



**COLEGIO DE DOCTORES
EN CIENCIAS JURÍDICAS DE
IBEROAMÉRICA**

TRANSFORMACIÓN JURÍDICA Y DIGNIDAD

**PARADIGMAS PARA LA
HUMANIZACIÓN DEL DERECHO**



**Alfonso Jaime Martínez Lazcano
Handel Martins Dias
Pablo Darío Villalba Bernié**



Editorial Primera Instancia



BARRA DE ABOGADOS
DE QUINTANA ROO COLEGIO PROFESIONAL S.C.



**TRANSFORMACIÓN JURÍDICA Y
DIGNIDAD: PARADIGMAS PARA LA
HUMANIZACIÓN DEL DERECHO**

ALFONSO JAIME MARTÍNEZ LAZCANO

Director científico

TRANSFORMACIÓN JURÍDICA Y DIGNIDAD: PARADIGMAS PARA LA HUMANIZACIÓN DEL DERECHO

ADRIANO SANT'ANA PEDRA
ALFONSO J. MARTÍNEZ LAZCANO
ANTONIO CELSO BAETA MINHOTO
AUGUSTO TANGER JARDIM
BLANCA TORRES ESPINOSA
CARLOS E. ARCUDIA HERNÁNDEZ
DIRCEU PEREIRA SIQUEIRA
FELIPE KIRCHNER
FERNANDA NAVAS-CAMARGO
FERNANDA NUNES BARBOSA
GUILHERME TANGER JARDIM

HANDEL MARTINS DIAS
HUGO CARRASCO SOULÉ
JAIME CUBIDES-CÁRDENAS
JAVIER INDALECIO BARRAZA
MARÍA M. ELIZONDO GASPERÍN
PABLO D. VILLALBA BERNIÉ
PAOLA J. ONTIVEROS VÁZQUEZ
PAUL E. FRANCO ZAMORA
ROSA MARÍA DÍAZ LÓPEZ
SARA B. ORTA FLORES
SNEYDER GARCÍA JIMÉNEZ



Editorial
Primera Instancia

2025

EDITORES

© ALFONSO JAIME MARTÍNEZ LAZCANO
© HANDEL MARTINS DIAS
© PABLO DARÍO VILLALBA BERNIÉ
EDITORIAL PRIMERA INSTANCIA

ASISTENTES EDITORIALES
Omar Martínez Hernández
Neidaly Espinosa Sánchez

Título: *Transformación jurídica y dignidad: paradigmas
para la humanización del derecho*

Volumen 1
Primera edición, 2025
DEWEY 341
THEMA LBBR1

Editorial Primera Instancia
Calle Selva 35 402
Periférico Avenida del Imán
Insurgentes Cuicuilco C. P. 04530
Coyoacán Cdmx.
Teléfono: +52 (961)6142659
Móvil: (+52) 961 1775659
E-mail: primerainstancia@outlook.com

AUTORES

© ADRIANO SANT'ANA PEDRA
© ALFONSO JAIME MARTÍNEZ LAZCANO
© ANTONIO CELSO BAETA MINHOTO
© AUGUSTO TANGER JARDIM
© BLANCA TORRES ESPINOSA
© CARLOS ERNESTO ARCUDIA HERNÁNDEZ
© DIRCEU PEREIRA SIQUEIRA
© FELIPE KIRCHNER
© FERNANDA NAVAS-CAMARGO
© FERNANDA NUNES BARBOSA
© GUILHERME TANGER JARDIM
© HANDEL MARTINS DIAS
© HUGO CARRASCO SOULÉ
© JAIME CUBIDES-CÁRDENAS
© JAVIER INDALECIO BARRAZA
© MARÍA MACARITA ELIZONDO GASPERÍN
© PABLO DARÍO VILLALBA BERNIÉ
© PAOLA JACKELINE ONTIVEROS VÁZQUEZ
© PAUL ENRIQUE FRANCO ZAMORA
© ROSA MARÍA DÍAZ LÓPEZ
© SARA BERENICE ORTA FLORES
© SNEYDER GARCÍA JIMÉNEZ

ISBN: 978-607-29-7552-1

Este libro ha sido evaluado con un procedimiento de doble *ciego-blind per reviewed*-

Esta obra y sus características gráficas son propiedad de *EDITORIAL PRIMERA INSTANCIA*. Reservados todos los derechos. No se permite la reproducción total o parcial de esta obra, ni su incorporación a un sistema electrónico, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio (electrónico, mecánico, fotocopia, grabación u otros) sin la autorización previa y por escrito de los titulares de *copyright*.

IMPRESO EN MÉXICO- PRINTED IN MEXICO
2025

COMITÉ CIENTÍFICO

Dra. Jania Maria Lopes Saldanha

Profesora en la Universidad Federal de Santa María, Brasil

Dr. Juan Marcelino González Garcete

Universidad Nacional de Asunción, Paraguay

Dr. Patricio Marianello

Universidad de Buenos Aires, Argentina

Dr. Pablo Darío Villalba Bernié

Universidad Católica de Encarnación, Paraguay

Dr. René Moreno Alfonso

Universidad Republicana, sede Bogotá, Colombia

Dra. Pamela Juliana Aguirre Castro

Universidad Andina Simón Bolívar, sede Quito, Ecuador

Dr. Jaime Alfonso Cubides Cárdenas

Colegio de Abogados Procesalistas Latinoamericanos

El libro *Transformación jurídica y dignidad: paradigmas para la humanización del derecho* está integrado por textos jurídicos, que cumplen con los criterios de calidad, para ser publicado, los capítulos que lo construyen son inéditos, con la finalidad de mantener un nivel de exigencia científica, se verifica que el proceso de revisión de cada uno de los capítulos del libro en comento, sea realizado bajo el principio de revisión arbitral por pares a doble ciego por un Comité Científico de Investigadores Nacionales e Internacionales, externos a la Editorial Primera Instancia.

Bajo los siguientes criterios:

- I. Importancia o relevancia del tema
- II. Claridad del enfoque temático
- III. Relación con la literatura existente
- IV. Datos metodológicos de investigación
- V. Uso de teoría
- VI. Marco teórico
- VII. Calidad crítica/Calidad argumental
- VIII. Claridad de las conclusiones
- IX. Aportación o propuesta a la disciplina

Participaron en el proceso de arbitraje de la obra destacados investigadores científicos de la Universidad Nacional de Asunción Paraguay. De la Universidad Federal de Santa María de Brasil, de la Universidad Católica de Colombia, Universidad de Buenos Aires Argentina. Universidad Andina Simón Bolívar, sede Quito, Ecuador. Universidad Nacional de Asunción, Paraguay, Universidad Republicana, sede Bogotá, Colombia.

ÍNDICE GENERAL

PRÓLOGO	25
---------------	----

Alfonso Jaime Martínez Lazcano

CAPÍTULO I

CRISIS ESTRUCTURAL DEL DERECHO LATINOAMERICANO Y SUS PARADIGMAS DE TRANSFORMACIÓN

LA CRISIS DEL DERECHO LATINOAMERICANO, HACIA UN EQUILIBRIO CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL

Pablo Darío Villalba Bernié

I. INTRODUCCIÓN	34
II. LA CRISIS DEL DERECHO LATINOAMERICANO	36
III. INCIDENCIA EVOLUTIVA	37
IV. LAS RAZONES DE LA DECADENCIA	39

Índice General

1. Deficiencia filosófica.....	39
2. Ámbito legal colonizado.....	42
3. Inexistencia de justicia constitucional	44
4. Exigüidad de respuestas propias.....	45
5. Discordancia en el control de constitucionalidad	47
6. Exceso de límites codificados.....	49
7. Carencia de líneas teóricas	51
8. Afincados en el Estado de derecho	53
V. MARCOS CONSTITUCIONALES DISÍMILES.....	55
VI. INJERENCIA CONVENCIONAL	57
1. Gran impacto de los derechos humanos	61
2. La prevalencia convencional	62
3. La variación del sistema de fuentes.....	63
VII. PROPICIANDO NUEVOS PARADIGMAS	65
1. Hacia la decolonización.....	66
2. Equilibrio entre lo constitucional y lo convencional	67
3. La vigencia del principio <i>pro homine</i>	68
4. Hacia la tutela ecológica.....	70
5. Enseñanza con responsabilidad social y ecológica.....	72
6. Superación de las modas jurídicas.....	73
7. Implementación de soluciones para realidad latinoamericana...	75
8. Diseñar un modelo distintivo.....	78
VIII. CONCLUSIONES.....	79
IX. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	81

**CRISIS DE LOS DERECHOS HUMANOS Y EL SISTEMA
INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS (SIDH):
RETOS Y PROPUESTAS DE MEJORA**

*Jaime Cubides-Cárdenas, Fernanda Navas-Camargo y Sneyder García
Jiménez*

I. INTRODUCCIÓN	88
II. PRIMER RETO. LA UNIVERSALIDAD	91
III. SEGUNDO RETO. PERMANENCIA Y ESTABILIDAD DE LOS ÓRGANOS	94
IV. TERCER RETO. EL CUMPLIMIENTO DE ESTÁNDARES INTERAMERICANOS.....	96
V. A MANERA DE CONCLUSIONES	100
VI. REFERENCIAS.....	101

**NEGATIVISMO JURÍDICO EN AMÉRICA LATINA: EL
CONTROL DE CONVENCIONALIDAD COMO RUPTURA
EPISTEMOLÓGICA**

Alfonso Jaime Martínez Lazcano

I. INTRODUCCIÓN	107
II. FUNDAMENTOS TEÓRICOS DEL NEGATIVISMO JURÍDICO	113
1. Características del negativismo jurídico.....	113
1.1. Desarrollo conceptual: defensa acrítica del positivismo normativo	113
1.2. La resistencia a enfoques como la justicia terapéutica o la interculturalidad jurídica	115

Índice General

1.3. La “incertidumbre jurídica” como resistencia retórica	117
1.4. Desarrollo conceptual: la soberanía como argumento retórico frente al avance convencional	119
1.5. Desarrollo conceptual: formalismo jurídico y negación del componente ético del derecho	123
1.6. Fundamento adicional: Negación de la positivación de los derechos humanos como perpetuación del conflicto poder–norma	124
1.7. Falsa cientificidad del derecho como argumento retórico	127
III. CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD	128
IV. FUNDAMENTO DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD	132
1. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile	134
2. Caso Gelman Vs. Uruguay	135
V. CONTROL ÚNICO DE CONVENCIONALIDAD	136
VI. CLASIFICACIÓN DE LA AFECTACIÓN A LOS DERECHOS HUMANOS COMO HERRAMIENTA DE PONDERACIÓN ÉTICA, JURÍDICA Y PEDAGÓGICA	140
1. Desfase epistemológico y confusión terminológica	143
1.1. Confusión en la arquitectura del control	143
1.2. Negación del deber ex officio	144
2. Invalidez procesal y afectación estructural.....	144
2.1. Ruptura con el principio pro persona.....	144
2.2. Confusión entre impulso procesal y deber constitucional	144
3. Crítica estructural ampliada a la tesis III.2o.C.16 K (11a.): La colisión entre deber constitucional y formalismo procesal.....	145
3.1. El deber de control ex officio (supremacía constitucional)	145
3.2. La firmeza procesal (seguridad jurídica)	146

Índice General

3.3. Desequilibrio constitucional	146
4. Corte IDH y el control de convencionalidad	147
4.1. Confirmación del grado de afectación	147
VII. CONCLUSIÓN	148
VIII. BLIOGRAFÍA.....	150

METODOLOGÍA APLICADA EN LA HERMENÉUTICA CONSTITUCIONAL PLURAL Y SU UTILIDAD PARA RESOLVER CONFLICTOS COMPLEJOS

Paul Enrique Franco Zamora

I. INTRODUCCIÓN.....	155
II. ESTADO PLURINACIONAL Y HERMENÉUTICA CONSTITUCIONAL PLURAL.....	158
III. METODOLOGÍAS DE LA HERMENÉUTICA CONSTITUCIONAL PLURAL.....	162
1. Paradigma del vivir bien como pauta interpretativa	162
2. Diálogos interculturales.....	165
3. Respeto del derecho a la vida	168
4. Test de proporcionalidad	170
5. Ponderación intercultural de derechos.....	173
IV. CONCLUSIONES.....	175
V. BIBLIOGRAFÍA	175

CAPÍTULO II

**CONSTITUCIONALISMO, GOBERNANZA Y JUSTICIA
ELECTORAL EN CONTEXTOS DE CRISIS**

**LAVA-JATO, CORRUPÇÃO E GOVERNANÇA: *IMPEACHMENTS*
E CRISE DEMOCRÁTICA NO BRASIL**

Antonio Celso Baeta Minhoto

I. INTRODUÇÃO	183
II. <i>TERRA EM TRANSE</i> : O BRASIL DE 2013 A 2016.....	184
III. REELEIÇÃO DE DILMA, OS PROTESTOS DE 2015 E O IMPEACHMENT	189
IV. O PAPEL DA IMPRENSA NO <i>IMPEACHMENT</i> DE DILMA: ¿ATUAÇÃO DEMOCRÁTICA?.....	203
V. CONCLUSÕES	208
VI. REFERÊNCIAS.....	210

**PRISIÓN Y OTRAS MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES
CONTRA CANDIDATOS EN VÍSPERAS DE LAS ELECCIONES
EN BRASIL**

Adriano Sant'Ana Pedra

I. INTRODUCCIÓN: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	213
II. PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE ELECTORAL	215
III. INMUNIDAD ELECTORAL FRENTE A MEDIDAS CAUTELARES.....	218
IV. DETENCIÓN, PRISIÓN Y MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES EN PERJUICIO DE CANDIDATOS.....	223

V. CONSIDERACIONES FINALES.....	226
VI. REFERENCIAS.....	227

CAPÍTULO III

DERECHOS HUMANOS, JUSTICIA AMBIENTAL Y VULNERABILIDAD ESTRUCTURAL

ACESSO À JUSTIÇA POR CONSUMIDORES HIPOSSUFICIENTES E HIPERVULNERÁVEIS NO BRASIL: DESAFIOS E POSSÍVEIS SOLUÇÕES

Felipe Kirchner y Fernanda Nunes Barbosa

I. INTRODUÇÃO: CONSUMIDORES VULNERÁVEIS, HIPOSSUFICIENTES E HIPERVULNERÁVEIS.....	231
II. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O ACESSO À JUSTIÇA E SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA.....	237
III. DESAFIOS DO ACESSO À JUSTIÇA PARA CONSUMIDORES NO BRASIL.....	240
IV. ALGUMAS SOLUÇÕES ESTATAIS E NÃO ESTATAIS POSSÍVEIS.....	248
V. CONCLUSÃO.....	254
VI. REFERÊNCIAS.....	255

CAPÍTULO IV
INNOVACIONES JURÍDICAS, DESJUDICIALIZACIÓN Y
JUSTICIA DIGITAL

LA PRUEBA ELECTRÓNICA EN MÉXICO

María Macarita Elizondo Gasperín

I. NOTA INTRODUCTORIA	261
II. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS	263
III. CLASES DE PRUEBAS ELECTRÓNICAS.....	265
IV. OFRECIMIENTO Y CONSERVACIÓN.....	271
V. DESAHOGO Y VALORACION DE LA PRUEBA ELECTRÓNICA	281
VI. DERECHOS Y OBLIGACIONES EN LA ERA DIGITAL	286
VII. DESAFÍOS LEGALES EN EL USO DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y LA DIGITALIZACIÓN	288
VIII.CONCLUSIONES	290
IX. FUENTES Y ANEXOS.....	293

DEL MONOPOLIO ESTATAL A LA
DESJUDICIALIZACIÓN DE LA EJECUCIÓN CIVIL

Augusto Tanger Jardim, Guilherme Tanger Jardim y Handel Martins

Dias

I. INTRODUCCIÓN.....	302
II. BASES TEÓRICAS VINCULADAS A LA JUDICIALIZACIÓN DE LA EJECUCIÓN.....	303

Índice General

III. PASADO Y PRESENTE DE LA DESJUDICIALIZACIÓN DE LA EJECUCIÓN EN BRASIL.....	306
1. Desjudicialización de la ejecución orientada a la reducción del costo del crédito en determinadas relaciones jurídicas.....	311
2. Desjudicialización de la ejecución derivada de la valorización de la autonomía privada y del movimiento de “privatización” del proceso	313
IV. FUTURO DE LA DESJUDICIALIZACIÓN DE LA EJECUCIÓN EN EL DERECHO BRASILEÑO.....	315
1. Desjudicialización de ejecuciones fiscales	316
2. Procedimiento general para la desjudicialización de las ejecuciones civiles.....	318
V. CONCLUSIÓN.....	322
VI. REFERENCIAS.....	323

LA REGULACIÓN DE LA COMERCIALIZACIÓN Y EXPORTACIÓN DE BIOINSUMOS AGRÍCOLAS Y LA PRODUCCIÓN ORGÁNICA EN MÉXICO

Carlos Ernesto Arcudia Hernández, Sara Berenice Orta Flores y Blanca Torres Espinosa

