derecho Civil, impidiendo una recta administración de justicia, en beneficio propio y en perjuicio de un tercero, en nada obsequioso para la paz social.

Harto divulgado son los errores de anesthesiólogos que dejaron en estado comatoso o con muerte cerebral a muchos; o los de los cirujanos que al término de la intervención quirúrgica dejan “por olvido” restos de compresas en la cavidad abdominal del paciente, cuando no parte del instrumental utilizado en la operación, produciéndole una septicemia en ocasiones mortal; o los del médico que al momento de intubar a su paciente le perfora un pulmón; o los del de traumatólogos, que en un procedimiento produjo serias secuelas biomecánicas, y, en general, los de cualquier especialista que en el acto médico dejan al paciente con severas alteraciones orgánicas no preexistentes.

Cuando se analiza la jurisprudencia patria sobre responsabilidad civil médica, salta a la vista el heroico esfuerzo probatorio de la víctima o de sus familiares producto, en primer término, de unas reglas rígidas y vetustas de distribución de la carga de la prueba en tales juicios, y luego, por la interpretación exegética de la ley procesal. La particular dificultad de demostrar lo ocurrido

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

Enero-Junio • 4ta Edición • 42-65

dentro un quirófano, no es nada justo para el paciente ni para sus familiares, tornándose en ocasiones en la carga para estos de acercar al expediente la denominada “prueba diabólica”, prueba que versa sobre un hecho difícil -cuando no imposible- de probar.

Tal obligación procesal de la víctima del daño médico, o sus familiares, tiene su origen en el Código de Procedimiento Civil, que mantiene las reglas tradicionales a priori de la carga de la prueba, distribuidas en atención al carácter de demandante o demandado y a las afirmaciones de hecho de cada uno en el juicio, y, como se mencionó antes, en la interpretación ritual por el juez de tales reglas. De allí que incumbe a quien afirma la existencia de un hecho el deber probarlo, aun encontrándose imposibilitado de hacerlo, inclusive por causas ajenas a su voluntad.

Tal es la razón por la que víctimas y familiares acuden comúnmente a la acción penal, con la que se pretende sancionar con pena restrictiva de libertad al médico que echó a un lado la *lex artis* en la realización de un acto médico. A través de denuncia ante el Ministerio Público o ante los órganos de policía de investigaciones penales competentes, la víctima o sus familiares señalan al médico por hechos u omisiones que a la postre configuran el delito de homicidio culposo por mala praxis médica, o por lesiones, unas gravísimas otras graves, sin descartar la interposición de querrela ante los tribunales de control competentes, ni las investigaciones ordenadas por el Ministerio Público contra instituciones de asistencia médica públicas y privadas.

No obstante, es doctrina pacífica del Tribunal Supremo de Justicia que el derecho a la prueba en el proceso forma parte del derecho a la defensa, consagrado en el numeral 1 del artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, derecho que se vería menoscabado, si no se pudiese llevar al procedimiento las demostraciones de las afirmaciones, alegatos o defensas realizadas por las partes. De allí que no sea precisamente el daño producido la causa de tal dificultad probatoria, sino la aplicación indiscriminada de las reglas de la carga de la prueba ancladas en viejas fórmulas rituales, propias de la justicia formal, no obstante, la actual concepción del Estado, del Derecho, de la justicia y del proceso como instrumento para su realización.

Pacientes y familiares, ante tales prácticas dañosas y de las cuales son víctimas, litigan demandas indemnizatorias, que requieren tiempo y dinero, ante jueces que, en la interpretación y aplicación de las normas consagratorias del régimen de la carga de la prueba, con dificultad probatoria o sin ella, con imposibilidad incluso de hacerlo, terminan negando el plexo axiológico de la Constitución, produciendo consecuencias por lo general desfavorables.

La cruda realidad de estos procesos judiciales, originado comúnmente por actos y procedimientos médicos en general, realizados por profesionales de la medicina debidamente autorizados por la ley para ejercer la profesión médica, indica que la justicia ha marchado en contravía al camino que traza la Constitución en cuanto a la manera de declarar el derecho en un modelo de Estado democrático y social de Derecho y de Justicia como el vigente en Venezuela, hollando los valores y principios con los que, según la jurisprudencia, se aspira impregnar la función jurisdiccional.

Un giro inesperado ha dado la problemática de la carga de la prueba de la culpa médica en Venezuela. La Sala de Casación Civil del TSJ, en sentencia N° RC.000137 de fecha 25 de mayo de 2021, caso Senzani Internacional, C.A., asentó que en el proceso civil, bajo la óptica constitucional, en determinadas situaciones ponderables, el viejo aforismo de que prueba quien afirma, se rompe para dar paso a una doctrina que entiende que si bien ambas partes deben llevar a la convicción del juzgador la verdad de sus dichos, en mayor grado, ello corresponde a quien cuenta con más elementos materiales para probar la veracidad de sus argumentos.

La sentencia establece la exigencia al médico y al instituto hospitalario en el juicio de responsabilidad médica, una amplia colaboración para el esclarecimiento de los hechos que atañen a la controversia, imponiéndoles del deber de demostrar su “no culpa”, advirtiéndoles que una conducta pasiva, en materia probatoria, constituiría una violación a elementales principios de buena fe, que el juez no debe dejar de valorar al momento de dictar sentencia. Por supuesto, el fallo se refiere a instituto hospitalario de gestión privada, que incluye clínicas, policlínicas y hospitales privados, pues las instituciones del sistema público de salud están comprendidas dentro del ámbito competencial de la jurisdicción contencioso-administrativa, por mandato del artículo 259 constitucional, y, por tanto, excluidas del trámite del procedimiento civil.

Sin mayores esfuerzos interpretativo, se concluye que es el médico y los miembros del equipo que le acompañan, y la propia institución de asistencia médica, quienes se encuentran en mejores condiciones fácticas, profesionales, técnicas y económicas para producir pruebas en juicios de responsabilidad civil médica, tratándose, como se trata, de un hecho ocurrido en la clandestinidad, “en la soledad del quirófano”, al que sólo tienen acceso médicos, personal de enfermería, técnicos en anestesia, técnicos quirúrgicos, técnicos biomédicos, y hasta representantes de empresas fabricantes de equipos médicos, como los expertos en estabilizadores

de columna vertebral, en articulaciones artificiales, o en marcapasos, que cooperan con los cirujanos en el funcionamiento de estos equipos al momento de su colocación.

Sin duda, la referida sentencia marca un antes y un después en el largo camino que ha recorrido la impunidad en los juicios de responsabilidad civil médica, pese al desatino en la forma como la citada sentencia impone un desplazamiento probatorio para aliviar al paciente de la prueba de la culpa médica, al imponer al médico y a la institución de asistencia médica la carga de demostrar la no culpa.

Reflexionar sobre el juicio de responsabilidad civil por acto médico, las dificultades probatorias que le son propias, la injusta carga de demostrar la culpa colocada en el paciente y el aligeramiento de la misma con base en valores y principios constitucionales que proclama la citada sentencia N° RC.000137, especialmente lo relacionado con la aplicación de la doctrina de las Cargas Probatorias Dinámicas como fórmula de facilidad probatoria, es el objeto principal de este trabajo, que además pone la mirada en los nuevos derroteros procesales que se avistan en el horizonte de este juicio, ávido de verdad y justicia.

Desarrollo

La Responsabilidad Civil Médica

En el campo del Derecho, el término responsabilidad alude a la obligación de responder por los actos dañosos. Habrá obligación de reparar cada vez que un sujeto de derecho haya causado un daño a otro. El término alude a una situación de hecho que involucra a una persona a quien la ley le impone la obligación de reparar un daño.

En su acepción más amplia, la noción de responsabilidad implica generalmente la de culpabilidad, que es la que, por lo general, constituye su fundamento. En ese sentido, se puede afirmar que una persona es responsable de un hecho, cuando este le es imputable, cuando lo ha realizado con suficiente voluntad y discernimiento; así, la responsabilidad presupone, ante todo, una persona libre en su obrar que ha faltado a su deber exigido en una norma jurídica, de manera que se es responsable siempre que se esté en la obligación de reparar un daño causado a un tercero. El objeto esencial de la responsabilidad es la indemnización del daño ocasionado. De lo que trata la responsabilidad es de eso, de obtener una reparación, y esto supone la existencia de un daño que reparar.

Existirá responsabilidad y, en consecuencia, obligación de reparar o compensar los daños producidos, también con ocasión del ejercicio de determinada actividad profesional. Tal es el caso de la responsabilidad médica, que sobreviene cuando aquellos daños provienen de un profesional de la medicina, en el ejercicio de su profesión. La responsabilidad civil médica consiste, para Aguiar-Guevara (2001), en la obligación que tiene el médico de reparar y satisfacer las consecuencias de los actos, omisiones y errores voluntarios o involuntarios dentro de ciertos límites establecidos y cometidos en el ejercicio de la profesión. La responsabilidad civil médica no es más que un aspecto específico de la responsabilidad civil general, enmarcado en el ámbito de la responsabilidad que se deriva del ejercicio de una profesión. (s.n.)