I. INTRODUCCIÓN.....	328
II. LOS BIOINSUMOS PARA LA PRODUCCIÓN AGRÍCOLA...	329
III. LA SITUACIÓN DE LA AGRICULTURA MEXICANA: ESPECIAL REFERENCIA A LA AGRICULTURA ORGÁNICA..	333
IV. EL REGISTRO SANITARIO PARA LA COMERCIALIZACIÓN DE BIOINSUMOS.....	339

Índice General

1. Disposiciones a nivel legal en materia de registro sanitario de bioinsumos	340
2. Disposiciones reglamentarias en materia de registro sanitario de bioinsumos	344
3. Trámites de autorización.....	348
V. REGULACIÓN DE LA EXPORTACIÓN DE BIOINSUMOS...	349
1. Disposiciones de la Ley General de Salud	349
2. Disposiciones reglamentarias en materia de exportación de bioinsumos	349
VI. REGULACIÓN DE LA PRODUCCIÓN ORGÁNICA DE ALIMENTOS.....	351
1. Disposiciones de la Ley de Producción orgánica en materia de producción de alimentos.....	351
2. Disposiciones reglamentarias en materia de producción de alimentos orgánicos y etiquetado.....	353
VII. CONCLUSIONES.....	359
VIII. BIBLIOGRAFÍA.....	360

JUSTICIA DIGITAL EN EL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS CIVILES Y FAMILIARES

Paola Jackeline Ontiveros Vázquez

I. INTRODUCCIÓN	363
II. DESARROLLO.....	366
III. INTERDISCIPLINARIEDAD ENTRE LA INFORMÁTICA Y EL DERECHO	368
IV. PRINCIPALES CONCEPTOS TECNOLÓGICOS REGULADOS EN EL CNPCYF	369

Índice General

V. IMPLEMENTACIÓN DEL PROCEDIMIENTO EN LÍNEA.....	373
VI. CONDICIONES Y REQUERIMIENTOS MÍNIMOS PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE SERVICIOS TECNOLÓGICOS EN EL ACCESO A JUSTICIA	375
VII. RETOS QUE LA JUSTICIA DIGITAL REPRESENTARÁ EN NUESTRO SISTEMA LEGAL	377
VIII. CONCLUSIONES.....	379
IX. FUENTES DE CONSULTA	380

CAPÍTULO V

INTELIGENCIA ARTIFICIAL, ALGORITMOS Y DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

DISCRIMINAÇÃO ALGORITMICA: INTELIGENCIA ARTIFICIAL, VIESES HUMANOS E ALGORÍTMICOS E A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Dirceu Pereira Siquiera

I. INTRODUÇÃO	386
II. RELAÇÕES EXISTÊNCIAS NO BRASIL E A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL.....	387
III. VIESES HUMANOS <i>VERSUS</i> VIESES ALGORÍTMICOS.....	391
IV. DIREITOS DA PERSONALIDADE COMO NÚCLEO DE PROTEÇÃO CONTRA DISCRIMINAÇÃO ALGORÍTMICA.....	395
1. Fundamentação Teórica e Dogmática dos Direitos da Personalidade.....	396

Índice General

2. A Dignidade Humana como Matriz Constitucional Antidiscriminatória.....	397
3. Privacidade informacional e proteção de dados como direitos da personalidade.....	399
4. Direito à imagem e identidade na era do reconhecimento algorítmico	401
5. Honra e reputação digital: proteção contra estigmatização algorítmica.....	403
6. Igualdade material e direitos da personalidade: síntese integrativa	404
V. DISCRIMINAÇÃO ALGORÍTMICA: ESTIGMATIZAÇÃO, PROFILING E UM NOVO VIÉS NA REVISÃO HUMANA DA DECISÃO AUTOMATIZADA	406
VI. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	412
VII. BIBLIOGRAFIA	413

LA PROBLEMÁTICA DE LOS BUSCADORES DE INTERNET, RESPONSABILIDAD Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Javier Indalecio Barraza

I. INTRODUCCIÓN	417
II. ASPECTO METODOLÓGICO.....	418
1. Dificultades	419
2. Ámbito temporal y espacial.....	420
3. Cantidad de fallos	421
4. Resultado	422
5. Tema	422
6. Sexo.....	423

Índice General

7. Calidad del actor.....	423
III. LOS BUSCADORES DE INTERNET	425
1. Noción	425
2. Funcionamiento	426
3. Indexación	427
4. Intermediación.....	427
5. Clasificación.....	428
6. Algunas reflexiones	428
IV. DERECHO COMPARADO	429
1. España	429
2. Francia.....	430
3. Italia.....	431
4. Alemania.....	432
5. Estados Unidos.....	432
V. EL ORDEN JURÍDICO POSITIVO.....	434
VI. PROTECCIÓN Y TIPO DE RESPONSABILIDAD.....	438
VI. CONCLUSIONES	441
VII. BIBLIOGRAFÍA	443

CAPÍTULO VI

**PROCEDIMIENTOS CIVILES, AUDIENCIAS Y MECANISMOS
ALTERNATIVOS**

**REFLEXIONES SOBRE EL JUICIO ORDINARIO ORAL CIVIL Y
EL SISTEMA DE AUDIENCIAS BAJO EL CÓDIGO NACIONAL
DE PROCEDIMIENTOS CIVILES Y FAMILIARES DE MÉXICO**

Hugo Carrasco Soulé

I. INTRODUCCIÓN	450
II. GENERALIDADES DEL JUICIO ORDINARIO ORAL CIVIL	450
III. EL SISTEMA DE AUDIENCIAS	452
IV. AUDIENCIA PRELIMINAR	454
V. LA AUDIENCIA DE LEY O DE DESAHOGO DE PRUEBAS.	467
VI. CONCLUSIONES	469
VII. BIBLIOGRAFÍA	471

**CRISIS JUDICIAL Y ACCESO A LA JUSTICIA: LOS
MECANISMOS ALTERNATIVOS COMO HERRAMIENTAS DE
TRANSFORMACIÓN**

Rosa María Díaz López

I. INTRODUCCIÓN	474
II. LA CRISIS DEL SISTEMA JUDICIAL Y EL ACCESO EFECTIVO A LA JUSTICIA.....	475
1. Barreras estructurales al acceso a la justicia.....	476
2. Acceso a la justicia desde un enfoque institucional y estadístico	476

Índice General

III. EFICIENCIA Y EFICACIA APLICADA A UN PODER JUDICIAL	478
1. Parámetros de medición en la eficiencia y eficacia judicial	479
2. Obstáculos estructurales a la eficiencia judicial en México	479
3. Los Mecanismos Alternativos como medio para incrementar la eficiencia judicial	480
IV. EL LIBRO BLANCO DE LA REFORMA JUDICIAL: DIAGNÓSTICO Y PROPUESTAS PARA LA TRANSFORMACIÓN	481
1. Principales áreas de intervención identificadas	481
2. Relevancia de los MASC en la reforma judicial.....	482
3. Desafíos en la implementación.....	482
V. FUNDAMENTOS, VENTAJAS Y DESAFÍOS DE LOS MASC	483
1. Ventajas para el acceso a la justicia	484
2. Limitaciones y riesgos.....	485
VI. LA LEY GENERAL DE MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS: UN MARCO NORMATIVO PARA LA SOLUCIÓN PACÍFICA DE CONFLICTOS	487
1. Principales mecanismos alternativos contemplados.....	487
2. Autoridades y actores involucrados.....	488
3. Innovaciones y desafíos.....	488
VII. ESTRATEGIAS DE APROXIMACIÓN DE LA JUSTICIA: LA EXPERIENCIA DEL PODER JUDICIAL DE TAMAULIPAS	490
1. Mediación a distancia	490
2. Unidades móviles de mediación	491
VIII. CONSIDERACIONES FINALES	492
IX. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	493

PRÓLOGO

En tiempos de crisis normativa, institucional y epistémica, esta obra colectiva emerge como un gesto de resistencia y reconstrucción. *Transformación jurídica y dignidad: paradigmas para la humanización del derecho*, no es solo un título: es una declaración de principios, una cartografía crítica que recorre América Latina para interpelar sus dogmas, sus silencios y sus posibilidades. Aquí, la dignidad no se declama: se construye y se defiende.

Cada autor ha sido convocado no por su especialidad técnica, sino por su capacidad de interpelar el derecho desde sus márgenes: desde lo digital, lo plurinacional, lo judicial, lo ambiental, lo procesal, lo constitucional, lo comunitario. El orden que sigue no es cronológico ni jerárquico, sino temático y simbólico: parte de la mutación silenciosa del derecho y avanza hacia sus desafíos más contemporáneos, como la inteligencia artificial, la justicia digital y la discriminación algorítmica. Esta arquitectura responde a una lógica de transformación: cada capítulo es una escena crítica que cuestiona la dignidad como horizonte normativo, político y epistémico.

Desde Bolivia hasta Colombia, desde Brasil hasta México, pasando por Paraguay y Argentina, las voces reunidas en este volumen no se limitan a diagnosticar el colapso del derecho latinoamericano. Lo dignifican, lo humanizan. Cada capítulo es una escena de crítica y propuesta, donde el derecho deja de ser un aparato de reproducción formalista y se convierte en una praxis situada, garantista y transformadora.

Pablo Darío Villalba Bernié, en su artículo *“La crisis del derecho latinoamericano, hacia un equilibrio constitucional y convencional”*, abre el compás con una reflexión sobre la mutación silenciosa del derecho. Su llamado a la humanización del proceso judicial y a la integración internacional sin pérdida de identidad cultural marca el tono ético del volumen: el derecho debe servir a la persona humana, no a sus estructuras.

Jaime Cubides-Cárdenas, Fernanda Navas-Camargo y Sneyder García Jiménez, abordan la *“Crisis de los derechos humanos y el sistema interamericano de derechos humanos (SIDH): retos y propuestas de mejora”*. Su propuesta de revisión estructural y fortalecimiento institucional no es técnica: es una exigencia de justicia material frente a la letra muerta de los tratados.

“Negativismo jurídico en américa latina: el control de convencionalidad como ruptura epistemológica”, escrita por Alfonso Jaime Martínez Lazcano, ofrece una ruptura epistemológica con su clasificación del negativismo jurídico. Su análisis del control de convencionalidad como exigencia ética y jurídica interpela a jueces, doctrinas y Estados. La figura del arraigo se convierte en símbolo de resistencia dogmática, y su desmontaje revela el poder transformador del derecho internacional de los derechos humanos.

Desde Bolivia Paul Enrique Franco Zamora, nos habla de la *“Metodología aplicada en la hermenéutica constitucional plural y su utilidad para resolver conflictos complejos”*, en la cual introduce la hermenéutica constitucional plural como metodología para resolver conflictos complejos en contextos plurinacionales. El paradigma del “vivir bien” y el diálogo intercultural se convierten en herramientas de justicia epistémica que trascienden el liberalismo jurídico.

Antonio Celso Baeta Minhoto, en su artículo intitulado *“Lava-jato, corrupção e governança: impeachments e crise democrática no Brasil”*, revisita la democracia brasileña desde la perspectiva de sus rupturas históricas. Su análisis del impeachment como síntoma

de una democracia claudicante convoca a la academia a asumir un compromiso real con la reconstrucción democrática.

El tema “*Prisión y otras medidas cautelares personales contra candidatos en vísperas de las elecciones en Brasil*”, abordado por el jurista brasileño Adriano Sant’Ana Pedra, plantea la inmunidad electoral como garantía de equidad democrática. Su defensa de la proporcionalidad judicial en tiempos electorales revela la tensión entre legalidad y legitimidad en la protección de los derechos políticos.

En coautoría Felipe Kirchner y Fernanda Nunes Barbosa abordan el “*Acesso à justiça por consumidores hipossuficientes e hipervulneráveis no brasil: desafios e possíveis soluções*”. Su propuesta de redes colaborativas, educación jurídica comunitaria y fortalecimiento de la Defensoría Pública es una apuesta por una justicia sensible a las desigualdades estructurales.

María Macarita Elizondo Gasperín, aborda “*La prueba electrónica en México*”, donde despliega una cartografía técnica y ética de la prueba electrónica en México. Su llamado a la alfabetización digital y a la regulación responsable de la inteligencia artificial en procesos judiciales anticipa los desafíos de la justicia del siglo XXI.

En el artículo “*Del monopolio estatal a la Desjudicialización de la ejecución civil*”, escrito por Augusto Tanger Jardim, Guilherme Tanger Jardim y Handel Martins Dias, cuestionan el monopolio estatal de la ejecución civil. Su análisis de la desjudicialización como fenómeno normativo y político revela las tensiones entre eficiencia procesal y garantías fundamentales, proponiendo una reforma que no sacrifique derechos en nombre de la celeridad.

Carlos Ernesto Arcudia Hernández, Sara Berenice Orta Flores y Blanca Torres Espinosa nos hablan de “*La regulación de la comercialización y exportación de bioinsumos agrícolas y la producción orgánica en México*”, donde reflexionan sobre la regulación de bioinsumos agrícolas y producción orgánica en

México. Su propuesta legislativa y reglamentaria articula salud pública, sustentabilidad y soberanía alimentaria.

“Justicia digital en el Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares” escrito por Paola Jackeline Ontiveros Vázquez, aborda la justicia digital como manifestación de los derechos humanos de cuarta generación. Su análisis articula los desafíos normativos, tecnológicos y éticos de la digitalización judicial, subrayando la urgencia de una alfabetización digital transversal y de protocolos que garanticen la equidad, la transparencia y la no discriminación en el acceso a la justicia en entornos virtuales.

Dirceu Pereira Siqueira, aborda la *“Discriminação algorítmica: inteligência artificial, vieses humanos e algorítmicos e a proteção constitucional dos direitos da personalidade”*, analiza la discriminación algorítmica como fenómeno jurídico emergente, donde los sesgos humanos y algorítmicos se entrelazan para reproducir exclusiones en entornos digitales. Propone una arquitectura garantista que reconozca la dignidad humana frente a los sistemas automatizados, exigiendo transparencia, control democrático y reparación frente a los daños algorítmicos.

Desde Argentina Javier Indalecio desarrolla el tema *“La problemática de los buscadores de internet, responsabilidad y libertad de expresión”*, en el cual examina la problemática de los buscadores de internet, la responsabilidad de los intermediarios digitales y los límites de la libertad de expresión. Su análisis revela las tensiones entre el derecho al olvido, la reputación digital y el acceso a la información, proponiendo una regulación que armonice derechos fundamentales en el entorno virtual sin caer en censura ni impunidad tecnológica.

Hugo Carrasco Soulé, *“Reflexiones sobre el juicio ordinario oral civil y el sistema de audiencias bajo el código nacional de procedimientos civiles y familiares de México”*. Su análisis revela las tensiones entre oralidad, inmediación y racionalidad procesal, proponiendo una arquitectura judicial que garantice el debido proceso sin sacrificar la eficiencia.

Prólogo

Para finalizar, Rosa María Díaz López en su análisis de la “*Crisis judicial y acceso a la justicia: los mecanismos alternativos como herramientas de transformación*”, plantea una justicia más cercana, restaurativa y sensible a las realidades sociales que el modelo adversarial ha ignorado sistemáticamente.

Esta obra no busca consensos fáciles. Sino transformación, es una obra para pensar el derecho, pero sobre para actuarlo. Cada autor, desde su trinchera teórica y territorial, aporta un paradigma para la humanización del derecho. Juntos, configuran un mapa de posibilidades, donde la dignidad deja de ser una abstracción y se convierte en horizonte normativo, político y simbólico.

Más allá de su valor teórico y testimonial, esta obra aporta a la comunidad jurídica latinoamericana una arquitectura metodológica y crítica para repensar el derecho desde sus nuevos márgenes. Ofrece herramientas concretas para la formación jurídica con enfoque humanista, criterios interpretativos para el control de convencionalidad, propuestas normativas para la justicia digital y el acceso equitativo, y modelos de articulación intercultural en contextos plurinacionales.

Al reunir diagnósticos, clasificaciones, reformas y praxis judiciales, el volumen se convierte en un insumo indispensable para jueces, docentes, litigantes, defensores públicos y reformadores institucionales que buscan transformar el derecho en una práctica garantista, situada y dignificante.

No es solo una obra para estudiar: es una obra para actuar.

Dr. Alfonso Jaime Martínez Lazcano
Presidente del Colegio de Doctores en
Ciencias Jurídica de Iberoamérica
México, noviembre, 2025.

CAPÍTULO I

CRISIS ESTRUCTURAL DEL DERECHO LATINOAMERICANO Y SUS PARADIGMAS DE TRANSFORMACIÓN

LA CRISIS DEL DERECHO LATINOAMERICANO, HACIA UN EQUILIBRIO CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL

PABLO DARÍO VILLALBA BERNIÉ*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La crisis del derecho latinoamericano.* III. *Incidencia evolutiva.* IV. *Las razones de la decadencia.* V. *Marcos constitucionales disímiles.* VI. *Injerencia convencional.* VII. *Propiciando nuevos paradigmas.* VIII. *Conclusiones.* IX. *Referencias bibliográficas.*

* Doctor en Ciencias Jurídicas, Prof. de Derecho Procesal Civil y Derecho Procesal Constitucional de la Facultad de Ciencias Jurídicas en la Universidad Católica, Campus Itapúa, Encarnación, Paraguay; Director y Profesor de Posgrado nacional y en el exterior en especializaciones, maestrías y doctorados; Profesor de la Escuela Judicial; Presidente de la Asociación Paraguaya de Derecho Procesal Constitucional (APDPC); Vicepresidente General de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional (AMJC); Vicepresidente del Colegio de Doctores en Ciencias Jurídicas de Iberoamérica (CDCJI); Secretario General del Colegio de Abogados Procesalistas Latinoamericanos (CAPL); Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal (IIDP); Miembro del Instituto Paraguayo de Derecho Procesal (IPDP); Miembro del Instituto Paraguayo de Derecho Constitucional (IPDC); Investigador del CONACYT Paraguay (nivel candidato) actualmente postulado al SISNI; Miembro de la Red Interamericana sobre Derechos Fundamentales y Democracia RED-IDD; Conferencista internacional, autor de una docena de libros y artículos especializados e indexados. ORCID: <https://orcid.org/0009-0005-5142-4801>. Contacto: villalbabernie@gmail.com

I. INTRODUCCIÓN

Auscultar sobre la ciencia jurídica y en especial de la justicia constitucional del sub-continente latinoamericano no resulta fácil, por la ausencia de similitud de los variados modelos que surgen en defensa de los derechos fundamentales, como también por la disparidad relacionada en los repertorios constitucionales y procesales regulados de cada país. A tenor de la gran diversidad constitucional cuando la idea es describir los desafíos como sus justificativos teóricos, conllevan a repensar el permanente estado de involución o, incluso, de carencia de eficacia, independientemente del modelo de litigación adoptado por cada sociedad.

Diseños donde se perciben agudas complejidades, motivos de fuste que avalan la imperiosidad de un mejoramiento de los métodos de juzgamiento. Mecanismos de protección caracterizados por anormalidades, las que se hallan habitualmente diseminadas en la mayoría de los sistemas jurídicos imperantes.

Con frecuencia se exterioriza que el escenario de protección no funciona como debe ser, brindando respuestas a una sociedad necesitada del correcto servicio de justicia. Ante lo cual, se hace necesario iniciar la observación de los motivos y las razones profundas del estancamiento, dando vueltas en rededor de la idea nuclear que exhibe una ciencia jurídica que en algunos aspectos ha involucionado, en otros, se exterioriza inerte sin desplegar los movimientos precisos hacia una mutación.

Se observa que los derechos humanos y los derechos fundamentales son insuficientemente amparados, legislaciones en las que se advierten más desvaríos que aciertos, instalándose en la órbita de la cultura jurídica una idea pesimista, pero que en el fondo representan a idénticos arbotantes de negación proteccionista.

Estas circunstancias justifican el abordaje de la investigación con una perspectiva genérica, intentando demostrar que, si bien retoña como un dilema jurídico-procesal constitucional, se traslada a un campo más complejo y agudo, conllevando a un verdadero enigma

cultural, respondiendo a una cosmovisión distintiva sobre como visualizar al mundo jurídico.

Justificar que las condicionantes repercuten sobre la ciencia jurídica en general, por cuanto el análisis filosófico teórico marca pautas al conglomerado legal, al punto de constituir opciones ideológicas que irradian efectos sobre el orden jurídico.

Impone condiciones a la ciencia jurídica que deberá ajustar sus cánones rectores a los postulados teóricos esenciales que rigen a la juridicidad. Desde este punto de vista, conlleva un posicionamiento axiológico con valores y de connotación epistemológica hacia la concreción de verdad dentro del orden legal, irradiando efectos al conglomerado legal de menor jerarquía. Demanda también, sentar postura por Constituciones abiertas, admitiendo al bloque de constitucionalidad y la tutela jurídica efectiva.

Basta recordar, que tanto la Constitución como la Convención Americana de Derechos Humanos son parte integrante de un todo, que comienza con el marco constitucional y continua con los pilares signados con la moldura supranacional, donde los derechos humanos cumplen un rol trascendente cuya concreción de tutela tiene que cimentarse.

Mimetizados en los aspectos descriptos, encuentra un clima tórrido para su solidificación definitiva como si vagara por suelos pantanosos sin poder alcanzar la aurora anunciada. No obstante, la búsqueda incesante prosigue, pues las ideas que hoy parecen una utopía, ya no lo son tanto.

Romper la idea del derecho encerrado en sus fronteras superficiales, planteando un repensar de los postulados tradicionales. Comprender al derecho más allá del derecho positivo, integrado interdisciplinariamente con otros conocimientos sociales (antropología, sociología, historia, filosofía, informática).

Recomendando la formación de un jurista que evite estar ocupado exclusivamente del derecho.¹

Razonar hasta el cansancio que debe abandonarse aquella idea de desconexión de lo jurídico hacia la filosofía jurídica. Hacia allí debe volcarse el diseño educativo, caso contrario, se seguirá con más de lo mismo con todas sus inseguridades e infortunios.

II. LA CRISIS DEL DERECHO LATINOAMERICANO

El sistema jurídico latinoamericano se registra en crisis, donde el primer eslabón de esta deficiencia operativa obra en la falta de comprensión de la incidencia externa sobre el orden jurídico interno, trasladada a los campos educativos donde las facultades de derecho prosiguen con una fenomenología de enseñanza caracterizada por la inercia, limitándose a la norma, de escasa recurrencia hacia los ámbitos filosóficos, teóricos, éticos y convencionales donde prima la ley y la solución de los conflictos a como dé lugar.

Esto conlleva a un desprestigio llamativo de lo judicial, que se evidencia en las oprobiosas críticas al Poder Judicial.

El mundo es dinámico, en consecuencia, el derecho también, ante lo cual surge la cuestión sobre ¿cómo es que la ciencia jurídica no se ha acomodado a estos tiempos de cambio? Una respuesta sería el conservadurismo de nuestra sociedad; otra, la falta de visión de los gestores de la mutación (no se puede cambiar, cuando no se sabe cómo hacerlo); incide ulteriormente, la carencia de políticas públicas adecuadas, proyectando una cosmovisión que propician la displicencia y el quietismo.

Lo cierto es que la crisis se agudiza cada vez más, un derecho donde no se filosofa, no dando trascendencia ni a lo constitucional

¹ BARLOCCI MARIÑO, Ignacio, “La enseñanza del derecho en clave de interdisciplina: Análisis del plan de estudio vigente de la carrera de Abogacía en la Universidad de la República de Uruguay”, *Revista Pedagogía Universitaria y Didáctica del Derecho*, 2023, no. 2, vol. 10, p. 128. <https://tinyurl.com/4vxrf6sw>

ni a lo convencional consistiendo en una ciencia que pierde el sentido del ser, la lucha por la vida parte de una ideología, tratando de explicitar la certeza de los casos, augurando un derecho de espaldas a la verdad en un diseño en crisis, por sus dudas y cautelas.

Rescatar la visión humanista, donde la jerarquía de la norma está dada por la mejor tutela, no por las famosas pirámides jurídicas,² lo que denota un cambio conceptual de fuste. Los derechos humanos por encima de la literalidad normativa.

Se constatan situaciones desalentadoras, donde reina la superficialidad, la carencia de profundización, no inclinación hacia la investigación, que a la vez es poco incentivada,³ lo cual repercute negativamente.

III. INCIDENCIA EVOLUTIVA

A efectos de comprender la situación exteriorizada en la ciencia jurídica, invita a dar un repaso por los distintos niveles doctrinarios que han fluido de las teorizaciones históricas realizadas sobre la juridicidad.

Luego de la triunfante Revolución Francesa, se expande en Europa un modo peculiar de avistar el derecho, que por aquel entonces era el paradigma imperante como una conquista reveladora de las necesidades de la época. Podría certificarse que respondió a una visión dogmática, exegética, legalista e *ius* positivista del derecho, que con Kelsen alcanza un normativismo intenso, propia de la cultura decimonónica. El derecho estaba representado por la “norma”, a la que se atribuían determinados efectos de acuerdo a

² VIGO, R. L., *La interpretación (argumentación) jurídica en el Estado de Derecho Constitucional*, Editorial Tirant lo Blanch, México, 2017, p. 48.

³ PEZO JIMENEZ, O., ALCA GÓMEZ, A. & FURA PONGO, D. R., “Análisis comparativo de la producción científica jurídica de revistas indexadas en *Scopus* de Latinoamérica”, *Revista de Educación y Derecho*, 2023, no. 28, p. 14. <https://doi.org/10.1344/REYD2023.28.42976>.

cada legislación. Era la vigencia de la ley que imperaba, respondiendo al adagio “*dura lex sed lex*”, por más dura e injusta que sea, era la Ley la que se aplicaba, los principios se toleraban, pero solo aquellos positivizados, de no estar en conflicto con la norma.⁴

Se extendió esta visión hasta la finalización de la Segunda Guerra Mundial, donde a consecuencia de los juicios de Núremberg de 1946, comienza a discutirse sobre la validez de la ley cuando está en contra del derecho. Conforme el régimen jurídico del nazismo las conductas ilícitas de sus personeros estaban avaladas por leyes vigentes y válidas, por lo que se podría haber caído ante la imposibilidad de juzgar a los que cometieron crímenes de *lesa* humanidad. Avalando el absurdo de no poder juzgar a aquellos que habían cumplido la ley válida por aquel entonces, propia de un *ius positivismo* a ultranza. Claro que estas leyes no eran justas, siendo absolutamente injustas e ilegítimas.

Es así que, utilizando la fórmula de Radbruch, bajo el rótulo de ser violatoria de principios del derecho natural y violatorios de los derechos humanos, fue cuestionada su juridicidad positiva debido a su abierta inmoralidad y carencia de racionalidad, al extremo de considerarlas como inexistente *ab-intio* dada su irregularidad inexcusable. Una injusticia mayúscula, aunque sea legal no puede constituir derecho. Desde ese entonces comienza un lento derrotero, que hoy día impone el deber de aceptar la vigencia del derecho por sobre la ley.

La concepción fue evolucionando hacia un nuevo escenario donde prestar atención inusual a los principios jurídicos, que, al decir de Alexi, constituyen mandatos de optimización hacia el orden jurídico,⁵ en tanto mandan a sostener la mejor conducta posible según las posibilidades que puedan justificarse, que incluso, en caso de tensión lleguen a prevalecer por sobre las normas.

⁴ VIGO, R. L., *Constitucionalización y judicialización del derecho*, Editorial Ibáñez, Bogotá, 2012, p. 48.

⁵ ALEXI, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 86.

Estas ideas se trasladan a Latinoamérica con los casos resueltos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos dejando sin efecto las leyes de amnistía que en las épocas anteriores de dictaduras militares se habían legislado, dando preeminencia al derecho por sobre la Ley. Luego de largas y cruentas dictaduras militares se habían suscripto leyes de perdón o de amnistías para aquellos que cometieron delitos de *lesa* humanidad, a consecuencia de gran accionar de las comisiones de verdad, se logra desbaratar las leyes de amnistía o punto final, porque transgredían al *ius cogens* afrentando al derecho a la verdad y a la justicia.⁶

El portento de legalidad construido sobre principios marca el sendero a seguir, el derecho por sobre la vigencia de la ley o norma en sentido abstracto. Propiciando un derecho de tutela de las garantías fundamentales básicas, naturales de la persona humana sobre todo del ámbito constitucional vía protección de los derechos fundamentales, que ni la propia ley vigente puede soslayar, como so pretexto de una tutela de los derechos humanos por vía convencional.

IV. LAS RAZONES DE LA DECADENCIA

1. Deficiencia filosófica

En este preludio el eje conector pasa por desenmarañar la gran confusión de filosofía jurídica en que incurre la ciencia jurídica latinoamericana, con irradiación de efectos sobre la justicia constitucional, que tendrá que ser clarificada con el objetivo de avanzar.

Una visión de sometimiento al yugo codificado, que no condice con la visión de los derechos humanos, que precisa de superación

⁶ Corte IDH, *La Cantuta vs Perú*. Sentencia 29 de noviembre de 2006, párr. 28/31; también, en caso *Gómez Lund (Guerrilla do Araguaia) vs Brasil*. Sentencia 24 de noviembre 2010, párr. 147; *idem*, *Caso Masacre del Mozote y Lugares Aledaños vs El Salvador*. Sentencia 25 de octubre de 2012, párr. 283.

para generar un avance cualitativo, de lo contrario se proseguirá con posicionamientos asistémicos de difícil comprensión.

En una vereda, la ciencia jurídica anclada en el positivismo; en cambio, los nuevos arbotantes de derechos humanos y convencionalidad atrincherados en teorías cuanto menos no positivistas. Una auténtica crisis *ius* filosófica, una verdadera contradicción que precisa ser analizada a profundidad.

Corresponde clarificar los posicionamientos teóricos, de otra manera los inconvenientes plantearán la encrucijada de disímiles visiones, por la sencilla circunstancia de provenir de senderos filosóficos diferentes. La realidad esboza una mezcla de criterios e institutos, que en gran medida tienen otro recuento jurídico a los requeridos para el constitucionalismo contemporáneo, que sin vueltas se encuentra atrincherado en visiones de teorías no positivistas, asentando un avance cualitativo.

En este tiempo el norte de la ciencia jurídica es la protección de la persona humana, e incluso de la naturaleza, partiendo de esta premisa básica el objetivo de los ámbitos constitucional y convencional son más abarcativos y no presos de las limitantes propias de los contornos antiguos y de visiones tradicionales, donde el legalismo imperante apremia haciendo que no pueda apartarse de la literalidad de la norma. Los postulados del presente indican la viabilización de un escenario jurídico basado en principios, elevando la protección hacia la persona humana en su máxima expresión.

Uno de los principales problemas en que estuvo envuelta endémicamente la academia latinoamericana, consiste en la falta de compromiso con el estudio del marco filosófico que rodea a la ciencia del derecho. Resulta hasta absurdo que la enseñanza del derecho no tenga un norte filosófico, que discurre como esencial.

En las aulas universitarias se transmiten conocimiento sin la suficiente contracción a las leyes del pensamiento humano, como no dando trascendencia a la filosofía jurídica, base de todo ordenamiento legal. La instrucción redujo al fenómeno jurídico a un

papel secundario, de memorización de las reglas contenidas en las leyes y en los códigos, dando preponderancia a la legalidad,⁷ un proceso cognoscitivo que privilegiaba al formalismo, con una creencia acrítica, en ámbitos de rigidez y jerarquización de las normas, haciendo creer que así se formulaba ciencia.

Se arriba al momento de reflexionar sobre estas debilidades, con el fin de construir un modelo teórico adecuado a cada localismo. Quizás a consecuencia de no haber comprendido esta situación, es que yace tan retrasado el ámbito jurídico por estos lares. Aun así, se avizora una luz, que desde nuestro punto de vista constituye el control de convencionalidad al cual deberá dársele un sustento *ius* filosófico adecuado para concebir una irrupción acorde con las necesidades latinoamericanas.

La consecuencia lógica de la falta de relevancia otorgada a la filosofía encaminó a que el sub-continente latinoamericano se viera sumido en un mar de confusiones teóricas, por la gran diferencia y deficiencia de los marcos doctrinarios de pensamientos copiados de modelos foráneos;⁸ consecuentemente, no se ha tomado conciencia de dicha calamitosa situación.

América Latina parece ser uno de los sitios *ius* filosóficos menos interesantes siendo considerado un mero apéndice del pensamiento jurídico europeo.⁹ Los pensadores de este sub-continente se han preocupado más en defender la posición teórica de los juristas europeos, que apuntalar la idea de transformar y ajustar a los cánones prioritarios de los sistemas legales donde se tendrían que instalar.

⁷ LISTA, Carlos Alberto, “La Educación Jurídica en Argentina: una revisión crítica”, *Revista Pedagogía Universitaria y didáctica del derecho*, 2022, no. 1, vol. 9, p. 12. <https://tinyurl.com/2fcffvdr>

⁸ LÓPEZ MEDINA, D. E., *Teoría Impura del Derecho: la transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Editorial Legis S.A., 4º Reimpresión, Bogotá, 2008, p. 12.

⁹ KAUFMANN, A., *La filosofía del derecho en la posmodernidad*, Editorial Temis, Bogotá, 1992, p. 22.

2. Ámbito legal colonizado

Al compás de los postulados del *civil law*, se desarrolló un sistema de fuentes rígidas que no permitió vuelo alguno a los jueces, como obligándoles a no salir del esquema propiciado, anclado en lo codificado.

Fue lógico que a partir de estos postulados avanzara la exégesis, luego el positivismo normativista, como no dando relevancia a todo aquello que no estuviera reglado en la norma generando una gran estrechez interpretativa. Porque al juez, se le enclaustró en el reinado de la ley del cual no podía apartarse. Visualizando a la ley como fuente primaria e integral del derecho.

Conllevó a que fuera proyectada una grandilocuencia legal que no transigió la dinamicidad del derecho, en especial que no fuera la derivada de la ley como fuente principal, generando un apego irrestricto a las normas jurídicas. Hasta podría afirmarse que constituyó una imposición más que una regulación, olvidando las interpretaciones que con matices diversos se producen de la realidad, pregonando a una ciencia jurídica estática e inerte.