Acerca de la naturaleza jurídica de esta responsabilidad médica, arduo es el debate de la doctrina, centrado en lo contractual o extracontractual de su carácter. La discusión en torno a la naturaleza contractual o extracontractual de la responsabilidad civil médica resulta del todo irrelevante desde el punto de vista de la indemnización o reparación del daño. Nada útil resulta en la actualidad delimitar de forma precisa los supuestos de hecho de una y otra responsabilidad con motivo de la actuación médica, porque la línea divisoria entre los deberes de cuidado emanados del contrato de servicios profesionales médicos, y aquellos que emanan del deber general de no causar culpablemente daños a terceros, es muy vaga en este ámbito.

En el Derecho de Daños, y específicamente en el caso de Venezuela, el menoscabo en la esfera material de intereses de una persona, así como el sufrimiento en la esfera íntima de su personalidad, que lo degrada como persona, frente a otros y frente a sí mismo, causados en ambos casos por terceros de manera injusta, generan responsabilidad civil en los términos consagrados en el artículo 1.185 del Código Civil, ya por hecho ilícito, ya por abuso de derecho, quedando comprendidos los daños morales, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.196 del mismo código.

El ejercicio de la profesión médica no escapa de estos principios y de estas normas. En materia de daños, ningún acto, hecho u omisión capaz de producirlos, es tolerado ni consentido por el ordenamiento jurídico venezolano, como ha dado fe la jurisprudencia. No están los médicos exceptuados de reparar el daño injusto que en el ejercicio de la profesión causen a sus pacientes, sea que estén vinculados por un contrato, sea que no lo estén. También desde el punto de vista de la clasificación de las obligaciones que asume el médico frente a su paciente, en la doctrina persiste un arduo debate, sobre todo a la hora de juzgar su responsabilidad. La teoría general de las obligaciones mantiene el criterio de la clasificación de estas según el fin perseguido por la

prestación, distinguiendo las llamadas obligaciones de medio de las llamadas obligaciones de resultado.

En Venezuela, como en muchos otros países, las obligaciones que asume el médico frente a su paciente son de medio y no de resultado. Su obligación consiste en poner al servicio del paciente el caudal de conocimientos científicos que lo acreditan y prestarle la diligente asistencia que su estado de salud demanda. De allí, que la jurisprudencia patria repite vez tras vez en los juicios de responsabilidad civil por actos médicos, que la víctima de la falta médica, paciente o familiar, como al juicio aplica la teoría de la culpa, toca a éstos probar el daño, material y moral, la culpa y el nexo causal, y si también se reclamaren, el daño emergente y el lucro cesante.

La sentencia N° RC.000137 de fecha 25 de mayo de 2021 de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia y la doctrina de las Cargas Probatorias Dinámicas

En sentencia N° RC.000137 de fecha 25 de mayo de 2021, caso Senzani Internacional, C.A., la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, en juicio por cumplimiento de contrato conjuntamente con daños y perjuicios, actuando en casación de oficio, desaplicó en ejercicio del control difuso de la Constitución, las reglas distributivas de la carga de la prueba u onus probandi previstas en los artículos 1.354 del Código Civil y 506 del Código de Procedimiento Civil, acudiendo a la doctrina de las Cargas Probatorias Dinámicas, que hace recaer la carga de la prueba en quien se halla en mejor condición de aportarla, considerando que ante la rígida y asimétrica distribución de la carga de la prueba civil, resulta imperativo atender a los preceptos constitucionales para evitar la clamorosa injusticia que la aplicación de los principios tradicionales de la carga de la prueba trae aparejada.

Para decidir el interpuesto recurso de casación, la Sala reflexionó, en primer término, sobre las implicaciones de la constitucionalización del proceso en lo que respecta a la interpretación de las normas procesales a la luz de la moderna concepción del Estado Social de Derecho y de Justicia, como piedra angular y, desiderátum máximo del sistema procesal civil venezolano, considerando que con la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, el Código de Procedimiento Civil de 1987 y las interpretaciones exegéticas y de normas pética procesales contenidas en este código, quedan de lado para adentrarse en una interpretación pragmática y dinámica, en sintonía con el debido proceso o proceso justo.

Expone la Sala en su sentencia, que dentro de este cambio de perspectiva, el Derecho y la carga de probar se traducen en defenderse probando, formando parte de la cabal y plena caracterización de la defensa y del fin del proceso (justicia y verdad), pues si ello se impide, -aún con normas adjetivas en plena vigencia-, se afectarían las garantías mismas de rango constitucional, generándose una limitación al equilibrio y acceso de los medios al proceso, vale decir, que en la edad de la garantías adjetivas constitucionales, una carga probatoria pétrea o rígida, sería tanto como crear, procesalmente un estado de sitio de los Derechos Fundamentales.

Afirma la decisión que el proceso moderno, en especial el proceso civil desde la visión constitucional, está dirigido principalmente a la comprobación o averiguación de la verdad, donde el juez civil, ya no es un convidado de piedra, como afirmara Salvatore Satta, sino que es el Director del Proceso, y que el fundamento mismo de la finalidad del debido proceso, en el ámbito probatorio, es la conjunción de la labor de los sujetos procesales, a los cuales, sin exclusión les incumbe en concreto hacerlo adecuadamente, a través de una actividad útil según sus posibilidades reales de actuación, lo que involucra no incurrir en una posición abusiva por omisión.

Además -indica la sentencia-, cuando la conducta procesal de una parte, que debe ajustarse a las normas de lealtad y probidad procesal, se fundamenta en una reticencia o abstención de probar, pues legalmente no tiene la carga, pero realmente es el que conoce los elementos técnicos o científicos para la búsqueda de la verdad, posee un sentido heurístico de exegética procesal, que atenta contra los valores constitucionales del Proceso Civil, por lo que bajo la óptica constitucional, en determinadas situaciones ponderables, el viejo aforismo de que prueba quien dice (qui dicet, qui prueba) se desecha para dar cabida a la doctrina de la colaboración y solidarismo probatorio, por el que se impone a la parte que cuente con más elementos materiales la carga de demostrar los hechos controvertidos.

La sentencia en comentarios advierte que, a pesar de la existencia de las normas de carga probatoria, deben desaplicarse al caso en concreto, lo que obliga a desplegar la actividad procesal necesaria para probar el hecho en cuestión, cobrando importancia el principio de equilibrio procesal de las partes (artículo 15 del Código de Procedimiento Civil) que involucra el deber de probar a quien mejor puede hacerlo, “favor probationis” o Teoría de las Cargas Probatorias Dinámicas.

Explica el fallo que existe una complejísima variedad de factores que intervienen en determinadas relaciones para desaplicar en cada caso concreto una norma como la de la carga de

la prueba, por ello el constituyente atribuyó el control difuso (artículo 334 constitucional) en cada uno de los jueces, para que, ante cada situación, se conjugue con los elementos de ésta los principios constitucionales y se obtenga la solución justa en un Estado Social de Derecho y Justicia.

De manera particular, la sentencia destaca -se insiste- que en el caso de la responsabilidad médica se establece la exigencia al médico o al instituto hospitalario de una amplia colaboración aportadora para la dilucidación de los hechos que atañen a la controversia, para demostrar su “no culpa”; abstenerse de hacerlo, constituiría una violación a elementales principios de buena fe procesal, advirtiendo la necesidad que bajo la visión constitucional del proceso se solidarice el concepto de carga de la prueba y se proceda a invertir ésta por desaplicación, a través del control difuso de la Constitución conferido a todos los jueces de la República.

La carga de la prueba de la no culpa médica

Pero, ¿qué significa demostrar la no culpa en el caso del médico que ha quebrantado la *lex artis* médica y ha causado un daño? Como se expresó anteriormente, en el Derecho Civil de daños, la culpa es el fundamento de la responsabilidad, y corresponde a la víctima, si quiere ver satisfecha su pretensión indemnizatoria, la carga de demostrarla. De lo que trata la sentencia RC.000137 en comentarios, es que a partir de ahora, queda en manos del juez aliviar la carga de la prueba de la culpa médica a pacientes y familiares solo en determinados casos, no en todos, en donde les resulte difícil o manifiestamente imposible producirla.

La dificultad probatoria en el juicio de responsabilidad civil médica se presenta comúnmente, como de indicó antes, por la ritualidad en la interpretación de las reglas ordinarias de la carga de la prueba, previstas en los artículos 1.354 del Código Civil y 506 del Código de Procedimiento Civil, que imponen a las partes el deber de probar sus respectivas afirmaciones de hecho, y que los jueces con excesivo formalismo vienen aplicándolas. Este juicio no cuenta con reglas especiales de distribución de la carga de la prueba, porque nada establece el Código de Procedimiento Civil, por lo que toca acudir a los principios generales de la institución.