Surgen así los cuestionamientos a tenor de los cuales debe responder al clasicismo jurídico: ¿Está todo el derecho en la norma jurídica, o requiere de una amplitud de conceptos? ¿La versatilidad de la realidad social impone la variación del sistema?

No cabe dudas que el derecho del Siglo XVIII tenía sus razones sociales, históricas y políticas; ahora bien ¿las razones de aquellos tiempos pueden proseguir siendo aplicadas siglos después, específicamente en este milenio? creemos que no, porque se ha comprendido que el derecho está más allá de la ley, sea en la jurisprudencia o en el marco teórico utilizado, desbordando al formalismo de antaño. Se avizora que el normativismo legalista comienza a mudar sus contornos en la coyuntura contemporánea.

Léase, que en los países de este continente se han respondido a las necesidades con otras legislaciones no acomodadas a sus carestías, referenciando a otras prioridades, de hondura

européizante, cayendo en síntomas de aculturización e inadecuación a su idiosincrasia. Forjando un ámbito académico rebosante de verdades mitológicas de dudosa procedencia, falsas y engañosas que no dan las respuestas requeridas por la sociedad.

Ya la ley no está por encima de los principios y valores, sino que ha variado su sistematización, pudiendo ser fuente principal o accesorio, dependiendo de la casuística presentada. Se rompe con la tradición que enseñaba que el proceso se restringe a la interpretación de la ley por el juez, porque esta englobaría la completitud frente a las situaciones sociales conflictivas,¹⁰ encumbrando a un juez técnico limitado a la aplicación del derecho procesal.

Comienza a trascender la jurisprudencia, justamente porque las fuentes ya no se encuentran exclusivamente en la ley y en la Constitución, sino en las respuestas dadas por los jueces mayormente de los procesos constitucionales como convencionales. Como derivada de la jurisprudencia, también adquiere importancia la doctrina jurídica esbozada en el caso concreto.

Fue concebida una matriz jurídica europea, burguesa, individualista y liberal,¹¹ en una construcción eurocéntrica, no adaptada a la realidad latinoamericana.

Se proyecta así la gran repercusión de los derechos humanos que a través de la doctrina del control de convencionalidad marca una estela a seguir para los órdenes domésticos.

¹⁰ RAMÍREZ CARBAJAL, D., “Contornos del derecho procesal contemporáneo: luces desde la obra de Michele Taruffo”, *Revista Academia & Derecho*, 2013, no. 7, vol. 4, p. 174.

¹¹ LOCATELLI SANTOS, Juliano, “El pensamiento decolonial como clave epistémica necesaria para la reconstrucción de los derechos humanos en (y para) Latinoamérica”, *Revista Opinión Jurídica*, 2022, no. 44, vol. 21, p. 399. <https://tinyurl.com/5fhjtavp>

3. Inexistencia de justicia constitucional

Una cuestión que merece ser clarificada correctamente, discurre en asentar que, tanto en el Siglo XVIII como en el XIX, la justicia constitucional era inexistente, pues ciertamente tanto la Constitución Francesa como la norteamericana no tuvieron como objetivo el fin de cimentarla desde una perspectiva jurisdiccional.

En ningún momento se tuvo la idea de la creación siquiera de algo similar a la justicia constitucional como tal, aun cuando pueda reconocerse que el control de constitucionalidad se afina a consecuencia de la Constitución norteamericana; asimismo, resulta indudable que la Francia revolucionaria no tuvo como fin propiciar un control constitucional, al contrario, se favoreció la omnipotencia de la ley y la prohibición de cualquier mecanismo de control jurisdiccional, basta recordar aquello del juez boca de la ley, sin capacidad interpretativa.

Aseverar incluso, que para la Francia Revolucionaria la Constitución consistía en una mera declaración de derechos, sin interés alguno que los Tribunales invoquen dichos principios intangibles, siendo más bien una declamación filosófica que una institucionalidad jurídica.

Aun cuando los norteamericanos han apostado que su Declaración de Derechos sea invocada en tribunales, al contrario de la francesa, no fue concebida para crear un ámbito constitucional, sino su aplicabilidad directa en el entorno forense como base para un debido proceso, más bien se encontraba pergeñada para amparar derechos individuales.

Lo que conlleva reconocer que, a partir del Tribunal Constitucional Austriaco de 1920, comienza el derrotero de un marco de justicia constitucional, que poco a poco se va concretando con el tiempo, afincándose más vehementemente luego de la Segunda Guerra Mundial.

Certificar que la Revolución Norteamericana bregó apuntando que la Constitución tenga vida y custodia por medio del Poder

Judicial; en la Revolución Francesa, la Constitución representaba al pueblo soberano protegida por los legisladores, mediante el Parlamento Francés; en cambio, el Tribunal Constitucional Austriaco evitó que sea el Poder Judicial quien custodie la Constitución, instaurando un órgano extrapoder independiente a todos los poderes del Estado. Deviene así que recién a partir de la posguerra se comienza a cimentar una Justicia Constitucional jurisdiccional controlada e impartida por el Poder Judicial, que paulatinamente fue evolucionando hasta el presente.

Ningún movimiento constitucional de los citados tuvo como norte generar un control de constitucionalidad, al contrario, se propició la omnipresencia de la ley y la prohibición de construir cualquier mecanismo de control jurisdiccional, lo que incidió en el escaso desarrollo constitucional, como consecuencia un desconocimiento de los embates convencionales de la actualidad.

4. Exigüidad de respuestas propias

Los pasos seguidos por el constitucionalismo latinoamericano en este proceso evolutivo, recién se advierten al finalizar la década de los 80, luego de la caída de los regímenes militares dictatoriales que proliferaron por el continente.

Fue una alternancia a los postulados de liberalismo constitucional puros y clásicos, que vinieron a colapsar con las nuevas ideas de constitucionalismo social, como una alternativa a tantas deplorables actitudes dictatoriales, con el agregado del componente democrático.

Se intentaba rescatar la tutela de los individuos como punto de partida, un volver a redimir al hombre como esencia de la protección, circunstancia de origen que se había perdido en el sendero evolutivo, donde lo primordial era el control del poder público.

Optando la mayoría de los países por soluciones de constitucionalismo social, bregando por un Estado social de

derecho, pero sin que esta idea se haya encarnado en la cultura de los pueblos latinoamericanos. Conllevó a que, si bien la apuesta constitucional era innovadora, en la praxis todo quedó igual, aunque corresponda reconocer que con amplias libertades públicas (hecho notorio en las sociedades del sub-continente, de los años 90 en adelante).

Ocurrió que el liberalismo constitucional propicio un cúmulo de desigualdades, como el apuntalamiento de las situaciones de privilegio y divergencias. Estas situaciones anormales se intentaron corregir con una suerte de constitucionalismo social, con la variable que debía desarrollarse en un espacio social democrático.

La reacción constitucional se pudo visualizar con notoriedad a partir de la nueva constitución del Brasil de 1988, que opta por el Estado social de derecho, visión proseguida con fuerza por Colombia (1991), Paraguay (1992), Perú (1993), Argentina (1994). Se trasladó luego al nuevo milenio, donde se generaron transformaciones de fuste como la Constitución de Ecuador (2008), luego Bolivia (2009) ambas verdaderamente innovadoras; República Dominicana (2010); y más recientemente la fracasada reforma Constitucional de Chile (2022), que de haber sido aprobada la convertiría en la primera constitución ecológica del mundo.

Los embates transformacionales son acuciantes, como igualmente trascienden los movimientos de cambio, no obstante, habrá que esperar lo que depara el desarrollo para indicar si versa sobre un movimiento consolidado de constitucionalismo latinoamericano u otro de los intentos que han fracasado por carencia de pilar teórico. De lo que no cabe dudas es que evidencia una sutileza transformacional profunda, donde solo el tiempo permitirá indicar si fue concretada y solidificada.

Justificando la afirmación de sostener que Latinoamérica no ha sido capaz de construir un modelo teórico propio adaptable a las condiciones de cada sociedad en particular, donde la mayoría de las legislaciones cuentan con sesgos diferenciales a los modelos que le sirvieron de base, como también la asimilación de constructos

jurídicos contradictorios; lo que es peor aún, no cuentan con las adaptaciones a sus particulares condiciones de vida.

Desde siempre se ha sustentado que las ciencias jurídicas latinoamericanas han sido una derivación de los modelos y sistemas europeos, una especie de colonización intelectual (neocolonialismo jurídico), donde el mayor mérito de la mayoría de los *ius* filósofos era describir las teorías que se esgrimían en el Viejo Continente.

La problemática teórica ha acarreado innumerables inconvenientes e incomprendiones, haciendo que los análisis jurídicos se efectúen de manera superficial, aplicando sistemas legales pensados para otras comunidades.

5. Discordancia en el control de constitucionalidad

La aurora de una coyuntura de sistema de supremacía constitucional tiene efectos sobre la idea del control de constitucionalidad, instituto vital para consolidar derechos fundamentales y derechos humanos, por cuanto a partir de sus condicionales permitirá el desarrollo efectivo de la jurisdicción constitucional.

Por vía del control de constitucionalidad se hace efectivo el principio de Supremacía Constitucional, lo que denota constituir un punto de partida para idealizar si se trata de un control concentrado o difuso, o ambos a la vez. Más allá de las diferencias sustanciales, el objeto es salvaguardar la vigencia de la Constitución.

Un sistema jurídico determinado estará soportado en una normativa matriz del cual fluyen los demás derechos, cual es la Constitución Nacional. Bajo este prisma deviene certera la afirmación que a partir de ella se generan los demás derechos, conllevando la necesidad de una compatibilización de toda norma inferior al texto constitucional. De modo que un primer control es el de constitucionalidad, habida cuenta que de transgredir sus axiomas y fundamentos la solución sería inconstitucional.

Una primera aproximación indica que la mayoría de la doctrina asiente al control de constitucionalidad como un modelo concentrado, que fue asentada con disquisiciones e irregularidades.

Surge una gran confusión sobre los modelos de control de constitucionalidad, por cuanto en Latinoamérica se han asimilado modelos jurisdiccionales concentrados y difusos, e incluso donde la mayoría de los países optaron por un sistema atípico una tercera opción mixta, mezcla de ambas variables (circunstancia advertida en la Constitución Paraguaya, por efectos del art. 247).

A pesar de dicha asistematicidad, en el desconcierto ha surgido un sistema mixto, multimodal o híbrido a ser comprendido, por cuanto lo paradójico es que la realidad social latinoamericana justifica esta coexistencia de características disímiles, pues a partir de las diferencias transigen converger en un nuevo sistema que aún se evidencia en ciernes y que merece ser apuntalado.

La convivencia de elementos de ambos modelos le da singularidad, con el agregado de dicha opción modélica todavía resulta incomprensida, empero se ajusta a la realidad social de estos lares. Con seguridad resta un largo trecho por recorrer, pero aun sin tomar conciencia de ello, los síntomas sociales presentados en Latinoamérica han permitido el desarrollo de una congruencia modélica mezcla del control concentrado y el difuso de constitucionalidad. Corresponde aclarar, que la concepción multimodal emerge a consecuencia de que el control de constitucionalidad lo ejercen también los jueces inferiores

Recapitulando, de la amplitud normativa surgida de los marcos constitucionales en pos del mecanismo de control de constitucionalidad, no puede concluirse que el sistema latinoamericano se adscriba exclusivamente al control concentrado, como tampoco particularmente al difuso, porque de la diversidad textual emerge que ambos modelos son admitidos como formas de custodia constitucional. La mixtura de características de ambos modelos es propia de la mayoría de los países latinoamericanos, lleva a concluir que en puridad pertenece a un sistema intermedio

mixto o ecléctico con variados sesgos, tomados de una o de otra línea.

6. Exceso de límites codificados

En pleno siglo XXI ya no debería seguirse con postulados de limitar la ciencia jurídica a una suerte de devoción hacia las normas jurídicas, pues el presente obliga a que se piense sobre estos cimientos donde alentar la tutela de los derechos fundamentales (más allá que estén o no normativizados), relevancia de principios, de posicionamiento teórico, compromiso axiológico, relación entre moral y derecho, constitucionalización, convencionalidad, entre las ambiciones principales.

La ciencia jurídica no es solo normas vigentes, sino mucho más que eso, en consecuencia, debe abarcar las premisas que escapan de la literalidad normativa, que incluso constituyen los antecedentes para la formación y creación de las normas jurídicas.

El derecho no es solo ley positiva (a la que también engloba) consiste en mucho más que la observación del dogma invita secundariamente al análisis de la norma, pero ya no será el tema esencial. Certificar que la ley es parte del derecho, pero el derecho no es exclusivamente la ley, siendo un concepto mucho más abarcativo. Romper con el clasicismo legal que propiciaba un yugo reduccionista como un pragmatismo atroz en la forma de analizar el derecho que más parecía el estudio de Ley que su profundización.

Como lógica consecuencia de lo decimonónico y del legalismo, se consagró a la seguridad jurídica como el valor principal del plexo jurídico, propio de una visión burguesa y exegética del siglo XIX, que preveía un jurista encorsetado en el marco de legalidad, un sometimiento a los postulados legales.

El tiempo fue demostrando que las máximas de la Revolución Francesa han cambiado, haciendo un click en la época de posguerra mediante lo ocurrido con los Tribunales de Nüremberg, donde se pudo percibir con certeza que los presupuestos de seguridad jurídica

debían ceder ante la fuerza del valor justicia, de otra manera no se hubiera podido condenar a los que cometieran delitos de *lesa humanidad*¹² La quiebra del modelo queda al desnudo cuando se condena a los jerarcas nazis por “cumplir la ley y violar el derecho”,¹³ sobre la base que la “injusticia extrema no es derecho”.

La crisis de legitimidad había mudado, ya no era simplemente el “*dura lex sed lex*” el que debía aplicarse, sino que las respuestas vinieron por la supra valoración de la “Justicia”.¹⁴ En síntesis, la seguridad jurídica cediendo paso a la justicia. Conlleva evitar formar un relativista moral¹⁵ una suerte de descreído crónico, donde la justicia consiste en una mera abstracción sin portento práctico alguno, pareciendo más una metáfora que una realidad.

La ciencia jurídica y sus prolegómenos deben plantear seriamente las consideraciones axiológicas, por ser immanentes de su desarrollo científico, no es lo mismo enseñar derecho sobre bases de seguridad jurídica, que, sobre premisas de justicia, sus consecuencias serán distintivas y hasta opuestas en algunas hipótesis.

Definitivamente se deberán abandonar los comportamientos estancos, donde cada materia se halla sostenida por un cuerpo codificado, que parecería contener todas las respuestas para las problemáticas jurídicas presentadas. Traspolando por una visión de las ciencias jurídicas integradas entre todas las materias como interrelacionadas con otras ciencias afines.

¹² HUERTAS DÍAZ, Omar, MORALES CHINOME, Iván Ricardo, AMAYA SANDOVAL, Carolina, CRUZ TIBADUISA, Paula Andrea y ARÉVALO FONSECA, Sandra Johanna, “La responsabilidad penal de los industriales en los juicios posteriores de Núremberg y sus enseñanzas para el caso colombiano”, *Revista Novum Jus*, 2021, Edición especial, vol. 15, p. 71. <https://tinyurl.com/48ud38hw>

¹³ VIGO, R. L., *ob. cit.*, 2012, p. 314.

¹⁴ *Ídem* anterior, p. 30.

¹⁵ LISTA, Carlos Alberto, “La Educación Jurídica en Argentina: una revisión crítica”, *Revista Pedagogía Universitaria y didáctica del derecho*, 2022, no. 1, vol. 9, p. 27. <https://tinyurl.com/2fcffvdr>

7. Carencia de líneas teóricas

Desde una perspectiva global la visión decimonónica condiciona al diseño, siendo una sistematización de la ilustración que diagrama un espectro jurídico orientado a determinados valores y criterios científicos,¹⁶ produciendo en los países latinoamericanos una especie de colonización de ideas. En el ámbito jurídico, consistió en consagrar el modelo legalista, exegetico y positivista del siglo XIX, que proyectó sus efectos hasta nuestros días.¹⁷ Aspiraba la enseñanza de la ley o de la norma jurídica sin contaminación de otra índole, propia del resabio constatado primeramente en la exégesis francesa¹⁸ y luego sustentada en la Teoría Pura del Derecho sin una búsqueda de las impurezas que contagiaban a la norma jurídica.¹⁹ Apoyada sólidamente en el principio de seguridad jurídica, propia del Estado de derecho legal.

El devenir de esta conflictividad conlleva en haber asimilado modelos teóricos que aun de avanzada, debían ser acomodadas a la cosmovisión de estos lares, con una necesidad disímil al contexto donde se había generado la concepción primigenia. Esta adaptación generalmente no fue practicada, al contrario, fue desplegada tal cual provenía desde su origen, haciendo que la misma se exhiba inadecuada para esta región.

¹⁶ MELÉNDEZ-FERRER, Luis Enrique, “La Educación decimonónica como construcción de resistencias en profesoras”, *Revista Educación*, 2016, no. 2, vol. 40, pp. 112-138. <https://tinyurl.com/mpu28xjp>

¹⁷ CARRILLO DE LA ROSA, Yezid & CABALLERO HERNÁNDEZ, Joe, “Positivismo jurídico”, *Revista Prolegómenos*, 2021, no. 48, vol. 24, pp. 13–22. <https://tinyurl.com/5y48urn4>

¹⁸ Córora Nakamura, Luis Antonio & Arredondo Bartolo, José María, “Ciencia Jurídica y enseñanza del derecho. Primeros pasos hacia una concepción del derecho”, *Revista Misión Jurídica*, 2015, no. 8, vol. 8, p. 16. <https://tinyurl.com/2fdxtp9p>

¹⁹ VIGO, R. L., *La interpretación (argumentación) jurídica en el Estado de Derecho Constitucional*, Editorial Tirant lo Blanch, México, 2017, p. 156.

A modo referencial, como afirmaría Kunz, la iusfilosofía latinoamericana no es en ningún sentido de la palabra propiamente latinoamericana, deviniendo del pensamiento europeo. Así indicar, que un primer momento durante el periodo colonial perduró la filosofía escolástica; luego, al comienzo de las independencias, se afincó el Derecho Natural Francés del siglo XVIII, que apuntalara la Revolución Francesa; más adelante, se construyó toda la legislación soportada en la exégesis francesa, luego afianzada en un positivismo agnóstico (Spencer y Comte); para posteriormente proyectar la idea, de un positivismo normativo con Kelsen a la vanguardia a partir del Siglo XX, que con seguridad irradia efectos hasta este tiempo actual.

Aseverando, que la mayor influencia ha sido la kelseniana, situación aún insuperada por la doctrina latinoamericana. Aunque opera cierto, que en forma posterior se proyectaron otros modelos, como las basadas en la fenomenología (Husserl) y el existencialismo (Haidegger), más no prosperaron en el área jurídica, como sí lo hiciera la Teoría Pura del Derecho de Kelsen.

El muestrario evidencia una clara inclinación hacia las teorías europeas en el derecho latinoamericano, una especie de alienación y mimetismo con aquellas concepciones que no transigieron aflorar una teoría ajustada a sus urgencias indispensables.

En este aspecto hubo una gran diferencia con los Americanos del Norte, quienes también recibieron esta orientación teórica europea, pero mientras los estadounidenses profundizaron el modelo adaptando los proyectos endógenos a la cultura jurídica local, marcando diferencias; los países latinoamericanos representan la continuidad de las teorías europeas, de allí su gran debilidad.²⁰

La actualidad jurídica caracterizada por el dinamismo y el pluralismo global invitan a reflexionar seriamente con el objetivo de abandonar resabios teóricos, que hoy se encuentran umbilicalmente

²⁰ LÓPEZ MEDINA, D. E., *Teoría Impura del Derecho: la transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Editorial Legis S.A., 4º Reimpresión, Bogotá, 2008, p. 32.

relacionados con la axiología, la epistemología, los principios, derechos humanos, ecología, incorporación tecnológica, invitando a contener nuevos portentos, de lo contrario se proseguirá con una visión desacertada, comprimida sobre la base de códigos y del modelo exegetico,²¹ al cual cuesta tanto abandonar.

La evolución jurídica permitió la coexistencia de espacios legales superpuestos, que a su vez están interconectados, ligados e interrelacionados, bregando por la aplicabilidad de la norma más benéfica para la tutela de los derechos fundamentales, intentando explicar el fenómeno real desde una visión solidaria y cooperacionista, dejando de lado la concepción individualista de la ciencia jurídica,²² ubicada en un peldaño de control social. Lo decimonónico amparó el ideario de la ley científica y a la seguridad jurídica como enlace justificativo excluyente.²³

Al ámbito de la enseñanza del derecho le corresponderá comprender estas tribulaciones de superación, so pretexto que de intentar mudar sin avasallar la concepción decimonona, será como intentar nadar contra la corriente, porque se propiciarán nóveles idearios sobre arbotantes perimidos.

8. Afincados en el Estado de derecho

La mayoría de las legislaciones constitucionales latinoamericanas han realizado una apuesta con el fin de consolidar la noción del Estado social de derecho, que refleja como un nuevo

²¹ POLOTTO, R., “Hacia una nueva experiencia del derecho el debate en torno a la enseñanza práctica del Derecho en la Universidad de Buenos Aires a comienzos del siglo XX”, *Revista de Historia del Derecho*, 2006, no. 34. <https://tinyurl.com/4a5sxepa>

²² IANNELLO, P., “Pluralismo jurídico”, en FABRA ZAMORA, Jorge y NÚÑEZ VAQUERO, Álvaro (Coords.), *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, vol. I, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2015, p. 769.

²³ VIGO, R. L., *La interpretación (argumentación) jurídica en el Estado de Derecho Constitucional*, Editorial Tirant lo Blanch, México, 2017, p. 87.

reto a conquistar. Incita a dejar atrás la visión del Estado de derecho que tenía una clara raigambre liberal, burguesa y legalista, reemplazada por la doctrina del Estado social de derecho que tiene como fin rescatar la dignidad humana y un catálogo de principios que invitan a analizar lo jurídico desde una visión solidaria y cooperacionista. Un modelo pensado sobre la base de la socialización del mecanismo de litigación, superando al porte individual de antaño.

A partir de la concepción del Estado social de derecho implica una forma de litigación con ascendencia de lo social, donde todos los sujetos procesales confluyan para dirimir el conflicto llevado ante la jurisdicción, superando al interés de partes por una concepción donde también adquiere trascendencia el Estado por medio de los jueces.²⁴

Bosquejar como un nuevo reto, la agudeza de discernir que el punto de partida del análisis del Sistema Interamericano de Derechos Humanos no inicia en el viejo molde del liberalismo constitucional, sino del mandato internacional y constitucional sustentado en un Estado social de derecho.

La doctrina sostenedora que el Estado social no implica una ruptura con el Estado liberal de derecho, sino un intento de perfeccionarlo.²⁵ Así cuando se referencia a soberanía popular, exigencias de legitimidad jurídica y de límites al poder estatal, garantías de libertad individual y de igualdad, estos y otros postulados constituyen en la actualidad axiomas constitucionales irrenunciables, siendo componentes de un Estado social democrático constitucional.

²⁴ PABÓN GIRALDO, L., “El juez como gerente del proceso civil: reto en la nueva tendencia del derecho procesal contemporáneo”, en VELANDIA CANOSA, Eduardo (director), *Tendencias contemporáneas del Derecho Procesal*, Universidad Libre, Bogotá, 2017, p. 522.

²⁵ BERNAL PULIDO, C., *El neconstitucionalismo y la normatividad del derecho*, Departamento de publicaciones de la Universidad Externado, Bogotá, 2009, p. 246.

Las raíces embrionarias del Estado de derecho sustentado por el liberalismo constitucional no ponían a la dignidad del ser humano como una concepción de incumbencia del Estado,²⁶ a partir de la creencia que cuanto más libertad, igualdad y dignidad tenía el individuo, quedaba más inmune a la influencia del Estado, pudiendo libremente desarrollar su existencia sin opresión estatal.

El agua que ha corrido bajo el puente ha puesto de resalto que esta visión del liberalismo impuesta en las primeras décadas del Siglo XX era insuficiente para un desarrollo integral del individuo. Del fracaso de la corriente neoliberal, emerge la alternativa del Estado social, que obliga al Estado realizar determinadas prestaciones para una adecuada convivencia social.

El constitucionalismo contemporáneo latinoamericano ligado al respeto de los derechos humanos intenta visualizar la decadencia de constructos teóricos ya superados (cómo es el caso del neoliberalismo puro y el capitalismo extremo), pues el pensamiento humano se fue posicionando en ejes de equilibrio y armonía, en especial a la hora de establecer que es importante en el juego de valores, si propiciar el desarrollo de riqueza a cualquier precio o al contrario apostar por la preservación del planeta y la vida humana. Tan simple y complejo a la vez, porque el ser humano tiende a subvertir y justificar todos sus aciertos como sus desaciertos.

V. MARCOS CONSTITUCIONALES DISÍMILES

Resulta significativa la expansión que en el transcurso de los años ha desarrollado la jurisdicción constitucional, cuando en su origen se encontraba limitada a la estructuración del Estado, como meras declamaciones de derechos sin ejecutividad en la práctica, en especial, desde sus inicios hasta culminación de la Segunda Guerra Mundial (1945), desde aquel momento y de acuerdo a la necesidad social de la posguerra, se viene aduciendo con fundamento un modelo constitucional más abierto y dinámico.

²⁶ FERRAJOLI, Luigi, *Principia Iuris (Teoría del Derecho y la Democracia)*, Editorial Trotta, Madrid, 2011, p. 832.

A finales de la década del 40, la expansión constitucional conllevó que en algunos países europeos se trasformara el marco normativo de la ley fundamental, sin embargo, en Latinoamérica esto no ha ocurrido, que fue un terreno fecundo donde cala profundo la idea de Supremacía Constitucional propia de la experiencia americana del *common law*. Conllevaba la aplicabilidad directa de la tutela de los derechos fundamentales como principal axioma, custodiados por el Poder Judicial.

La mayoría de los países europeos comienzan a adaptar la idea de supremacía constitucional realizado por un Tribunal Constitucional, revisando el modelo austríaco de Kelsen, generando un tribunal concentrado de control de constitucionalidad, con la variante que dicho tribunal podía o no estar adentro del Poder Judicial (recordar que el austríaco estaba fuera del Poder Judicial). Esta onda expansiva se trasladó prácticamente a todos los países, al punto que solo Reino Unido, Holanda y Luxemburgo mantuvieron el sistema de supremacía parlamentaria, para en los últimos tiempos inclinarse hacia matices variados, otorgando potestades al Poder Judicial. Nótese que, hasta la propia Francia, una de las cunas del control político parlamentario de constitucionalidad, en los últimos tiempos ha otorgado mayores potestades al control judicial vía Poder Judicial.

Los sistemas puros fueron adecuándose a las distintas realidades constitucionales, esto comienza a ocurrir en Latinoamérica, donde se impone un sistema ecléctico o mixto, mezcla de ambos sistemas, europeos (concentrados) y americanos (difusos), generando variables atípicas con respecto a las ideas rectoras de ambos sistemas. La característica exteriorizada en los países latinoamericanos se proyectó hacia el control de constitucionalidad en manos de las Cortes Supremas de Justicia (en cambio los europeos crearon Tribunales Constitucionales),²⁷ pero sin

²⁷ Así ocurrió en Chipre (1960), Turquía (1961), Grecia (1975), España (1978), Portugal (1982), Bélgica (1984), como los países de Europa Oriental, Polonia (1986), Hungría (1990), Rusia (1991), República Checa (1992), Rumania (1992), República Eslovaca (1992), Eslovenia (1993). Se extendió a países africanos como Argelia (1989), Sudáfrica (1996) y Mozambique (2003).

abandonar el predicamento norteamericano del control constitucional difuso.

Las constituciones latinoamericanas, sufren los mismos embates antedichos, creándose una fórmula multimodal, ecléctica o mixta, que combina el sistema norteamericano con el europeo, permitiendo que determinados procesos constitucionales sean juzgados por jueces inferiores (amparo, acción de tutela o similar) y las declaraciones de inconstitucionalidad reservados para las Altas Cortes (más allá del *nomen iuris* otorgado y de su competencia).

Asumir un sistema híbrido, multimodal o ecléctico no conlleva una idea negativa, sino al contrario, el sistema constitucionalista latinoamericano se fue adecuando a las variables presentadas en el escenario occidental, apostando por un mayor margen para la protección de los derechos fundamentales. Lamentablemente el sistema multimodal no fue desarrollado convenientemente, al extremo que varios sectores de la doctrina constitucional aún siguen sosteniendo la vigencia de un control concentrado de constitucionalidad.

Haber asimilado esta onda expansiva de una jurisdicción constitucional dinámica no fue un hecho negativo, sino altamente positivo, lo ineficaz fue no haberlo encaminado ni comprendido adecuadamente, esto sí ha constituido un verdadero problema pues ha impedido la evolución del sistema jurídico y político (democracia).

VI. INJERENCIA CONVENCIONAL

Los últimos tiempos evidencian en gran medida un fortalecimiento cada vez mayor de los derechos humanos, invitando a reflexionar agudamente sobre este fenómeno, en especial, todo aquello que se contornea en derredor del “control de convencionalidad”, doctrina instaurada con el objeto dominante de posicionar a los derechos humanos en la cúspide del ámbito de protección.

El espectro jurídico moderno se descubre impedido de esquivar la visión convencional, buscando su complementación y concreción en cada legislación, de no hacerlo se exhibirá como un repertorio de litigación rezagado. Lo procesal desde la visión internacional, no es más que la operatividad de modelos judiciaarios propiciadores de una justicia para todos en forma igualitaria, pero no solo en el contexto interno de cada país, sino en el globalizado a nivel mundial.

Los derechos humanos han comenzado a trasponer las barreras impuestas por cada legislación interna, insertándose desde lo transnacional hacia lo nacional, generando una mutación cultural en los diversos países, al divisar como parte de lo suyo aquello que era pregonado desde fuera de sus fronteras, al fin de cuentas los derechos humanos pasaron a ser parte del derecho positivo interno de cada país.

Esa internacionalización de los derechos tiene la virtualidad de influir en forma directa en el ámbito jurídico, obligando a que las legislaciones adapten su normativa, asimilando las instituciones pregonadas desde lo supranacional.²⁸

Trátase de asegurar por vía procedimental la aplicación efectiva de los derechos humanos, propiciando un equilibrio entre los miembros de la sociedad democrática inmersos en un Estado Social de Derecho, armonizando las relaciones entre los poderes públicos y las vinculaciones con los particulares. Al decir de Pérez Luño, el *status activus processualis*²⁹ deviene en un factor clave para asegurar el ejercicio pleno de todas las libertades.

El desafío de este tiempo compromete la nacionalización de los derechos universales (derechos humanos) y su intromisión en el orden interno como la única vía eficaz para concretarlos, de allí que los orientadores procedimentales evocan un papel trascendental para la asimilación irreversible de los derechos reconocidos.

²⁸ Cfr. Corte IDH, *Caso Hilaire, Constantine y Benjamín y otros vs. Trinidad y Tobago*. Sentencia 21 de junio de 2002.

²⁹ PÉREZ LUÑO, A., *La tercera generación de derechos humanos*, Editorial Thompson- Aranzadi, Navarra, 2006, p. 37.

América Latina se muestra como el continente donde el control de convencionalidad ha adquirido un vuelo propio, desde nuestro particular punto de vista, a consecuencia de la carencia de marcos teóricos de referencia constitucional y procesal, una situación negativa (falta de *ius philosophia propria*), convertida en positiva a la luz de la teoría convencional.

El control de convencionalidad responde a doctrina de la Corte IDH, al manifestar que los juzgadores deben hacer un cotejo entre la norma convencional y la norma interna para verificar la conformidad de ésta con el tratado internacional, idéntica al control de constitucionalidad pero que concreta la aplicabilidad de la Convención Americana de Derechos Humanos, en cambio el control de constitucionalidad versa sobre el cumplimiento de la Constitución Nacional en el caso en concreto.

Actúa el control de convencionalidad sustituyendo a la Constitución como parámetro único de validez, en el tema puntual de los derechos humanos, colocándose en el grado superior de la escala jerárquica normativa de los sistemas constitucionales de la región.³⁰

Emerge como un mandato solidificado hacia el orden interno, obligando a los jueces y al Poder Judicial adecuen su accionar a los postulados de la Convención, materializando en los casos concretos las garantías fundamentales consagradas del ámbito internacional, en un control de convencionalidad difuso, exhortando a cumplir en todos los fueros y especialidades las regulaciones de protección previstas desde el sistema supranacional.

Al materializarse el control de convencionalidad, en puridad lo que se ejecuta es un solapado control de constitucionalidad, porque de seguro la protección provendrá certificada desde lo constitucional, partiendo de este primigenio control de la Carta

³⁰ SAGÜÉS, Néstor Pedro, “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”, *Revista Estudios constitucionales*, 2010, año 8, no. 1, p. 123.

Magna esclarecer la perspectiva de plasmar como derivado al control de convencionalidad.

Transige ineludible transitar por la prismática constitucional, aun cuando la norma internacional sea preferida en su aplicabilidad, o incluso cuando invita a dejar de lado o recomendar la declaración de inconstitucionalidad de la normativa constitucional, ya que fue a partir de esta última que el marco internacional tiene cabida en el orden doméstico.

La mayoría de los marcos constitucionales privilegian a la dignidad humana como principio rector, por lo que, si una norma internacional basada en el principio *pro homine* sea preferible por sobre un precepto constitucional, al privilegiar al mandato que mejor proteja al ser humano coopera en concretar la idea de dignidad humana contenida en el mismísimo marco constitucional.

El respeto a la Constitución se potencia, porque la convencionalidad a pesar de estar fuera de la normativa constitucional, se efectúa una valoración ponderando y privilegiando a un principio básico de humanización del derecho, también contenido en el cuerpo constitucional. Corresponde resaltar que la vigencia de la Convención se proyecta a partir del reconocimiento constitucional, la Carta Magna contendrá un aval para la viabilidad de los derechos humanos, otorgando mayor o igual rango constitucional a los mismos, aun a pesar de las disparidades y asimetrías versará sobre una proyección de contenido constitucional.