Estas normas establecen la distribución de la carga de la prueba en el juicio civil, indicando quién debe probar, y dando orientación a las partes, con anterioridad a la etapa de pruebas, acerca de los hechos que corresponde probar a cada una y los límites de estos deberes procesales que se vislumbran en el horizonte.

El procedimiento judicial para demandar indemnización o reparación de daños producidos por acto médico es el juicio ordinario, contemplado en el Libro Segundo del Código de Procedimiento Civil. Se inicia con una acción que deriva de la responsabilidad civil ordinaria, fundamentada generalmente en la responsabilidad subjetiva basada en la culpa del agente, subsumida en el artículo 1.185 del Código Civil. Por ello, rigen las reglas de los artículos 1.354 del Código Civil y 506 del Código de Procedimiento Civil.

La sentencia N° RC.000137 reconoce que estas rígidas reglas, alejadas de la realidad de las cosas, impiden el acceso a la prueba y a la verdad del proceso, y se refiere más a la individualidad del interés de probar, lo que atenta, en determinadas situaciones, contra los principios constitucionales, pues en criterio de Sala de Casación Civil, la plena posibilidad de descubrir, proponer y producir la prueba, está en la base constitucional de acceso a la justicia (artículo 26); de debido proceso (artículo 49.1) y del entendimiento del proceso como un instrumento para la búsqueda de la justicia (artículo 257) y de cualquier exigencia humana como centro del proceso.

Es por ello que el fallo incorpora el “sistema de la colaboración de la prueba”, que postula que prueba quien pueda hacerlo, y que según el mismo fallo, fue la visión que conforme a la óptica constitucional de 1999, se le dio a la nueva Ley Orgánica Procesal del Trabajo (2003), y que en el proceso civil, en determinadas situaciones ponderables, el viejo aforismo de que prueba quien dice (*qui dicet, qui prueba*), se rompe para dar paso a la doctrina de la colaboración y solidarismo probatorio.

Es importante destacar, que las reglas tradicionales de la carga de la prueba son una herencia del antiguo Derecho Romano, casi sin variación. Al respecto afirma Couture (1981), que un conjunto de aforismos clásicos, algunos hasta pertenecientes a un sistema procesal que ya no existe, sigue siendo de aplicación diaria por los tribunales. Y agrega este autor, “*Los adagios ‘actore non probante reus absolvitur’, ‘actori incumbit probatio’, ‘ei incumbit probatio qui dicit non qui negat’, ‘factum negantis probatio nulla est’, ‘reus in exceptione actor est’, etc., mantienen aún su vigencia forense, aplicándose a las más diversas y aun a las más opuestas soluciones*” (p. 242).

En el caso de la responsabilidad civil derivada de un acto médico, generalmente el paciente enfrenta la prueba de cuatro elementos: 1. Un hecho ilícito, del que se deriva el daño; 2. Una falta médica, que supone la existencia de dolo o culpa genérica, esto es, falta de diligencia, o falta de pericia, o falta de prudencia, que en términos jurídicos genéricos, sería apartarse de la diligencia

exigida al buen padre de familia, y aplicado a la actividad médica implica, una acción u omisión no ajustada a la *lex artis* por negligencia, impericia o imprudencia. 3. Un daño, entendiendo por tal cualquier menoscabo de tipo físico, psíquico o moral, o económico. 4. Un nexo causal entre el daño proferido por el médico y su falta.

Según orientaciones jurisprudenciales, las reglas de la carga de la prueba establecen los deberes de cada uno de los litigantes en el juicio, de acuerdo a la posición que asuma el demandado en relación a las afirmaciones de hecho del demandante, lo cual varía y modifica la distribución de la carga de la prueba. Efectivamente, expuestas las afirmaciones de hecho por el actor, si las mismas son admitidas por el demandado, no hay nada que probar; más, si el demandado niega y rechaza lo alegado por su contraparte, recae o se invierte sobre el demandante la carga de la prueba, mientras que queda sobre el demandado el deber de probar si este reconoce la existencia de la obligación pero alega un hecho que contradice el derecho del actor.

Con relación a las afirmaciones de hecho, alegatos estos planteados por las partes, en virtud de lo señalado en el artículo 506 del Código de Procedimiento Civil, las mismas pueden consistir tanto en afirmaciones como en negaciones respecto de determinados hechos. Así, los hechos negativos, han sido definidos por la doctrina como la negación de un acto o de un hecho jurídico y se ha establecido que en el reparto o distribución de la carga de la prueba, cuando el alegato de un hecho negativo es realizado por el actor, y la contradicción del demandado es pura y simple, pone en cabeza de este último la carga de demostrar el hecho invocado.

Es necesario distinguir si los hechos negativos son definidos o indefinidos, puesto que sólo a los primeros se les puede fijar un límite en el tiempo y en el espacio y, por lo tanto, es posible probarlos si existe un hecho positivo que lo contraste y excluya. Serán indefinidos o indeterminados, aquellos hechos que no sea posible delimitarlos en tiempo, modo o espacio, y por tanto, no pueden ser demostrados mediante la prueba de un hecho positivo. De allí que, conforme con reputada doctrina nacional, los hechos negativos indefinidos están exentos de prueba por quien los alega, quien no tiene sobre ellos la carga de demostrarlos.

Hay, pues, en el sistema procesal civil venezolano, una distribución a priori de la carga de la prueba para el paciente, o sus familiares, y para el médico demandado. El sistema no señala expresamente cuáles son los hechos que debe probar el paciente, ni cuáles el médico demandado, sino que indica que ambas partes deben probar los hechos que afirman, en tanto sean controvertidos.

Asimismo, como lo que se demanda en el juicio de responsabilidad civil médica son daños materiales y morales, provenientes de hecho ilícito del médico causante del daño, aplica la normativa del derecho común. Según tal normativa, el paciente, o sus familiares, deberán probar de conformidad con el artículo 1.354 del Código Civil, los extremos que conforman el hecho ilícito que le imputan al profesional de la medicina, arriba expuestos. Tal es el criterio que mantienen los tribunales de la República.

En Venezuela, los jueces han venido dándole tratamiento al juicio civil de responsabilidad médica desde la perspectiva de la responsabilidad extracontractual o por hecho ilícito, que impone a la víctima que reclama la indemnización, el deber de demostrar el hecho doloso o culpable que imputa al agente que presuntamente lo causó. Es por ello, que comúnmente le ha correspondido a la víctima, o a sus familiares, demostrar en la secuela del juicio, el hecho ilícito, que no significa otra cosa que tener que demostrar el daño, la culpa y la relación de causalidad entre el primero y la segunda. Sólo así resulta procedente la acción por daños y perjuicios materiales o morales, a tenor de los citados artículos 1.185 y 1.196 del Código Civil. Es al aplicar los criterios tradicionales de distribución de la carga de la prueba al juicio de responsabilidad civil médica, que imponen a la víctima la carga de probar la culpa del médico, lo que prácticamente impide obtener efectivamente la reparación o indemnización que demanda.

Es una práctica común es estos juicios que el médico, a través de sus abogados patrocinantes, niegue por completo los hechos en que se funda la demanda (negación indefinida), con las típicas palabras rituales “...niego, rechazo y contradigo, tanto en los hechos como en el derecho, la presente demanda, por cuanto, son contrarios a la verdad los primeros y carentes de fundamentos los segundos...”. De allí que corresponda al paciente demandante, o a sus familiares, la carga de demostrarlos, en ocasiones de imposible demostración por parte del demandante por constituir prueba diabólica, por tratarse de un hecho negativo indefinido, a veces de dudosa existencia.

Tal es la razón por la cual la sentencia N° RC000137 llama la atención por la conducta procesal de una parte, aferrada en una reticencia o abstención de probar, que legalmente no tiene la carga, pero realmente es el que conoce los elementos técnicos o científicos para la búsqueda de la verdad, omisión que atenta contra los valores constitucionales del Proceso Civil, según esta decisión. Entonces, en aquellos casos difíciles debe imperar la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, que considera como regla de distribución de la carga de la prueba, colocarla a aquella parte en el juicio que se encuentre en mejores condiciones de producirla. Se basa en una teoría de

índole utilitaria del Derecho Procesal, que promueve se redefina el concepto de carga de la prueba, flexibilizando sus reglas, creando un desplazamiento de la carga de la prueba de carácter excepcional, exclusivamente para casos de dificultad probatoria por parte de quien -en principio- se encuentre gravado con el onus, hacia aquella parte que se encuentre en mejores condiciones de aportar pruebas pese a no estar gravado con dicha carga.

Es importante recordar, que ya para 1.823, Jeremías Bentham, en su Tratado de las Pruebas Judiciales, advertía que la prueba debe recaer sobre quien pueda producirla sin dificultad. Bentham (2008), disertando sobre la carga de la prueba y sobre en quién debe recaer, afirmaba que esta debe ser impuesta, “en cada caso concreto, a aquella de las partes que la pueda aportar con menos inconvenientes, es decir, con menos dilaciones, vejámenes y gastos” (p. 456).