En este orden se produce primeramente, un quiebre en la supremacía normativa de la Constitución, o cuanto menos un debilitamiento no menor, ante la consolidación de los derechos humanos como factor de supremacía, concretado a través de la concepción del bloque de constitucionalidad, que no implica supresión de la predominancia constitucional, aunque sí un acomodamiento a bisonías condicionales de convivencia ancladas en la tutela de los derechos humanos, que en definitiva no son otra cosa que brindar una vital protección y consolidación a las garantías fundamentales.

1. Gran impacto de los derechos humanos

El quehacer jurídico se ha visto transformado en estos tiempos a consecuencia del dinamismo adquirido por el derecho que permanentemente plantea nuevos retos y problemas a resolver, en especial al postular la internacionalización de los derechos humanos, exhibiendo que variadas figuras son comunes a todos los diseños jurídicos.

En un rescate por la humanización del derecho, todo el sistema jurídico debe estar orientado en salvaguardar los derechos de las personas como tal, es la razón de ser y fin último del derecho, que no tendría razón de existencia sin la persona humana. Ni el Ejecutivo, ni el Parlamento, ni el Poder Judicial pueden dejar de lado estos axiomas primordiales.

En consecuencia, el equilibrio hermenéutico se obtiene orientando en el sentido más favorable al destinatario de la protección internacional.³¹

Los derechos humanos como nuevo paradigma jurídico,³² apuntan a reconstruir la confianza social en la ley y la justicia, basado en un plexo de legalidad que condiciona y obliga a los Estados a respetar a los seres humanos sometidos a su jurisdicción en estándares jurídicos mínimos en materia de derechos y garantías individuales cuya protección comienza en la norma constitucional.

Plantea una revolución axiológica, donde la justicia está en el centro de la escena, cuando el orden interno propone casi generalmente seguridad jurídica. Se habla de internacionalización de los derechos humanos. El recate de una visión humanizadora del derecho, la razón de ser es la persona humana. El gran farol que

³¹ Corte IDH, *Caso Villagrán Morales y otros (Casos de los Niños de la calle) vs Guatemala*. Sentencia de 19 de noviembre de 1999, párr. 193.

³² VILLALBA BERNIÉ, Pablo Darío, “Los Derechos Humanos como factor para la humanización de la ciencia jurídica”, *Revista Criterios*, 2019, no. 2, vol. 12, pp. 53–84. <https://tinyurl.com/4s8ahz5n>

ilumina los derechos humanos indica la aplicación de la norma que mejor proteja a la persona, principio *pro homine* o *pro persona* al frente. Los derechos humanos como nuevo paradigma jurídico apuntan a reconstruir la confianza social en la ley y la justicia, sin justicia no se concretará una mejor oleada proteccionista.

2. La prevalencia convencional

La relación entre órdenes tan discrepantes avala como correcta la afirmación que el marco constitucional debe dar una apertura para la tutela de derechos humanos, no siendo menos cierto, que se concretará en caso de presuponer una tendencia doctrinaria interna de asimilación de los efectos de la convencionalidad.

La Convención deberá formar parte del orden normativo nacional, para que así los órganos jurisdiccionales puedan utilizarla. Sin embargo, la cuestión no acaba allí, sino que el tratado internacional requiere ser incorporado con prevalencia a las demás normas de la legislación doméstica, debe tener un rango superior, por cuanto de estar en un mismo rango que las leyes se la podría dejar de lado fácilmente bajo el manto del principio de temporalidad (una ley nueva deroga la anterior) o del principio de especialidad (donde la norma especial prevalece sobre la genérica).³³

El justificativo de la prevalencia convencional parte del art. 27 de la Convención de Viena (Derecho de tratados) que reza: “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”, así comprender que la Convención tiene superioridad jerárquica independiente de su reconocimiento como tal en el orden interno. Si el Estado signatario tiene reconocido el Convenio de Viena, no puede eludir esta jerarquización, aunque su legislación local así lo prevea, porque es jerárquicamente superior por el solo hecho de ser un Tratado.

³³ DULITZI, Ariel, *Derechos Humanos en Latinoamérica y el Sistema Interamericano Modelos para (Des) armar*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, 2017, p. 345.

Resulta oportuno aclarar, que la Corte IDH ha ratificado en innumerables fallos jurisprudenciales la superioridad de la Convención, siguiendo la línea de pensamiento que otorga superioridad a la Convención por sobre la legislación interna.

En este estadio de los asertos, conviene destacar que generalmente se deberá producir una prevalencia convencional por sobre la legislación local, de otra manera el intento convencional no superaría la intencionalidad de aplicación, sin garantías que se produzca efectivamente. De modo, que figura acertado propiciar una visión de prevalencia convencional con el objetivo de encarnar el ideario propuesto de impregnación de los derechos humanos.

3. La variación del sistema de fuentes

A partir que los Estados confirman la vigencia de la Convención Americana de Derechos Humanos se obligan a respetarla, lo que asiente asimilar la doctrina del control de convencionalidad, que presupone un supuesto de supremacía del Pacto por sobre las normas legales, exhortando a que los preceptos internos se adecúen a los mandatos convencionales.³⁴

El imperativo de cumplimiento se extiende a todo tipo de vías procesales, sea de orden civil, penal, laboral, administrativo, constitucional, parlamentario o de cualquier otra índole que fuere.³⁵ No solo se trata de respetar a la convencionalidad, sino que va más allá, instando ajustar el ordenamiento doméstico a los matices orientadores del ámbito de derechos humanos.

La ecuación generada por el control de convencionalidad conlleva la necesidad de armonizar el sistema de fuentes, que por estar en planos distintos se hace difícil compatibilizarlas. Ello ocurre porque se mueven en escenarios disímiles, por un lado, el

³⁴ Corte IDH, *Caso Masacre Pueblo Bello vs Colombia*. Sentencia 31 de enero 2006, párr. 142.

³⁵ VILLALBA BERNIÉ, Pablo Darío, *Derecho Procesal Constitucional, contenidos esenciales*, La Ley Paraguaya, Asunción, 2021, p. 102.

internacional proveniente de los tratados supranacionales de derechos humanos y, por el otro, el orden doméstico avalado por el marco constitucional y los repertorios codificados de vigencia interna y territorial.

Basta recordar, que hace un tiempo atrás lo jurídico se exteriorizaba como una realidad local, hasta podría afirmarse como provinciano, arropado desde sus bases por el concepto de soberanía, propio de los Estados que se movilizaban sobre el principio de legalidad, los códigos, el derecho local,³⁶ sin apertura de fronteras.

Parece valedero subrayar la necesidad de superar la idealización de las fuentes clásicas del derecho, apuntalada en una visión tradicional, imponiendo como fuentes a la ley, la costumbre, la doctrina y la jurisprudencia, aconteciendo ciertamente que dicha cosmovisión ya no deviene adecuada para los avatares de la modernidad jurídica, que oscila sobre otros postulados.

La variación del sistema de fuentes consiste básicamente en el rompimiento con el principio de legalidad extrema, morigerando sus efectos, comprendiendo que no siempre la ley será la primera fuente, al plantear un ligamen pujante basado en los principios y valores esenciales.

Corresponde clasificar a los distintos niveles de fuentes, en las siguientes: a) fuentes de aplicación directa, como serían la Constitución, los Tratados Internacionales y la Ley; b) fuentes secundarias, como ser aquellas que nacen de la interpretación hecha de la norma, derivada de ello surgen la doctrina, los principios generales del derecho y la costumbre jurídica; c) fuentes supletorias, que enlazan criterios interpretativos y las valoraciones axiológicas, reseñando a la equidad, la lógica y la experiencia, adicionando a los principios rectores de la humanidad.³⁷

³⁶ QUINCHE RAMÍREZ, M., *El control de convencionalidad*, Editorial Temis, Bogotá, 2014, p. 110.

³⁷ VILLALBA BERNIÉ, Pablo Darío, *Convencionalidad y Derecho Procesal, vinculaciones e incidencias*, Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2021, p. 35.

VII. PROPICIANDO NUEVOS PARADIGMAS

A consecuencia de lo anteriormente narrado, la sociedad se visualiza ante la necesidad nuevos paradigmas jurídicos donde se busca compatibilizar, equilibrar y armonizar la correcta aplicabilidad de la constitucionalización y la convencionalidad en tutela de la dignidad humana.

Ahondando en estas consideraciones es que la ciencia jurídica que no escapa a la incidencia de la convencionalidad debe trastocar sus coordenadas adaptándolas a la vigencia de una nueva operatividad dentro del derecho.

A modo de síntesis, la transformación permanente del ámbito judicial, hacen que desde el derecho procesal se planteen la apertura de nuevos surcos, haciendo que cuestiones tan arraigadas en el derecho vayan mudando al paso de la influencia de las nuevas coordenadas. Algunas de las mutaciones son imperceptibles y casi normales, como la necesidad de la humanización del proceso, en cambio otras transformaciones requieren de posturas legislativas y doctrinarias firmes tal el caso del asentimiento de la doctrina del control de convencionalidad, que requiera de una mutación de mentalidad.

Tanto la constitucionalización como la convencionalización del proceso plantean ribetes de transformación, de aquello que era analizado como tradicional, para asentar una nueva teoría general del proceso, desde allí trasladarse al campo procesal en general, donde cada una de las áreas deberá ajustar sus parámetros a los noveles postulados. Incluso avanza sobre otras áreas, como el procesal administrativo, el derecho probatorio, variados mecanismos de reparación, entre otros cuyo análisis escapan de la posibilidad descriptiva de esta investigación.

El Sistema Interamericano irrumpe en la esfera jurídica, moviendo y desestructurando antiguos cimientos institucionales, que ya no resisten los embates de esa fuerza avasallante del derecho internacional de los derechos humanos.

1. Hacia la decolonización

Al iniciar la evidenciación de los problemas, sostener que Latinoamérica no ha sido capaz de construir un modelo teórico propio adaptable a las condiciones de su sociedad en particular, los que cuentan con sesgos diferentes a los modelos que le sirvieron de base.

Los pensadores de este sub-continente se han preocupado más en defender la posición teórica de los autores europeos, que apuntalar la idea de transformar y ajustar a los cánones prioritarios de los sistemas legales donde se tendrían que instalar, o sea en los países de este continente.

El pensamiento decolonial se erige como un proyecto epistemológico crítico que cuestiona las estructuras de conocimiento heredadas del paradigma colonial. Su finalidad es desarticular la hegemonía epistémica que ha legitimado la subordinación cultural, política y jurídica de los pueblos latinoamericanos, mediante un ejercicio de autoconciencia que reconoce las propias inconsistencias de los sistemas jurídicos modernos.

Desde esta perspectiva, lo decolonial no constituye una negación irracional del pensamiento occidental, sino una reconstrucción metodológica orientada a rescatar la pluralidad de racionalidades históricamente silenciadas. Ello implica vincular el análisis de la colonización con la revisión de sus efectos en el derecho, en particular en la conformación de sus categorías, instituciones y formas de autoridad.

En consecuencia, el proyecto decolonial se propone construir un nuevo marco teórico y normativo capaz de superar la lógica de la dependencia y reinstalar la dignidad como fundamento del orden jurídico.

La idea central enmarca en verificar que los patrones históricos de antaño no pueden seguir vigentes en estructuras con una cosmovisión distintiva como la Latinoamericana, sin que todo

cambie, sino aquello que no responde a las realidades de la cultura social donde se inserta.³⁸

Recordar que el conquistador impuso condiciones de poder con característica dominante, en especial sustentado en la discriminación social.

El sesgo principal fue que los colonizados no tuvieron voz, ni fueron escuchados, donde se podría afirmar que el ámbito jurídico se construyó en silencio de los subordinados.

Se busca rescatar las bases culturales propias de las Américas, como de un conocimiento ajustado a las necesidades de este continente, más allá de las positividads de lo implementado,³⁹ pero que a su vez no permitió visualizar sus debilidades, incluso escondiéndolas y evitando su discusión.

A consecuencia de lo anteriormente narrado, la sociedad se visualiza ante la necesidad de asentar la decolonización propiciando nuevos paradigmas jurídicos donde se busca compatibilizar, equilibrar y armonizar al derecho en una visión particular ajustada a dicha realidad.

2. Equilibrio entre lo constitucional y lo convencional

El fenómeno de la Constitucionalización del orden jurídico surge al abrigo de la necesidad de dar respuestas a los continuos avatares que presenta la dinamicidad jurídica moderna.⁴⁰ Consiste en la marcha y resultado de la transformación del derecho causado por la

³⁸ LOCATELLI SANTOS, Juliano, “El pensamiento decolonial como clave epistémica necesaria para la reconstrucción de los derechos humanos en (y para) Latinoamérica”, *Revista Opinión Jurídica*, 2022, no. 44, vol. 21, pp. 394-418. <https://tinyurl.com/5fhjtavp>

³⁹ Cfr. QUIJANO, A., “Ensayos en torno de la colonialidad del poder”, *Revista Del Signo*, 2019.

⁴⁰ ZAGREBELSKY, G., *El Derecho dúctil*, Editorial Trotta, Madrid, Sexta Edición, 2005, p. 39.

Constitución,⁴¹ conllevando la idea de impregnación de todo el espectro jurídico por las normas constitucionales.⁴²

Plantea que no hay problema jurídico que pueda evitar estar constitucionalizado, irradia la creencia indubitada que no pueda ser posible una esfera politizada separada o inmune a la influencia constitucional trasuntando que cualquier tipología jurídica desemboca en una argumentación de los derechos fundamentales.⁴³

Avista un colapso de los moldes teóricos clásicos, bregando porque la filosofía jurídica incorpore postulados teóricos ajustados a nóveles basamentos, de manera a generar una superación del Estado legal de derecho por una idea de Estado social y democrático de derecho, provocando una verdadera metamorfosis y revolución de conceptos clásicos.⁴⁴

Esta nueva forma de concebir a la Constitución subraya la imperiosidad que se incorpore al análisis un equilibrio entre Constitución y convencionalidad mudando cimientos, escapando de la formación sectorizada, por otra holística e integradora que transmita la idea de un involucramiento de la Constitución en todos los sectores del ámbito jurídico.

3. La vigencia del principio *pro homine*

El fortalecimiento cada vez mayor de los derechos humanos compone una mística caracterizante del orden internacional,

⁴¹ GARCÍA FIGUEROA, A., *Criaturas de la Moralidad*, Editorial Trotta, Madrid, 2009, p. 163.

⁴² Cfr. GUASTINI, R., *La Constitucionalización del Ordenamiento Jurídico: El Caso Italiano*, en *Neoconstitucionalismo*, Edición de Miguel Carbonell, Editorial Trotta, Madrid, Segunda Edición, 2005.

⁴³ BERNAL PULIDO, C., *El Neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho*, Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009, p. 93.

⁴⁴ VILLALBA BERNIÉ, Pablo Darío, *Derecho Procesal Constitucional, contenidos esenciales*, Editorial La Ley Paraguaya, Asunción, 2021, p. 226.

invitando a reflexionar agudamente sobre este fenómeno, en especial, cuando gira en torno al “control de convencionalidad”, doctrina instaurada con el objeto dominante de posicionar a los derechos humanos en la cúspide del ámbito de protección.

La salvaguarda de los derechos humanos ha testimoniado advertir la mutación de los modelos teóricos, que van desde las ideas de concepción política y social hasta de filosofía del derecho, aparejando un replanteamiento de verdadera relevancia en el orbe jurídico por las repercusiones que conlleva hacia el ámbito jurisdiccional.

Sin vueltas, desencadenó un quiebre en la supremacía normativa de la Constitución, cuanto menos un debilitamiento no menor, ante la evidente consolidación de los derechos humanos como factor de supremacía, que no implica supresión de la predominancia constitucional, pero sí un acomodamiento a nuevas condicionales de convivencia con estos derechos, a la postre con las garantías fundamentales.

Ya no solamente referenciar a la Constitución como norma suprema ubicada en la cima, sino reconocer la existencia de un verdadero “Bloque de Constitucionalidad”, conformado por el texto constitucional y los tratados internacionales de derechos humanos vigentes, como por cualquier otra normativa que proteja y tutele la dignidad de la persona humana de rango constitucional.

Al reflexionar sobre un supuesto enfrentamiento entre normativas del orden supranacional y del orden doméstico, versa sobre una conflictividad defectuosamente concebida, pues en definitiva lo que debe primar es el principio *pro homine* o *pro persona*, rescatando a la dignidad humana por sobre todas las posiciones jurídicas, conlleva la aplicabilidad de la norma que mejor proteja al caso en concreto o de la persona humana, más allá que se ubique en el ámbito constitucional, internacional o legal.

En resumen, el derecho deberá ajustar sus líneas genéricas a las conquistas de la nueva doctrina, propias del avance del ser humano, que se han agudizado en las últimas décadas, planteando una

verdadera transformación de los lineamientos procedimentales en pos de una mayor eficiencia del juzgamiento, que deben llegar al orden jurídico interno, rompiendo las barreras que se le imponen.

4. Hacia la tutela ecológica

El constitucionalismo moderno se orienta hacia una protección ecológica indudable, poniendo el medio ambiente como vital para el desarrollo de la vida humana. Aun cuando pueda firmarse que no versan sobre constituciones ecológicas, sí concretar que anida una tutela de la dignidad humana basada en una dimensión ecológica.

Supera a aquello de la vieja concepción neokantiana que coloca al ser humano en el centro de todo, sino que busca un equilibrio entre la dignidad humana y el cuidado del medio ambiente, como dos tipologías inescindibles a ser solidificadas. A partir de esta cosmovisión parece posible una aplicación pluridimensional del ámbito jurídico, dónde la tutela ya no puede basarse únicamente en la persona.

Los principios de cooperación y solidaridad pasan a tener una relevancia trascendente, ya que para el logro del derecho humano a un ambiente saludable se deben trastocar los axiomas del liberalismo clásico, que obliga a todos los seres humanos a la defensa de lo ambiental.

La idealización ecológica de la dignidad humana, subraya aspectos no tenidos en cuenta en una estructura social, comprendiendo la necesidad de una mudanza de los pilares fundamentales que la sustentan, pues para el mantenimiento equilibrado de lo ambiental se necesita la implementación de lo que fuera denominado una justicia intrageneracional (solidaridad), así mismo una justicia interespecies (respeto del hombre a aquello que conforma el medio ambiente no humano), como también una

justicia intergeneracional (responsabilidad hacia las generaciones futuras).⁴⁵

Lo ecológico sustentado y desenvuelto sobre cuatro presupuestos: a) Deberes fundamentales de protección del medio ambiente con las personas de la misma generación; b) Protección del medio ambiente desde una perspectiva transnacional (qué involucra a los Estados como a las personas situadas en otros Estados); c) Deberes fundamentales de protección del ambiente para con las generaciones futuras; d) Obligación de tutela del medio ambiente involucrando a las cosas no humanas (animales) y a la naturaleza como un todo.

El sistema capitalista generalmente se ha caracterizado por la falta de compromiso social y ambiental, donde el objetivo es la maximización de las ganancias promoviendo un crecimiento sin límite alguno. Hasta sería prudente certificar, que el capitalismo mercantiliza todo, agua, tierra, oxígeno, genoma humano, la justicia, la ética, entre otros, por lo que requiere de límites claros y a veces taxativos.

En este tiempo donde se propicia armonía con la naturaleza, el respeto a la vida, cuidado ecológico, no cabe dudas que su origen neoliberal debe superarse porque ha colapsado por sus propias carestías. En la actualidad se referencia a la Madre Tierra, a la Pachamama, como base para la protección de un patrimonio común, esbozando un novel diseño de equilibrio y justicia social como ambiental, dando énfasis al cuidado de la naturaleza.

La visión biocéntrica comienza a tener incidencia superando la noción antropocéntrica,⁴⁶ conlleva que el dogma de avistar como sujeto de derecho a la persona humana deviene insuficiente,

⁴⁵ SARLET, I. y FENTERSEIFER, T., *Direito Constitucional Ambiental*, (4º ed.), Editorial Thompson y Reuters, Revista dos Tribunais, San Pablo, 2014, p. 256.

⁴⁶ AGUILAR CAVALLO, Gonzalo, “El Estado ecológico de derecho y el acceso a la información en el Acuerdo de Escazú”, *Revista Novum Jus*, 2024, no. 1, vol. 18, pp. 355-377. <https://tinyurl.com/m26vszz7>

inclinándose hacia el reconocimiento de la naturaleza como sujeto autónomo de derechos.

Estos tiempos modernos invitan a un reformulamiento y un replanteamiento de lo jurídico que sugiere deberes fundamentales ecológicos, instando a una atención privilegiada de esta esfera ambiental. De nada serviría tener derechos sin un lugar donde ejercitarlos, el primer derecho ligado a la dignidad humana y a la vida *per se* consiste en la garantía de un medio ambiente ecológicamente aceptable para desarrollar la vida, constituyendo un punto cardinal para el reformulamiento educativo de la ciencia jurídica.

5. Enseñanza con responsabilidad social y ecológica

Cuando se referencia a la enseñanza con responsabilidad social esta encuentra soporte en la noción de un Estado social de derecho recepcionada en el ámbito constitucional. Requiere de un compromiso con los valores sociales de justicia, solidaridad y cooperación como componentes principales.

Incluso en este tiempo, la visión inicial se ha visto reparada por la complementación ambiental y ecológica. Ambiciona sustituir la sacralización de la propiedad por la socialización de la naturaleza,⁴⁷ considerada como verdadero sujeto de derechos, donde decididamente el hombre pierde su individualidad y es engullido por lo ecológico.

La dimensión ecológica estructura una cosmovisión ampliada a la concebida en la dimensión social, variando los arbotantes con que se la analiza, suponiendo un grado de evolución del anterior. Así, se rompe con el reduccionismo de la dignidad de la persona humana, proyectando una comprensión multidimensional, que no puede estar sustentada exclusivamente en el hombre, sino que la proyección destaca al hombre y a los otros seres vivos, como al entorno

⁴⁷ PUREZA, J., *El patrimonio común de la humanidad*, Edit. Trotta, Madrid, 2002, p. 352.

ambiental, ensanchando el contenido de dignidad de la persona humana en el sentido de establecer padrones de calidad y seguridad ambiental.

Recién a partir de mediados de la década de los 90 comienza a repercutir una gran incidencia medioambiental o ecológica. Ello no significa que antes no se tomara en cuenta lo ambiental, sino que se hacía de forma superficial y defectuosa, sin una profundización real de sus efectos.

Incluso recién en el nuevo milenio, se contrae conciencia y verdadera preocupación, más que eso se observa una ocupación por los inconvenientes ecológicos. La evolución de la cientificidad y el calentamiento global fueron los detonantes que permitieron un avance de la tutela, circunstancias propias del impulso de los conocimientos, en tal sentido, haciendo que lo ecológico se proyecte en un lugar trascendente. La Pachamama y la Madre Tierra comenzaron a ser ideas que desde Latinoamérica se transmiten al mundo, certificando la toma de conciencia.

Lógicamente que los proyectos anteriores no tuvieron en cuenta estos nuevos vectores, y lo más dramático, ocurre que luego de constatarse la realidad negativa, son pocos los modelos educativos que han propiciado políticas públicas de verdadera ascendencia ecológica.

6. Superación de las modas jurídicas

Definitivamente corresponde cimentar una concepción que supere las modas jurídicas (como lo fueron el proceso electrónico, procesos por audiencias, IA), tan típicos del contorno latinoamericano, donde la moda jurídica se impone sin análisis profundos, como si estos solucionarán los problemas de fondo. En puridad lo ideal es sumergirse en las profundidades jurídicas para a partir de allí generar un diseño eficaz.

Contextos legales cimentados en el pensamiento irreflexivo o ante el análisis superficial de ideas y sistemas, lisonjeando con una

masa obediente, sumisa sin incentivo, que no prioriza la mente crítica.⁴⁸

Recién desde la década del 90 en adelante, consolidada en el nuevo milenio (Siglo XXI), se genera un nuevo énfasis construido sobre la base de la interpretación y la argumentación,⁴⁹ rompiendo el formalismo por una idea antiformalista.

La contravía generada por el antiformalismo, representaba un cuestionamiento argumentativo profundo en contra de las ideas de antaño, que precisaban ser recicladas para evitar el formalismo dominante. Así se fue gestando una teoría del derecho novel, sugiriendo una superación a las reglas anteriores, mediante un modelo teórico adecuado a los tiempos contemporáneos.

Se cuestionaba ¿Si resulta factible seguir construyendo la ciencia jurídica sobre bases teóricas equivocadas? ¿Si los tiempos actuales de desarrollo del derecho, acaso no precisan de bisoñas coordinadas para un avance cualitativo? ¿Estamos acertados en Latinoamérica, solidificando sistemas jurídicos sin la comprensión del componente *ius* filosófico que abarca? ¿Se ha logrado construir un modelo *ius* teórico propio en el sub-continente latinoamericano?

Cabe aquí reflexionar sobre lo expresado por Duncan Kennedy, en cuanto a la necesidad de escapar de los conceptos exóticos y las teorías extravagantes para construir un diseño moldeado sobre criterios de nuestro continente, al indicar: "...otro aspecto constitutivo de este enfoque es que intenta emplear, en ámbitos concretos y familiares, los conceptos exóticos de estructura y contradicción, ambos derivados de "teorías extravagantes" provenientes de Europa Occidental (como el estructuralismo, la fenomenología, el neomarxismo, la hermenéutica y otras similares). Esto resulta problemático porque los conceptos que emplean esos emprendimientos europeos usualmente forman parte de una "danza de las grandes palabras", mistificadora y de alto vuelo, pensada para

⁴⁸ VILLALBA BERNIÉ, Pablo Darío, *Nuevas fronteras del proceso civil*, Editorial Hesaká, Encarnación, 2014, p. 172.

⁴⁹ LÓPEZ MEDINA, D., *Teoría Impura del Derecho*, Editorial Legis S.A., 4º Reimpresión, Bogotá, 2008, p. 2.

consagrar el prestigio del coreógrafo antes que para comunicarse con el público”.⁵⁰

7. Implementación de soluciones para realidad latinoamericana

Corroborar la idea que en nuestro continente las contiendas *iuris* filosóficas se han mantenido en una superficial concepción, como si la asimilación no obrara con penetrante fertilidad, algo así como nadar en el mar sin sumergirse en las profundidades oceánicas, donde se descubre un mundo distinto. Fue forjado el ámbito académico rebosante de verdades mitológicas de dudosa procedencia, falsas y engañosas que no dan las respuestas requeridas por la sociedad. Una comunidad que tiene sesgos y matices distintivos merece una visión adecuada a su realidad, de no respetar estas condicionales derivará en que los sistemas jurídicos implementados estén signados por el fracaso, en una historia que se repite por doquier.

Últimamente ha reflatado una ola reformista, donde se cometieron los mismísimos errores de antaño, quizás al no percibir la imperiosa penuria de encontrar justificativos *iuris* filosóficos que asienten un desarrollo con perspectiva de éxito.

Una intrepidez y osadía académica indómita debe verterse para que en Latinoamérica se construya verdadera científicidad jurídica, lo que significa conocer los distintos modelos doctrinarios, no obstante, sin precocidades ser capaces de diseñar o proyectar una sistematización constitucional y legal acomodada a las condicionales sociales requeridas. Significa aceptar un conocimiento basado en la globalidad, pero respetando al localismo y la multiculturalidad. El derecho no es igual en todos lados, por ende, trae como consecuencia que de a poco se vayan ajustando o acomodando aquellos sistemas procedentes de otros modelos, porque de no hacerlo no satisfacen las carencias ni explotarán

⁵⁰ KENNEDY, D., *La Enseñanza del derecho*, Editores Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2014, pp. 14 y 15.

favorablemente las virtudes, que la sociedad latinoamericana precisa.

Aguzar los sentidos observando que en alguna época predominó el *ius* naturalismo, en otras el *ius* positivismo; en algún momento el apego a la ley, en otras circunstancias esta idea colapsó, trastocándose por la preeminencia de los principios y valores; la exégesis dio pie al movimiento codificador y el derecho evolucionó; más adelante, esta tarea fue completada por el pensamiento kelseniano y el derecho progresó; luego de la II Guerra Mundial, se constató que las ideas anteriores no daban sustento suficiente al derecho, por lo que se rescató la visión dorkiniana y alexiana de los principios y valores, con gran beneficio para la ciencia jurídica. Hoy se habla de neoconstitucionalismo o Constitucionalismo renovador como nuevo modelo teórico y se ha avanzado en la tutela de los derechos humanos. Todos estos cambios tuvieron efectos positivos en la forma de prestar el servicio de justicia, fueron parte de la evolución propia de la ciencia jurídica.

La ecuación conjuga cuestionar ¿Cómo es que Latinoamérica no captó esta onda evolutiva? ¿Por qué a partir del desarrollo de los derechos humanos y del control de convencionalidad, no se ha apostado por ampliar horizontes, comprendiendo que ya no es conveniente seguir ligados a antiguos modelos que no dan con las soluciones esperadas?

Los derechos humanos han demostrado que el derecho va mucho más allá del derecho positivo, en suma, no se agota en el derecho vigente, en el fondo de todo ordenamiento legal están los valores y principios que el juez debe ponderar para descubrir y aplicar la mejor solución.

La diatriba lleva a reverdecir las conclusiones de García Amado, en aquello que el rival principal del positivismo no es el *ius* naturalismo, aquella fue una doctrina marginal para el siglo XX reducida a una ideología de dictadores tercermundistas⁵¹, sin

⁵¹ GARCÍA AMADO, J., *Teoría de la decisión judicial*, Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2018, p. 73.

embargo, el *ius positivismo* fue ampliamente ganador de la disputa. Sí es conveniente comprender que el *ius positivismo* ha colapsado por sus propias debilidades, siendo objeto de un posicionamiento extremadamente conservador que tiene que mudar. En estos tiempos se requiere un juez de justicia, no un juez de legalidad, un juez consiente de las variables, que se adapte a las mutaciones, una judicatura sin mácula.

La agreste situación invita a reflexionar que el derecho no es solo un compendio normativo, ni se agota en esa literalidad, sino ante todo comprender que se presenta una moral jurídica (aunque parezca un contrasentido) a ser aplicada. La mayoría de los nóveles marcos constitucionales la consagran y se comprometen con los valores de justicia, equidad, solidaridad, dignidad humana.

Atiborra el blasón de reconocer que se ha generado una nueva cultura jurídica, basado en nóveles paradigmas, que con seguridad no se sustentan en ideas antiguas, con las cuales parecieran incompatibilizarse, en simultaneo, más fáciles de armonizar con un “no positivismo”. Así, derechos humanos, constitucionalización, neoconstitucionalismo, principios y valores, globalización jurídica, multiculturalismo, jueces con facultades creadoras del derecho,⁵² se compatibilizan y armonizan más fácilmente con las ideas no positivistas con los *ius* naturalistas. Incluso algunos han afirmado que “los derechos humanos constituyen el derecho natural de nuestro tiempo”,⁵³ porque en definitiva están redactados en un lenguaje de matriz *ius naturalista*,⁵⁴ reconociendo la universalidad común a todo ser humano.

La translúcida cosmovisión construida sobre el constitucionalismo, la constitucionalización del derecho y la convencionalidad, invitan a reconocer que aún hay un largo trecho que recorrer para hacerlo efectivo. Con seguridad, los sistemas jurídicos que comprendan la nueva realidad teórica tendrán más posibilidades de concretar un avance eficaz a merced de la

⁵² VIGO, R. L., *ob. cit.*, 2012, p. 26.

⁵³ PUY, F., *Derechos Humanos*, Imprenta Paredes, Santiago, 1983, p. 266.

⁵⁴ VIGO, R. L., *Ob. cit.*, 2012, p. 130.

concreción de bisoños ideales, de lo contrario, chocarán con murallas inexpugnables de legalidad que impedirán lograr las mutaciones.

8. Diseñar un modelo distintivo

En la ciencia jurídica, un análisis riguroso llevaría a admitir la existencia de frecuentes innovaciones legales, la norma en muchas oportunidades ha cambiado, pero ¿se adecuaron a las necesidades estas variaciones? Aquí, arribamos al punto neurálgico, en el derecho es imperioso mudar el modo de ver las cosas, no basta observar que los preceptos se transforman, siendo vital un cambio de actitud mental, una forma distinta de apreciar las circunstancias. Cuando esa variable intelectual se adentre en el subconsciente colectivo, comenzará a avizorar una mayor eficiencia del nuevo paradigma.

Si solo se trata de modificar la ley, hace tiempo se debería tener un mejor servicio de justicia, pues la mayoría de los países fueron reformado los códigos sus Constituciones y los códigos (en Paraguay la ola reformista se encasilla en la década del 90 en adelante), sin embargo, las mudanzas no han sobrevenido con el ímpetu necesario.

Desde siempre se ha buscado implementar sistemas más justos, renovados, modernos, que actúen con eficacia, no obstante el esfuerzo, la realidad indica que en la mayoría de los países los rasgos de ineficacia continuista siguen latentes, de manera que fueron insuficientes las reformas legales, porque no se apuntó a una verdadera transformación, creando una nueva cultura del litigio, generada a partir de los derechos humanos, que desde tiempo atrás vienen planteando una imperiosa efectividad y nuevos parámetros.

De ahí, que la verdadera mudanza se basamente en un gran esfuerzo intelectual, asociada a una legislación que la sostenga, no necesariamente por tener una flamante normativa, el paradigma

renovador será exitoso. Lo fundamental consiste en un cambio de actitud mental.⁵⁵

En este orden, los derechos humanos constituyen el nuevo paradigma a conquistar. A partir de su concreción se evidencia la necesidad de una mutación del orden interno, pues las normas domésticas no estaban acomodadas a sus mandatos. El gran farol de la ciencia jurídica actual lo constituyen los derechos humanos, con el principio *pro homine* al frente, tutela de la persona humana que se logrará cuando se aplique efectivamente la mejor oleada proteccionista.