La misma doctrina encontró recepción en la jurisprudencia española desde el primer cuarto del siglo XX y fue llamada favor probationes. La jurisprudencia de marras la explica como aquella conducta que debe compensar el juez en proporción a la dificultad de prueba que tienen ciertos hechos, o que en probática se conoce como materias difficilitoris probationes.

En efecto, la doctrina postula la corrección de desigualdades que en ocasiones se presentan en el proceso civil, precisamente por la aplicación de las reglas clásicas de la carga de la prueba, rígidas y formalistas. De lo que se trata, es de dinamizar o aligerar las reglas rituales de la carga de la prueba cuando su aplicación mecánica, tal como de ordinario aparecen descritas en los Códigos tanto sustantivos como adjetivos, irrumpe contra el equilibrio y la igualdad que el juez está obligado a mantener en la relación procesal.

Entre sus enunciados, la doctrina no plantea derogar las reglas clásicas de la carga de la prueba, ni terminar con la concepción normativista del Derecho; más bien encuentra en ellas las bases fundamentales para conocer y describir el objeto del instituto de la carga de la prueba. Lo que persigue, es atemperar tales reglas, rompiendo su mecanicismo, deslastrándolas de patrones rígidos y tecnicistas, y así mantener a las partes en plano de igualdad en el juicio. La doctrina de las cargas probatorias dinámicas concibe el onus probandi como capacidad de desplazamiento, por eso el carácter dinámico, porque es elástica, porque puede ir de una parte a la otra, como un péndulo, desplazamiento que pasa por poner a un lado los formalismos y los tecnicismos. El método de esta teoría pretende armonizar el desplazamiento de la carga de la prueba con las normas, valores y principios constitucionales.

En el modelo de Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, de cuya esencia es la realización de la justicia material, halla sustento doctrinas como la expuesta. En este modelo de Estado, en el que la justicia es, a la vez, valor superior del ordenamiento jurídico y fin último del proceso, según la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, si por causa de la interpretación formalista de las reglas apriorísticas de la carga de la prueba no se satisface efectivamente ese objetivo, toca acudir a formas de desplazamientos de esa carga como lo plantea la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, y así dar cumplimiento al susodicho mandato constitucional.

Para Leguisamón (2004), la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, o favor probationis, se inclina por poner el peso de la prueba sobre la parte que está en mejores condiciones de hacerlo, o posee a su alcance con mayor facilidad los medios para el esclarecimiento de los hechos, en virtud de que su situación, en principio, es de superioridad técnica con respecto a la contraparte, debiendo realizar aportes probatorios consiguientes y no ampararse en una mera negativa, o transferir la responsabilidad de la prueba a la otra parte, invocando criterios absolutos o rígidos. (s. n.)

Según este autor (op. cit.), el principio de esta doctrina implica que el proceso no se desarrolla a la manera de una lucha, sino que, en razón de la colaboración de las partes con el tribunal, cabe requerir la prueba de ciertos hechos a ambas partes y, en especial, a la que está en mejores condiciones de probarlos. No se trata, pues, de una inversión de la carga de la prueba, sino directamente de la atribución del peso probatorio en el caso concreto de quien se encuentre en mejores condiciones fácticas de probar, asevera Leguisamón (ibid.).

El problema de la aplicación a priori y formalista de las reglas de la carga de la prueba se contrae, entonces, a la dificultad o facilidad que tengan las partes en ciertos juicios frente a la producción de los medios de prueba. En ocasiones, al demandante le será difícil, cuando no imposible, demostrar un hecho proveniente de sus propias afirmaciones, y el demandado será quien cuente con la prueba; es así como la doctrina de las cargas probatorias dinámicas se apoya en la observación del desenvolvimiento del proceso y de la conducta de las partes, resistiéndose a buscar la verdad mediante la sola aplicación de reglas a priori, proponiendo en su lugar la distribución de la carga de la prueba a través de reglas a posteriori, según sea la experiencia en cada proceso en particular.

El fundamento de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas no es otro que la realización de la justicia material, objetivo llamado a alcanzar mediante la superposición de inútiles y perniciosos formalismos en la interpretación y aplicación de las reglas de la carga de la prueba, escritas, a priori, en todo caso que representen un estorbo para lograr ese objetivo. Por su parte, Airasca (2004) sostiene que esta doctrina también halla su fundamento en el deber que tienen las partes de conducirse en el proceso con lealtad, probidad y buena fe, en el deber de colaborar entre sí para desentrañar la verdad de los hechos y en el deber de cooperación con el órgano jurisdiccional para averiguar cómo ocurrieron los hechos para que este pueda dictar una sentencia justa. (s.n.)

La determinación acerca de qué parte en el juicio se encuentra en mejor posición para asumir el desplazamiento de la carga de la prueba por aplicación de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, es cuestión de hecho que tocará al juez establecer en cada caso concreto. Entonces, en materia de responsabilidad civil médica, corrientemente será el profesional de la medicina, quien sin dificultad alguna, puede acreditar hechos de carácter técnicos y científicos y las circunstancias dañosas a las cuales únicamente él tiene acceso, y ello en el marco del deber de lealtad y colaboración de las partes en el juicio, o solidarismo probatorio, que, como explica la sentencia comentada, no es otra cosa que entender que si bien ambas partes deben llevar a la convicción del juzgador la verdad de sus dichos, en mayor grado, ello corresponde a quien cuenta con más elementos materiales para probar la veracidad de sus argumentos.

Tratándose la obligación del médico para con sus pacientes de una obligación de medio, ante la difícil situación en que se encuentre el paciente de probar la culpa del médico, de acuerdo con la sentencia REC.000137 comentada, será al profesional de la medicina a quien le corresponda demostrar su no culpa, con base en la expuesta doctrina, probando cómo realizó el diagnóstico, probando que empleó conocimientos y técnicas aceptables en medicina, probando que ordenó la medicación correcta, que la intervención se realizó en un quirófano siguiendo todas las medidas de asepsia y antisepsia requeridas, en fin, probando que en su fundamental papel de aliviar el sufrimiento humano actuó con la debida diligencia, prudencia y pericia que exige la *lex artis* médica.

El hecho que la responsabilidad civil médica se fundamente en la culpa, afirma Pereira (2004), no implica necesariamente que la prueba de ese factor de atribución esté siempre en cabeza de la víctima, ya que, en definitiva, en la actualidad, existen nuevas reglas tendientes a aquilatar

adecuadamente situaciones y circunstancias singulares que desencajen en los moldes clásicos conocidos, por lo que desde esta perspectiva ninguna duda cabe que muchas veces será el médico quien se encuentre en esas mejores condiciones, no exigiéndose la prueba de la culpa al paciente precisamente porque el secreto del quirófano le impide a éste aportar las pruebas de la negligencia de los profesionales intervinientes.

Como el juez debe apreciar la prueba conforme a las reglas de la sana crítica -sostiene la citada autora-, el amplio criterio de que dispone el operador de justicia en orden al deber de buena fe con el que deben actuar las partes en el proceso y en relación con el mérito probatorio de los elementos traídos a juicio, permitirá a éste, en el momento de sentenciar, determinar presunciones hominis de culpa contra la parte que observó una conducta pasiva para demostrar su no culpa cuando se hallaba en condiciones más favorables de hacerlo que el paciente.

Finalmente, esta autora concluye respecto de la prueba de la culpa, que los médicos asumen una obligación de medio pero ello no significa que la víctima deba probar siempre la culpa, pues el único significado que se le atribuye a este tipo de obligaciones se relaciona con su naturaleza subjetiva, a diferencia de las obligaciones de resultado donde juegan factores objetivos de atribución de responsabilidad; en materia de responsabilidad médica -puntualiza- se viene dando cada vez mayor importancia a la prueba de presunciones y también, con carácter residual, se ha recurrido a la doctrina de las cargas probatorias dinámicas.

En ese mismo orden de ideas, Vallejos (2004) sostiene que ciertamente en materia de responsabilidad médica por mala praxis los criterios tradicionales de que el actor debe probar la culpa del médico privan del derecho a la indemnización que corresponde a la víctima, y que en auxilio de esta situación, la teoría de la carga dinámica viene a imponer la carga de la prueba a quien se encuentre en mejores condiciones de probar, teoría que como se ha dicho, se aparta de las reglas clásicas del onus probandi sin importar la calidad de actor o demandado o la naturaleza de los hechos.

Para este autor, en algunos casos se imponen las cargas probatorias dinámicas a quienes están en mejores condiciones de probar, y en otros, se hace recaer en quien ha incumplido el deber de colaboración en el juicio, deber que actúa como carga objetiva en casos de insuficiencia probatoria, comprobada la dificultad probatoria.

Con base en esta doctrina, en ninguna circunstancia el incumplimiento de la carga de la prueba de la no culpa médica puede obrar en contra de la parte más débil, el paciente demandante.

La negativa maliciosa del médico, o de la institución de asistencia médica, de consignar en los autos la historia clínica, por ejemplo, constituye un desacato al deber de colaboración, fundamento de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, quedando la parte demandada con las consecuencias de la falta de prueba por tener la carga de producirla, impidiendo al juez conocer la verdad y decidir en aras de la realización del derecho mediante una sentencia justa.

Según la Sala de Casación Civil, a partir de 1999, el proceso civil propugna una justicia más realista y efectiva y requiere de un juez que actúe más allá del ritualismo, y que amolde los principios de la carga de la prueba, cuyas reglas de distribución resultan insuficientes en la búsqueda de la verdad, como las de los artículos 1.354 del Código Civil y 506 del Código de Procedimiento Civil. Asegura la Sala que el fundamento mismo de la finalidad del debido proceso, en el ámbito probatorio, es la conjunción de la labor de los sujetos procesales, a los cuales, sin exclusión, les incumbe en concreto hacerlo adecuadamente, a través de una actividad útil según sus posibilidades reales de actuación, lo que involucra no incurrir en una posición abusiva por omisión.

Es así que cuando el médico, o la institución de asistencia médica, deforma u oculta la verdad, obstruyen la prueba del contrario, falsean la propia, u ocultan la que se dispone, viola los principios generales de la lealtad, probidad y buena fe de las partes en el proceso civil, así como el deber de colaboración entre estas en la búsqueda de la verdad y el deber de las mismas de cooperación con el órgano jurisdiccional para la determinación de la real ocurrencia de los hechos en función de alcanzar una sentencia justa.

La actuación de las partes en el juicio exige la aportación al tribunal de información plena y veraz; la manipulación, reticencia o abstención de probar, aunque una parte no tenga legalmente la carga de hacerlo, pero realmente es la que conoce los elementos técnicos o científicos para la búsqueda de la verdad, adquieren en el proceso carácter malicioso cuando están destinadas a perjudicar, resultando, en consecuencia, contraria a las normas de lealtad y probidad procesal, atentando además contra los valores constitucionales del proceso civil.

El solidarismo probatorio referido en la comentada sentencia N° RC.000137 pone en sinergia la carga de la parte gravada con el onus, el deber de colaboración y el deber del juez de esclarecer los hechos controvertidos, no obstante el carácter dispositivo del procedimiento civil. Su visión publicista supone que las partes, además de correr con la carga de la prueba, deben colaborar con el juez en la obtención del acervo probatorio del juicio en virtud del deber de lealtad, probidad y

buena fe que le impone la ley, y además satisfacer el deber de suministrar la prueba cuando se encuentre en mejores condiciones para aportarla. Así las cosas, la negligencia del médico o de la institución de asistencia médica de acercar el material probatorio que tiene la carga de aportar por encontrarse en mejores condiciones profesionales, técnicas o fácticas para producirlo, no eximen al juez de esclarecer los hechos y hallar la verdad, ahora inserta en el paradigma del proceso justo.

Aciertos y desaciertos

Bueno es reconocer esta incursión de la Sala de Casación Civil en temas como el de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, de amplia discusión en el ámbito del Derecho Procesal extranjero, con la que se persigue flexibilizar la rígida y asimétrica distribución de la carga de la prueba en el juicio civil, incluido el de responsabilidad médica, dificultosa y lesiva aplicación en ciertos casos, doctrina surgida precisamente para aliviar, en palabras de Peyrano (2004), la ímproba tarea de la víctima, paciente de un acto quirúrgico, consistente en producir pruebas diabólicas, tendientes a demostrar la culpa galénica en materia de responsabilidad civil médica.

Ya con anterioridad, la Sala de Casación Civil había sometido a debate en estrados esta misma doctrina, en sentencia N° RC.000292 de fecha 3 de mayo de 2016, caso Francisco Junior Duarte Salazar. De allí, que su aplicación en juicios de responsabilidad civil médica abre un abanico de posibilidades para el paciente o sus familiares de obtener la deseada reparación o indemnización del daño causado.

Sin embargo, además de contribuir la comentada sentencia con la realización material de la justicia, la misma trajo consigo, a la vez, ciertos desatinos. La sentencia N° RC.000137 de fecha 25 de mayo de 2021, caso Senzani Internacional, C.A., pone en el tapete, en primer lugar, una inquietante interrogante: ¿cuál es el momento en el juicio en que el juez debe hacer saber a la parte, que, en el caso particular, esta se encuentra en mejores condiciones técnicas, profesionales o fácticas de producir pruebas, más allá del emplazamiento como actor o demandado, y más allá de tratarse de hechos constitutivos, impeditivos, modificativos o extintivos?

La sentencia N° RC.000137 en comentarios impuso a las demandadas en el caso donde se originó, al momento de dictar esta decisión, que son ellas quienes por tener conocimiento técnico-mecánico y haber intervenido en la elaboración y comercialización de la cosa, los que deben asumir

la carga de la prueba y, no la actora compradora del bien (vehículo), víctima del daño. Esta doctrina entraña apenas un mínimo de lo que puede hacer el juez para permitirle a una parte probar lo que no puede probar. Sin embargo, nada obsta para que el juez advierta a la parte que deba probar por virtud del desplazamiento acordado judicialmente en el caso particular, su deber de hacerlo.

No parece razonable que, si el juez considera que se encuentra ante particulares exigencias probatorias para alguna de las partes, no lo haga saber antes de dictar sentencia definitiva, como en efecto no lo hizo saber la Sala en el caso de la sentencia N° RC.000137. La doctrina, en modo alguno está dirigida al sentenciador al momento de decidir el litigio.

Resulta necesaria la advertencia del juez a las partes, no solo por tratarse la doctrina de una figura novedosa en el foro venezolano, poco conocida en estrados, sino para evitar lo que Peyrano (op. cit.) llama infausta sorpresa y Midón (2007) súbita aplicación, y que ciertamente pudiera generar indefensión. Más obsequioso a la justicia sería esta advertencia a través de auto para mejor proveer conforme con el artículo 514 del Código de Procedimiento Civil. En su ordinal 2°, se contempla la posibilidad que el juez, antes de dictar sentencia, solicite a las partes, dentro de los quince días de despacho después de promovidos los informes, la presentación de algún instrumento de cuya existencia haya algún dato en autos que se juzgue necesario.

No debe descartarse tampoco, que las partes también manifiesten al juez la existencia de un hecho en particular a demostrar, de extrema dificultad para una de las partes, ya en el acto de promoción de pruebas, ya en los informes, siendo -se insiste- el auto para mejor proveer la actuación adecuada, por tratarse de un decreto, previo a la sentencia, que busca esclarecer puntos dudosos que hayan sido materia del debate judicial, y así poder fallar con mejor conocimiento de la causa y hallar la verdad objetiva o material.

En segundo lugar, en un confuso párrafo de la sentencia N° RC.000137 se lee “...es necesario que bajo la visión constitucional se solidarice el concepto de carga de la prueba y se proceda a invertir ésta por desaplicación a través del control difuso que otorga la Ley Fundamental a todos los Jueces de la República...” La Sala de Casación Civil parece confundir carga dinámica con inversión de la carga de la prueba. Ambas apenas tienen en común que plantean reglas de distribución de la carga de la prueba.

La inversión de la carga de la prueba es una regla de derecho a priori, formal, escrita, de interpretación rígida y de aplicación forzosa siempre que así lo disponga la ley. Se trata de una regulación legal de la carga de la prueba por la que se atribuye, no a quien afirma el hecho

(constitutivo, impeditivo, modificativo o extintivo), sino a quien niega su existencia, para lo cual el legislador establece una presunción iuris tantum, a favor de una de las partes. Como toda presunción, su efecto es librar de la carga de la prueba a quien ella beneficia, dando por existente un hecho presumido, pero siempre que se haya acreditado el hecho que le sirve de antecedente, correspondiendo a la otra desvirtuar esa presunción de veracidad del hecho afirmado, probando lo contrario.

Los supuestos de inversión están taxativamente establecidos en la ley y en ella se funda; la doctrina de las cargas probatorias dinámicas se fundamenta en el principio Favor Probationes, en el deber de colaboración y en el principio de solidaridad de las partes para hallar la verdad. Carga probatoria dinámica no es inversión de la carga de la prueba, sino atribución a posteriori del peso probatorio en el caso concreto de quien se encuentre en mejores condiciones fácticas de probar.

Un buen ejemplo de inversión de la carga de la prueba lo ofrece la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, regla ampliamente desarrollada por la jurisprudencia de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia a partir de la interpretación de los artículos 72 y 135 de esa ley, la cual tiene su origen en la Ley Orgánica de Tribunales y de Procedimiento del Trabajo de 1940.

El tercer gran desatino de la sentencia No RC.000137 de fecha 25 de mayo de 2021 de la Sala de Casación Civil, es la imposición al juez de desaplicar los artículos 1.354 del Código Civil y 506 del Código de Procedimiento Civil, a través del control difuso de la Constitución, todo ello, según la sentencia, a los fines dar paso a la doctrina de la colaboración y solidarismo probatorio, y a la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, en función de la moderna concepción del Estado Social de Derecho y de Justicia.

Quiere esto significar, que para que el juez cumpla con el primordial deber de mantener en el proceso civil el equilibrio procesal, debe pasarse primero por su obligación de asegurar la integridad de la Constitución. Esto pareciera poner a un lado la razón. Si el juez para ordenar un simple desplazamiento de la carga de la prueba en un juicio que así lo requiera debe atenerse antes a lo previsto en el artículo 334 de la Constitución, y no a sus elementales deberes como director del proceso, estaría contradiciendo las aspiraciones de la Sala de Casación Civil de alcanzar un proceso justo, expedito, sin dilaciones indebidas, y estaría sacrificando la propia justicia.

En efecto, no se puede pasar por alto las competencias que le otorgan la Constitución a la Sala Constitucional del TSJ en su artículo 336, numeral 10, y el artículo 25, numeral 12 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, de revisar las sentencias definitivamente firmes en las

que se haya ejercido el control difuso de la constitucionalidad de normas jurídicas, que sean dictadas por los Tribunales de la República. Esto quiere decir, que cada vez que el juez civil aplique la doctrina de las cargas probatorias dinámicas deberá remitir a la Sala Constitucional la respectiva sentencia para su revisión y examen sobre el ejercicio del control difuso efectuado.

En ningún ordenamiento jurídico extranjero donde se aplica la doctrina se ha visto semejante exabrupto, porque de lo que se trata es de acudir a un principio del Derecho Procesal que obliga al juez de aligerar las cargas probatorias, con fundamento en el principio Favor Probationes, imponiendo al demandado, por ejemplo, el deber de probar hechos que por su naturaleza no pueden ser demostrados por el adversario sin gruesas dificultades. Es más, la doctrina no requiere ni aun de norma expresa. Escasos son los ordenamientos donde la doctrina ha alcanzado consagración legislativa. Trujillo (2006) señala, que, en España, el Código Civil (artículo 1.214) y la Ley de Enjuiciamiento Civil (artículo 217); en Argentina, el Código Procesal Civil y Comercial de la Pampa (artículo 360), y el de Corrientes (artículo 377); y en Colombia, la Ley 472 de 1998 sobre acciones de grupo, son ejemplo de tal excepcional consagración legislativa.

Lo expuesto anteriormente permite afirmar, que si bien la sentencia N° RC.000137 de fecha 25 de mayo de 2021 de la Sala de Casación Civil representa un paso importante para aliviar la pesada carga de la culpa médica en cabeza del paciente o de sus familiares, también revela escaso conocimiento o conocimiento equivocado del concepto, antecedentes, fundamentos, alcance y utilidad de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas en el juicio civil y, en consecuencia, en el juicio de responsabilidad civil médica.

Conclusiones o Reflexiones

A la verdad, la sentencia N° RC.000137 de fecha 25 de mayo de 2021, caso Senzani Internacional, C.A. de la Sala de Casación Civil del TSJ resulta obsequioso a la justicia, al coadyuvar con la finalidad última del proceso, planteando un cambio de paradigma en cuanto al reparto de cargas probatorias en el proceso civil que buscan un efectivo equilibrio de la partes en juicio, extensivo al de responsabilidad civil médica. El heroico esfuerzo que hacen pacientes y familiares para demostrar la culpa médica, encuentra en la comentada sentencia alivio ante la pesada carga de la prueba que recae en estos, encontrando solución en el principio “favor Probationes”, en el deber de colaboración de las partes en juicio, en el solidarismo probatorio y en la doctrina de las cargas probatorias dinámicas.

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

Enero-Junio • 4ta Edición • 42-65

Conforme con esta doctrina, nacida justamente en el ámbito de la mala praxis médica, se supera el criterio rígido, estático y apriorístico de la carga de la prueba, consagrado en la ley, en circunstancias particulares, según el cual el actor prueba los hechos constitutivos y el demandado los impeditivos y extintivos, en otras palabras, se despacha la clásica regla acerca de quién debe probar, regla que en muchos casos resultan insuficientes e injustas, doctrina que de lo que trata es de un simple desplazamiento del onus probandi según fueren las circunstancias del caso, recayendo en quien se encuentre en mejores condiciones de aportar la prueba.

De allí que en el juicio de responsabilidad civil médica, la sentencia N° RC.000137 de fecha 25 de mayo de 2021, caso Senzani Internacional, C.A. de la Sala de Casación Civil del TSJ establece la exigencia al médico o a la clínica, policlínica u hospital privado de una amplia colaboración probatoria para el esclarecimiento de los hechos que atañen a la controversia, para demostrar su “no culpa” y liberarse de la pretensión indemnizatoria del paciente demandante, por encontrarse en mejores condiciones materiales, técnicas y científicas para aportar pruebas en aras de la búsqueda de la verdad.

Así, por ejemplo, cuando fuere demandado el médico anesthesiólogo por daño moral, dada la lesión cerebral o afectación neurológica del sistema nervioso central o periférico que por impericia o imprudencia causó en el paciente, produciéndole una disartria, corresponderá al profesional de la medicina acercar al expediente todo género de prueba que lleven al convencimiento del juez que este actuó en la administración de la anestesia con comprobada aptitud, destreza, experiencia, habilidad y maestría, y con la debida prudencia precaución, cuidado, sensatez y cautela, por encontrarse ciertamente en mejores condiciones técnica para producirla, siempre que le resulte dificultoso a la víctima hacerlo.

En otras palabras, la sentencia comentada lo que reprocha es la posición ventajosa y cómoda de una de las partes en el juicio, sobre todo de quien se atrinchera en la mera negativa de los hechos; la falta de colaboración de estas, porque con ella se impide obtener un beneficio a partir de una evidente desigualdad o desventaja en la capacidad para probar la veracidad de un hecho; la no acreditación de la verdad en el expediente; y la falta de probidad, lealtad y buena fe de las partes en el proceso.

En los juicios de responsabilidad civil médica, y con base en la visión de un proceso constitucionalizado, garantista e impregnado de los valores y principios de la Constitución, corresponderá al médico y a la institución de asistencia médica privada, demostrar que el daño que

alega la víctima haberse producido por negligencia del médico, o de la clínica, durante el acto o procedimiento médico, estos actuaron con la debida diligencia, prudencia, pericia y obediencia, como un buen padre de familia, y en la intervención quirúrgica el médico obró con apego a la *lex artis* médica, bajo apereamiento que la pasividad del médico o la clínica, en materia probatoria, constituiría una violación a elementales principios de buena fe, que el juez deberá tomar en consideración al momento de dictar sentencia.

De esta manera, la sentencia N° RC.000137 de fecha 25 de mayo de 2021, caso Senzani Internacional, C.A., pese a sus desaciertos, marca un antes y un después en materia de responsabilidad civil médica, que pone en plano de igualdad a demandante y demandado, a través de un reparto de cargas probatorias en función de la factibilidad de probar en aquellos juicio donde amerite flexibilizar las reglas tradicionales, en aras de la verdad objetiva y de la justicia.

En síntesis, la sentencia ofrece un nuevo formato en la distribución de la carga de la prueba en el juicio de responsabilidad civil médica garantizando el derecho a probar a quien se encuentre en la dificultad de hacerlo; hace un llamado al solidarismo probatorio, imponiendo a ambas partes por igual el deber de llevar a la convicción del juez la verdad de sus afirmaciones, y, en mayor grado, a quien cuenta con mayores elementos probatorio; y, por último, advierte que una conducta pasiva, reticente y negada a probar, constituyen una violación a elementales principios de probidad, lealtad, y buena fe que el juez está llamado a considerar en su sentencia, por lo que se puede afirmar que en el juicio civil de responsabilidad médica, la doctrina de las cargas probatorias dinámicas es doctrina recibida por la jurisprudencia.

Referencias

- Aguiar-Guevara, R. (2001). *Tratado de Derecho Médico*. Caracas. LegisLec Editores, C.A.
- Airasca, I. (2004). Reflexiones sobre la Doctrina de las Cargas Probatorias Dinámicas. En Lépori, I (Comp.), *Cargas Probatorias Dinámicas*. (pp. 125-152). Buenos Aires. Rubinzal-Culzoni Editores
- Bentham, J. (2008). *Tratado de las Pruebas Judiciales*. Buenos Aires. Vallett Ediciones.
- Código Civil Venezolano. (1982). Gaceta Oficial de la República de Venezuela. 2.990. Julio 26, 1982
- Código de Procedimiento Civil. (1986). Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 3.970. (Extraordinario). Marzo 13, 1987.
- Dictum* • ISSN: 2959-1074 • Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas • Universidad Yacambú • Enero-Junio • 4ta Edición • 42-65

- Couture, E. (1981). *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires. Ediciones Depalma.
- Leguisamón, H. (2004). La necesaria madurez de las cargas probatorias dinámicas. En Lépori, I (Comp.), *Cargas Probatorias Dinámicas*. (pp. 109-124). Buenos Aires. Rubinzal-Culzoni Editores
- Midón, M. (2007). *La Carga de la Prueba. En Tratado de la Prueba*. Chaco, Argentina. Librería de la Paz.
- Muñoz Sabaté, L. (1983). *Técnica Probática*. Tortosa (España). Editorial Praxis, C.A.
- Pereira, S. (2004). *La Carga de la Prueba de la Culpa Profesional Médica*. En Lépori, I (Comp.), *Cargas Probatorias Dinámicas*. (pp. 479-506). Buenos Aires. Rubinzal-Culzoni Editores
- Peyrano, J. (2004). *Nuevos Lineamientos de las Cargas Probatorias Dinámicas*. En Lépori, I (Comp.), *Cargas Probatorias Dinámicas*. (pp. 19-24). Buenos Aires. Rubinzal-Culzoni Editores
- Tribunal Supremo de Justicia (2016). Obtenido de: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/mayo/187550-rc.000292-3516-2016-15-831.html>
- Tribunal Supremo de Justicia (2021). Obtenido de: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/mayo/312159-RC.000137-25521-2021-20-028.HTML>
- Trujillo, J. (2006). *La Carga Dinámica de la Prueba*. Bogotá. Leyer Editorial
- Vallejos, J. (2004). *Cargas Probatorias Dinámicas, Aproximaciones Conceptuales*. Especial Referencia a la Culpa Médica. En Lépori, I (Comp.), *Cargas Probatorias Dinámicas*. (pp. 455-478). Buenos Aires. Rubinzal-Culzoni Editores.

LA JUSTICIA TRANSICIONAL Y LA PARTICIPACION CIUDADANA COMO HERRAMIENTA PARA EL FORTALECIMIENTO DE LA DEMOCRACIA

TRANSITIONAL JUSTICE AND CITIZEN PARTICIPATION AS A TOOL FOR STRENGTHENING DEMOCRACY

Juan José Quintero Díaz ⁶

 <https://orcid.org/0009-0003-8241-0387>

Resumen

En un mundo donde reina la polarización y el sistema democrático se ve afectado por diversos factores sociales y políticos, los ciudadanos son testigos de países donde los gobiernos autoritarios se imponen, mientras que, en otros, las sociedades han roto la barrera del autoritarismo y se encuentran construyendo el camino hacia un sistema democrático sólido y sustentable, al transitar los momentos sociales y políticos que se avizoran a futuro. Por ello, este ensayo atiende la necesidad de conocer la justicia transicional y la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos, como pilar fundamental para el fortalecimiento de la democracia. Así mismo, se busca expresarles a los lectores la necesidad de entender los procesos transicionales, bajo el lema “ni venganza ni impunidad”. Fundamentado en esta temática, se estudiaron a profundidad los procesos transicionales en diversos países del mundo y el rol desempeñado por la sociedad en cada situación. Como reflexión, se expresa la necesidad de interpretar racionalmente la temática, a fin de que el lector pueda comprender la manera de aplicar justicia en los procesos transicionales.

Palabras clave: democracia; transición; justicia; participación; proceso transicional.

Abstract

In a world where polarization reigns and the democratic system is affected by various social and political factors, citizens are witnessing countries where authoritarian governments prevail, while in others, societies have broken the barrier of authoritarianism and are building the path towards a solid and sustainable democratic system, as they move through the social and political moments that lie ahead. Therefore, this essay addresses the need to learn about transitional justice and citizen participation in public affairs, as a fundamental pillar for the strengthening of democracy. It also seeks to express to readers the need to understand transitional processes, under the slogan "neither revenge nor impunity". Based on this theme, the transitional processes in various countries of the world and the role played by society in each situation were studied in depth. As a reflection, the need to rationally interpret the theme is expressed, so that the reader can understand how to apply justice in transitional processes.

⁶ Universidad Yacambú
Cabudare-Venezuela
Correo: juan.quintero@uny.edu.ve

Recibido: 28-05-24
Aceptado: 29-05-24

Keywords: democracy; transition; justice; participation; transitional process; transition; transitional process

Introducción

Las transiciones de sistemas autoritarios hacia sistemas políticos y demócratas han sido objeto de estudio con el pasar de los años. Esto, cobra mayor fuerza en la actualidad entendiendo los procesos políticos y sociales por los que ha pasado la sociedad, a nivel mundial. De esta manera, este tema asume una relevancia significativa, debido a que los ciudadanos se enfrentan a escenarios donde existen gran cantidad de amenazas hacia los sistemas democráticos. Sin embargo, este sistema participativo donde se respeten los derechos humanos y las libertades individuales se empieza a imponer en sociedades que viven en sistemas autoritarios, caracterizados por ser represivos y constantes violaciones a los derechos civiles de sus ciudadanos.

En consecuencia, la finalidad de este ensayo es expresar los principios teóricos de la justicia transicional y la participación ciudadana, y como estos términos que se han venido estudiando durante el transcurrir de los procesos políticos y sociales, en las diversas naciones, pueden servir como guía para vencer esas barreras que actualmente amenazan, de manera constante, los sistemas democráticos a nivel mundial, entendiendo las complejidades sociológicas que puede tener cada sociedad y las distinciones políticas de los diversos sistemas.

Como reflexión final de este ensayo, se expresa la necesidad de entender la participación de los ciudadanos en los procesos sociales y políticos, como garantes del funcionamiento de los sistemas. Así mismo, comprender que los procesos transicionales deben ser duraderos para poder tener sustentabilidad y no basarse en acciones de venganza contra los perpetuadores. Es decir, estos procesos deben garantizar la justicia, pero a la vez establecer ciertas garantías para todos los actores involucrados, de manera que permita el desarrollo pleno de la sociedad.

Desarrollo

Desde el origen de las relaciones humanas y el principio de la sociedad, que ha evolucionado en la que hoy conoce el ser humano, continuamente busca la guía que pueda servirle como norte para el funcionamiento eficiente de las sociedades, que permita un buen desenvolvimiento de las relaciones entre los seres humanos y facilite la satisfacción de las necesidades que demanda la sociedad. Así nacen los sistemas políticos, formando métodos que rigen el orden de las sociedades.

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

Enero-Junio • 4ta Edición • 66-72

Con base a esta teoría, de manera sencilla, un sistema político se puede definir como los procesos organizativos existentes en una sociedad, donde intervienen diversos agentes, normativas e instituciones que establecen control y regulación en las acciones que hacen posible el convivir con participación, libertad e igualdad.

En relación con lo antes expuesto, conviene señalar que uno de los sistemas más antiguos del mundo y que ha demostrado mayor eficacia es el sistema democrático, siendo definido como la manera de organización social y política donde el poder reside en la ciudadanía. En este caso, el accionar del Estado es definido por los ciudadanos, mediante la participación, caracterizada por promover la igual y la libertad entre los miembros de la sociedad. Este sistema, nace como propuesta para que los ciudadanos puedan desarrollarse en la sociedad, con beneficios para los que la conforman. Se debe acotar que, siendo el sistema democrático uno de los más antiguos ha evolucionado constantemente, pues, fue concebido en una sociedad totalmente distinta a la de hoy, donde cuenta con actores que no existían en su origen. La aparición de nuevos personajes pone en la mesa de discusión interés y conflictos de poder, dando origen a que el sistema se vea amenazado y consecuentemente, surjan sistemas que atentan contra el funcionamiento de la sociedad.

Entre la diversidad de sistemas políticos que han surgido en el mundo como producto de la evolución de las sociedades, aparecen los regímenes autoritario y totalitario, definidos por Linz (1962), como sistemas con un pluralismo político limitado, no responsable; sin una ideología elaborada y que dirija (pero con una mentalidad peculiar); carentes de una movilización política extensa e intensa (excepto en algunos momentos de su desarrollo), y en los que un líder, o un grupo reducido, ejerce el poder dentro de límites formalmente mal definidos, pero en realidad bastante predecibles. (s. n.)

En efecto, este estilo es antagónico al sistema democrático. En él, predomina el abuso de poder sin el beneplácito de los ciudadanos, tiene como accionar principal el ejercicio del poder como herramienta de opresión y con mínimo respeto a los derechos humanos de los ciudadanos, utilizando la fuerza y la coacción para lograr la sumisión de los ciudadanos ante la autoridad, utilizando este accionar basado en la narrativa de protección a la soberanía nacional y defensa de la patria.

A pesar de las extensas similitudes entre los sistemas autoritarios y los totalitarios, entre ellos existe una mínima diferencia que radica en la manera de ejercer el poder y la visión de sociedad

que profesan. En el autoritarismo existe una sociedad un poco heterogénea, siempre y cuando exista la sumisión ante la figura de autoridad, mientras que el totalitarismo apuesta por una sociedad homogénea en la cual se utiliza la coacción y la fuerza como herramienta para la imposición de tendencias políticas alineadas con la autoridad.

Se debe señalar que, los sistemas anteriormente expuestos se producen por errores en la implantación de otros que generan desconfianza en los ciudadanos, respecto a la forma de ejercer el poder, estos surgen cuando los gobernantes fallan en cumplir el compromiso de satisfacer las necesidades que demanda la sociedad. La aparición de nuevos actores e intereses y los conflictos de poder, antes mencionados, tienen una gran influencia sobre la aparición de estos sistemas opuestos al sistema democrático, siendo esto expuesto como parte de un enfoque estructural y de actores sociales.

Transición política

Este término, surge luego de los cambios políticos que ocurrieron en el mundo en el siglo XX, específicamente en el continente europeo. De esta manera, se entiende como transición política el fenómeno social y político que se traduce en un proceso que transforma la sociedad y el accionar político. Por ello, cuando un régimen autoritario o totalitario llega a su fin, abre paso a un sistema democrático, conllevando a una renovación de valores políticos y el debido funcionamiento de las instituciones, así lo expresa Santamaría (1982). En este proceso político se estila la convivencia de todos los actores que hacen vida en ambos sistemas.

Generalmente, el origen de este proceso se gesta en la crisis de social política y/o económica del régimen saliente, por disyuntivas internas, cuando estos se percatan que ciertos cambios son indispensables ya sea por desgaste del sistema o por la superioridad clara de la oposición al régimen. Cabe destacar que, no se dispone de una guía o manual que dirija las transiciones políticas, ya que cada proceso transicional cuenta un número ilimitado de factores que varían según el caso. De igual manera, los resultados no son iguales en todos los casos, pueden culminar con la instauración de un sistema democrático o en un régimen de carácter autoritario.

Justicia transicional

Este término se refiere a la intervención de los ciudadanos en el ejercicio del poder, sus aportes en la toma de decisiones respecto a todo el accionar que tiene el Gobierno. Es un derecho

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

Enero-Junio • 4ta Edición • 66-72

y un deber que poseen los ciudadanos para garantizar, de manera integral, el eficiente desarrollo de las políticas públicas que alcancen la satisfacción plena de las necesidades de la sociedad. Hay que señalar que para facilitar la participación ciudadana se requiere de mecanismos que promuevan los escenarios donde los ciudadanos puedan elevar sus propuestas al Gobierno. Es imperativo que exista una relación entre la ciudadanía y el Gobierno, donde éste, en forma conjunta se ocupe de los problemas que afecta a los ciudadanos y generen políticas públicas eficientes que contribuyan al empoderamiento de la ciudadanía y le permitan desarrollarse para promover la participación de todos los sectores sociales.

Conviene destacar que, la intervención de los ciudadanos en los asuntos públicos es un principio clave en el fortalecimiento de los sistemas democráticos, mientras que la nula participación en el ejercicio de la política se traduce en una democracia débil y frágil, donde reinaría una crisis de legitimidad y soberanía. Por lo tanto, en el sistema democrático, la ciudadanía tiene como deber ser protagonista en la evolución de las complejidades políticas. El enfoque del sistema democrático se centra en que el poder reside en la decisión de los ciudadanos. De ahí, la importancia que tiene la participación activa de la sociedad y la presencia que tenga a través de la representación política y las instituciones, entendiendo que la libertad y el desarrollo colectivo e individual de las sociedades solamente puede alcanzarse con la participación activa de los ciudadanos en los asuntos públicos. Este vínculo, nace por el reconocimiento a los derechos, basada en la libertad e igualdad que se transcribe a esa participación.

La democracia en la modernidad apuesta por la participación ciudadana como una autoridad principal en el ejercicio del poder. El objetivo es lograr una democracia fortalecida que se caracterice por ser incluyente y representativa para asegurar la transparencia y eficacia de los procesos políticos de toma de decisión en las sociedades y de esta manera fomentar la confianza en las instituciones del Estado y el interés de estas hacia los ciudadanos a fin de consolidar la gobernanza y el fortalecimiento del sistema democrático, teniendo como norte el respeto a los derechos humanos.

Conclusiones o Reflexiones

Lo anteriormente analizado, refleja el claro vínculo que existe entre la justicia transicional, la participación ciudadana y la democracia, pasando por la definición de cada uno de los términos y entendiendo la democracia como el sistema político que reside sobre los ciudadanos, cómo su participación es un principio fundamental para el funcionamiento del sistema y cómo la justicia

transicional contribuye a la instauración de los principios democráticos en las sociedades postconflictos.

Actualmente, por diversos factores la sociedad ha disminuido la participación activa en los asuntos públicos, lo que se ha traducido a sistemas democráticos débiles. Al no contar con la inclusión y la representación ciudadana entran en una crisis de legitimidad, que da pie a la llegada al poder de regímenes autoritarios y totalitarios que se dedican a buscar la sumisión de los ciudadanos, a través de la represión y la violación de los derechos humanos. Por ello, para que estos hechos no queden impunes y evitar un escenario de fragmentación social, producto de la impunidad y la venganza, surge la justicia transicional como herramienta fundamental para la democratización, para la atención de las víctimas y fomentar la participación ciudadana en estas sociedades en conflicto.

Estas temáticas se complementan en la medida en que la participación ciudadana busca vincularse a los procesos políticos en el ejercicio del poder, control de los recursos y seguimiento de los distintos procesos democráticos. Así mismo, la justicia transicional, actúa a través de sus mecanismos la democratización y el fortalecimiento de este sistema, luego de conflictos de índole político a los cuales han estado sometidas las sociedades.

La única vía para fortalecer la democracia, más allá de los mecanismos de participación ciudadana institucionales, pasa por el respeto de los derechos humanos y los derechos civiles y políticos. No es viable un sistema político democrático donde no exista la pluralidad y el respeto a los derechos humanos, siendo este el pilar fundamental de un sistema político participativo, y es tarea de los miembros de ese sistema aplicar la justicia transicional en los momentos necesarios para reivindicar los principios democráticos. La Justicia transicional tiene como tarea principal abrir la puerta de la reconciliación y el perdón y contribuir con la construcción de la verdad, esto no es sinónimo de impunidad ni de venganza. El principal objetivo es implementar la paz, la reconciliación y la justicia necesaria para recuperar la credibilidad del sistema de judicial en las sociedades postconflictos.

Como sociedad existe un gran reto a enfrentar, se debe entender que es necesario que los ciudadanos participen activamente para contribuir con el fortalecimiento de los sistemas democráticos y así evitar que se sigan imponiendo sistemas autoritarios y totalitarios que sigan reprimiendo y violando los derechos humanos a los ciudadanos. Igualmente, se debe comprender que los procesos transicionales son duraderos que requieren de paciencia, humildad y

desprendimiento, su eficacia dependerá de estas virtudes y demás factores políticos y sociales que el caso amerite. De igual manera, se debe tener claro que la justicia transicional no es sinónimo de impunidad y mucho menos de venganza. Este término, anteriormente mencionado, hace referencia a justicia y paz, que será la herramienta por utilizar para reivindicar a las víctimas y velar porque estas violaciones a los derechos humanos no se sigan cometiendo.

Es necesario, como sociedad, que se promueva la participación ciudadana para construir un mundo incluyente y participativo donde existan procesos democráticos fortalecidos y se fomente y defienda el respeto a los derechos humanos de los ciudadanos. Así mismo, proponer la justicia y la paz como instrumento de progreso de las sociedades y pilar fundamental en el funcionamiento de los sistemas democráticos, que hagan del mundo un lugar más justo y representativo.

Referencias

- Bernazza, C., Iriarte, A. y Vázquez, M. (2003), *Democracia y ciudadanía: Reflexiones sobre la democracia y los procesos de democratización en América Latina*. Revista trimestral Latinoamericana y Caribeña de Desarrollo Sustentable. No. 4. Vol. 1.
- Fernández E., (2003) *Democracia: Definiciones, épocas y sistemas: De los antiguos a los modernos, de los liberales a los revolucionarios*. Universidad Nacional de La Plata.
<http://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/tesis/te.616/te.616.pdf>
- O'donnell, G.; Schmitter, P; Whitehead, L. (1989). *Transiciones desde un gobierno autoritario: 4. Conclusiones tentativas sobre las democracias inciertas*.
http://www.anep.edu.uy/historia/guia/guia_1/gh_245a302.pdf
- Sánchez, J. (2015) *La participación ciudadana como instrumento del gobierno abierto*.
<https://www.redalyc.org/pdf/676/67642415003.pdf>.
- Sánchez, M (2009) *La participación ciudadana en la esfera de lo público*.
<https://www.redalyc.org/pdf/676/67611350006.pdf>
- Sartori G. (2005) *Elementos de la teoría política*. Madrid, Alianza Editorial, 2005, p. 29.
<https://revpubli.unileon.es/index.php/EEHHHistoria/article/view/3182>.