VIII. CONCLUSIONES

La transformación permanente del ámbito judicial conduce a que se planteen la apertura de nuevos conductos, haciendo que cuestiones tan arraigadas en el derecho vayan mudando al paso de la influencia de inéditas coordenadas. Algunos cambios son imperceptibles y casi normales, como la necesidad de la humanización del proceso. Formulando la exigencia de apuntalar cimientos que convaliden las transformaciones, sobre todo cuando de ser bien utilizadas se convertirán en elementos fructíferos para fortalecer el régimen proteccionista.

Perfilar ribetes de mutación, de aquello que era analizado como tradicional, para asentar una nueva ciencia del derecho, desde allí irradiar impacto a todo el repertorio jurídico en general, sea sustancial o procesal, donde cada una de las áreas ajustará sus parámetros a los flamantes postulados. Una incidencia globalizadora que insta a revisar las condicionales del derecho con el objeto de hacerlo más eficiente y justo para la persona humana.

En resumen, la ciencia jurídica amoldando sus líneas genéricas a las conquistas de nuevas doctrinas propias del avance del ser humano, situación agudizada en las últimas décadas, planteando una

⁵⁵ SOSA, T., *Reingeniería Procesal*, Librería Editora Platense, La Plata, 2005, p. 14.

verdadera transformación en pos de una mayor eficiencia del orden jurídico interno, rompiendo las barreras.

Adscribir al criterio de no cerrar las compuertas de la modernidad jurídica, pero sin perder identidad y cultura. La ecuación sería: integración internacional en los derechos humanos, sin dejar de comprender que provenimos de una tierra con costumbres, tradiciones y forma de vida diferente. De conjugar ambas ideas, no caben dudas que mediante una potenciación de la custodia de la persona humana el marco jurídico se verá aquilatado y con un gran predicamento entre los justiciables. La humanización de la ciencia jurídica constituye un reto por el cual vale la pena hacer esfuerzos. Es hora de un revisionismo serio y profundo en el contorno de la ciencia jurídica basado en la tutela de los derechos humanos.

Todo el sistema jurídico orientado en salvaguardar los derechos de las personas como tal, es la razón de ser y fin último del derecho, este no tendría razón de existencia sin la persona humana. Ni el Ejecutivo, ni el Parlamento, ni el Poder Judicial pueden dejar de lado estos axiomas primordiales.

Atento a la funcionalidad que fuera manifestada y expuesta conforme a una visión latinoamericana, adecuadas a las necesidades de vinculación con los derechos humanos, creemos que las fronteras de esta materia deben ampliarse.

Un nuevo paradigma viene haciéndose eco en la ciencia jurídica latinoamericana, el replanteamiento de la forma de hacer y enseñar el derecho, que por cierto no es una conclusión que se arriba a partir de un simple análisis, puesto que resulta de una evolución lógica que se verifica formulando una variabilidad del enfoque metodológico.

Basta rememorar, que el profesional del derecho era formado conforme a vetustos paradigmas legalistas, generando un perfil generalista, teórico, conservador y alejado de la realidad.

Requerirá de profundos cambios metodológicos y de contenido en el orden jurídico, basada en una necesaria racionalidad, ambición

de justicia equilibrada con la seguridad jurídica y, en especial, rescatando el humanismo que propone invariablemente el Estado social y democrático de derecho.

Solo el tiempo contendrá las respuestas efectivas que se precisan, eso sí, de proseguir con el continuismo programático de la actualidad (que viene desde siempre) los augurios serán cada vez más negativos. Ha llegado el momento de replantear el modelo del derecho, de no hacerlo, la inercia, el quietismo y el desasosiego envolverá a la comunidad jurídica latinoamericana. Gran parte de estas significaciones ya vienen sucediendo, queda saber remediarlas.

IX. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Doctrina

ALEXI, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

BERNAL PULIDO, C., *El neconstitucionalismo y la normatividad del derecho*, Departamento de publicaciones de la Universidad Externado, Bogotá, 2009.

DULITZI, Ariel, *Derechos Humanos en Latinoamérica y el Sistema Interamericano Modelos para (Des) armar*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, 2017.

FABRA ZAMORA, Jorge y NÚÑEZ VAQUERO, Álvaro (Coords.), *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, vol. I, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2015.

FERRAJOLI, Luigi, *Principia Iuris (Teoría del Derecho y la Democracia)*, Editorial Trotta, Madrid, 2011.

GARCÍA AMADO, J., *Teoría de la decisión judicial*, Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2018.

GARCÍA FIGUEROA, A., *Criaturas de la Moralidad*, Editorial Trotta, Madrid, 2009.

GUASTINI, R., *La Constitucionalización del Ordenamiento Jurídico: El Caso Italiano*, en *Neoconstitucionalismo*,

- Edición de Miguel Carbonell, Editorial Trotta, Madrid, Segunda Edición, 2005.
- KAUFMANN, A., *La filosofía del derecho en la posmodernidad*, Editorial Temis, Bogotá, 1992.
- KENNEDY, D., *La Enseñanza del derecho*, Editores Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2014.
- LÓPEZ MEDINA, D. E., *Teoría Impura del Derecho: la transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Editorial Legis S.A., 4º Reimpresión, Bogotá, 2008.
- PÉREZ LUÑO, A., *La tercera generación de derechos humanos*, Editorial Thompson- Aranzadi, Navarra, 2006.
- PUREZA, J., *El patrimonio común de la humanidad*, Edit. Trotta, Madrid, 2002.
- PUY, F., *Derechos Humanos*, Imprenta Paredes, Santiago, 1983.
- QUINCHE RAMÍREZ, M., *El control de convencionalidad*, Editorial Temis, Bogotá, 2014.
- SARLET, I. y FENTERSEIFER, T., *Direito Constitucional Ambiental*, (4º ed.), Editorial Thompson y Reuters, Revista dos Tribunais, San Pablo, 2014.
- SOSA, T., *Reingeniería Procesal*, Librería Editora Platense, La Plata, 2005.
- VELANDIA CANOSA, Eduardo (director), *Tendencias contemporáneas del Derecho Procesal*, Universidad Libre, Bogotá, 2017.
- VIGO, R. L., *Constitucionalización y judicialización del derecho*, Editorial Ibáñez, Bogotá, 2012.
- VIGO, R. L., *La interpretación (argumentación) jurídica en el Estado de Derecho Constitucional*, Editorial Tirant lo Blanch, México, 2017.
- VILLALBA BERNIÉ, Pablo Darío, *Convencionalidad y Derecho Procesal, vinculaciones e incidencias*, Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2021.
- VILLALBA BERNIÉ, Pablo Darío, *Derecho Procesal Constitucional, contenidos esenciales*, La Ley Paraguaya, Asunción, 2021.
- VILLALBA BERNIÉ, Pablo Darío, *Nuevas fronteras del proceso civil*, Editorial Hesaká, Encarnación, 2014.
- ZAGREBELSKY, G., *El Derecho dúctil*, Editorial Trotta, Madrid, Sexta Edición, 2005.

Hemerografía

- AGUILAR CAVALLO, Gonzalo, “El Estado ecológico de derecho y el acceso a la información en el Acuerdo de Escazú”, *Revista Novum Jus*, 2024, no. 1, vol. 18, pp. 355-377. <https://tinyurl.com/m26vszz7>
- BRAGATO, Fernanda Frizzo, “Para além do discurso eurocêntrico dos direitos humanos: Contribuições da Descolonialidade”, *Revista Novos Estudos Jurídicos*, 2014, no. 1, vol. 19, pp. 201-230. <https://tinyurl.com/y7fb775p>
- CARRILLO DE LA ROSA, Yezid & CABALLERO HERNÁNDEZ, Joe, “Positivismo jurídico”, *Revista Prolegómenos*, 2021, no. 48, vol. 24, pp. 13–22. <https://tinyurl.com/5y48urn4>
- CORONA NAKAMURA, Luis Antonio & ARREDONDO BARTOLO, José María, “Ciencia Jurídica y enseñanza del derecho. Primeros pasos hacia una concepción del derecho”, *Revista Misión Jurídica*, 2015, no. 8, vol. 8, p. 16. <https://tinyurl.com/2fdxtp9p>
- HUERTAS DÍAZ, Omar, MORALES CHINOME, Iván Ricardo, AMAYA SANDOVAL, Carolina, CRUZ TIBADUISA, Paula Andrea y ARÉVALO FONSECA, Sandra Johanna, “La responsabilidad penal de los industriales en los juicios posteriores de Núremberg y sus enseñanzas para el caso colombiano”, *Revista Novum Jus*, 2021, Edición especial, vol. 15, p. 71. <https://tinyurl.com/48ud38hw>
- LISTA, Carlos Alberto, “La Educación Jurídica en Argentina: una revisión crítica”, *Revista Pedagogía Universitaria y didáctica del derecho*, 2022, no. 1, vol. 9, p. 12. <https://tinyurl.com/2fcffvdr>
- LISTA, Carlos Alberto, “La Educación Jurídica en Argentina: una revisión crítica”, *Revista Pedagogía Universitaria y didáctica del derecho*, 2022, no. 1, vol. 9, p. 27. <https://tinyurl.com/2fcffvdr>
- LOCATELLI SANTOS, Juliano, “El pensamiento *decolonial* como clave epistémica necesaria para la reconstrucción de los derechos humanos en (y para) Latinoamérica”, *Revista Opinión Jurídica*, 2022, no. 44, vol. 21, pp. 394-418. <https://tinyurl.com/5fhjtavp>

- MELÉNDEZ-FERRER, Luis Enrique, “La Educación decimonónica como construcción de resistencias en profesoras”, *Revista Educación*, 2016, no. 2, vol. 40, pp. 112-138. <https://tinyurl.com/mpu28xjp>
- PEZO JIMENEZ, O., ALCA GÓMEZ, A. & FURA PONGO, D. R., “Análisis comparativo de la producción científica jurídica de revistas indexadas en *Scopus* de Latinoamérica”, *Revista de Educación y Derecho*, 2023, no. 28, p. 14. <https://doi.org/10.1344/REYD2023.28.42976>
- POLOTTO, R., “Hacia una nueva experiencia del derecho el debate en torno a la enseñanza práctica del Derecho en la Universidad de Buenos Aires a comienzos del siglo XX”, *Revista de Historia del Derecho*, 2006, no. 34. <https://tinyurl.com/4a5sxepa>
- QUIJANO, A., “Ensayos en torno de la colonialidad del poder”, *Revista Del Signo*, 2019.
- RAMÍREZ CARBAJAL, D., “Contornos del derecho procesal contemporáneo: luces desde la obra de Michele Taruffo”, *Revista Academia & Derecho*, 2013, no. 7, vol. 4, p. 174.
- SAGÜES, Néstor Pedro, “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”, *Revista Estudios constitucionales*, 2010, año 8, no. 1, p. 123.
- VILLALBA BERNIÉ, Pablo Darío, “Los Derechos Humanos como factor para la humanización de la ciencia jurídica”, *Revista Criterios*, 2019, no. 2, vol. 12, pp. 53–84. <https://tinyurl.com/4s8ahz5n>

Jurisprudencia interamericana

- Corte IDH, *Caso Hilaire, Constantine y Benjamín y otros vs. Trinidad y Tobago*. Sentencia 21 de junio de 2002.
- Corte IDH, *Caso Masacre del Mozote y Lugares Aledaños vs. El Salvador*. Sentencia 25 de octubre de 2012.
- Corte IDH, *Caso Masacre Pueblo Bello vs. Colombia*. Sentencia 31 de enero 2006.
- Corte IDH, *Caso Villagrán Morales y otros (Casos de los Niños de la calle) vs. Guatemala*. Sentencia de 19 de noviembre de 1999.

La crisis del derecho latinoamericano, hacia un equilibrio...

Corte IDH, *Gómez Lund (Guerrilla do Araguaia) vs. Brasil*.
Sentencia 24 de noviembre 2010

Corte IDH, *La Cantuta vs. Perú*. Sentencia 29 de noviembre de
2006.

CRISIS DE LOS DERECHOS HUMANOS Y EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS (SIDH): RETOS Y PROPUESTAS DE MEJORA

JAIME CUBIDES-CÁRDENAS*
FERNANDA NAVAS-CAMARGO**
SNEYDER GARCÍA JIMÉNEZ***

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Primer reto. La universalidad.* III. *Segundo reto. Permanencia y estabilidad de los órganos.* IV. *Tercer reto. El cumplimiento de estándares interamericanos.* V. *A manera de conclusiones.* VI. *Referencias.*

* Doctor en Derecho por la Universidad Católica de Colombia. Abogado y especialista en Derecho Público de la Universidad Autónoma de Colombia; especialista y magíster en Docencia e Investigación Universitaria con énfasis en ciencias jurídicas y magíster en Derecho de la Universidad Sergio Arboleda. Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca, miembro del grupo de investigación Pedagogía y Derecho. Contacto: jalfonsocubides@universidadmayor.edu.co

** Abogada y Administradora de Negocios Internacionales; doctora en Educación para la Integración y el Desarrollo Humano y Sostenible; investigadora de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia; integrante del grupo de investigación “Persona, Instituciones y Exigencias de Justicia”, de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia. Contacto: jfnavas@ucatolica.edu.co.

*** Abogado, magíster en Dirección y gerencia de empresas, doctor cum laude en Derecho y ciencias políticas. Docente e investigador de la Universidad Católica de Colombia. Contacto: sgarcia@ucatolica.edu.co

I. INTRODUCCIÓN

La crisis de los derechos humanos en el Siglo XXI ha sido documentada en discursos, narrativas e investigaciones de diferentes autores. Estos han abordado esta ineludible dificultad en América Latina desde diversos ámbitos [histórico,¹ económico² y político],³ contextos [indígena,⁴ penitenciario,⁵ seguridad]⁶ y ópticas,⁷ aunque los problemas parecen tener un común

¹ LÓPEZ-CALLE, Santiago, “Violencia y crisis de los derechos humanos en Colombia, 1934-1991”, *Forum. Revista Departamento de Ciencia Política*, 2020, no. 17, pp. 43-71. <https://tinyurl.com/2w4cps92>

² Cfr. JIMÉNEZ MADRIGAL, Gustavo Adolfo, *Globalización y derechos humanos: de la globalización hegemónica neoliberal a la crisis de los derechos humanos y del Estado social de derecho*, tesis doctoral, dir. María José Fariñas Dulce, Universidad Carlos III de Madrid, Programa de Doctorado en Estudios Avanzados en Derechos Humanos, Madrid, 2022.

³ DOMÍNGUEZ REDONDO, Elvira, “La crisis de los derechos humanos: necesidad de un cambio de discurso y estrategias”, *Revista ESMAT*, 2017, no. 14, vol. 9, pp. 103-114.

⁴ CORRÊA DE ALMEIDA, Marina, “La grave crisis de los derechos humanos en Brasil y sus implicaciones para los pueblos indígenas: en búsqueda de criterios jurídicos favorables desde la experiencia latinoamericana”, *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, 2020, no. 2, vol. 31, pp. 143-169. <https://tinyurl.com/3m7mxr54>

⁵ PRADO KLEIN, Érico y GUEDES SOBREIRA, Renan, “Ecos del Carandiru: la crisis de los derechos humanos en el sistema penitenciario brasileño”, *Revista Cuadernos Manuel Giménez Abad*, 2019, no. 17, pp. 63-75.

⁶ CÓRDOBA DEL VALLE, Enrique, “Veracruz, entre seguridad ciudadana y derechos humanos”, *Lex Social: Revista de los Derechos Sociales*, 2016, no. 2, vol. 6, pp. 222-238.

⁷ Al respecto Luis Díaz Müller, señala: “La Crisis de los Derechos Humanos se extiende, no sólo a la corrupción, al narcotráfico y la droga; sino, que está en la base de los llamados “derechos de la vida cotidiana”: derechos de los niños, de la mujer, de la violencia intrafamiliar, de los derechos de la adolescencia, de los niños de la calle, de los marginados, de la salud y la nutrición”. DÍAZ MÜLLER, Luis, “El relámpago en la piedra: las ‘transacciones’ en América Latina y la crisis de los derechos humanos”, *Estudios*

denominador dentro de la región, y es la falta de efectividad real y material de los derechos, concluyendo en la inconcreción para todas las personas.

Los sistemas jurídicos en el Siglo XXI; atraviesan su mayor crisis desde el Siglo XVIII, nunca se había fragmentado tanto los órdenes internos y mucho menos no se sentía tanta desesperanza en el ordenamiento internacional; por la poca materialización de los derechos y por la inmensa cantidad de necesidades insatisfechas. El profesor Baldasare explica con relación a esta situación:

La realidad actual se caracteriza por una crisis de efectividad de los derechos. Su protección no es sentida como prioritaria. Las prioridades parecen, hoy, ser otras. Los Estados continúan siendo una de las principales amenazas para los derechos y las dinámicas que operan en las relaciones internacionales representan un potente obstáculo a su protección. Se infravalora la circunstancia de que a menudo la violación de derechos es llevada a cabo por actores no-estatales. Además, las nuevas tecnologías y la economía (piénsese, por ejemplo, por un lado, en la informática y en la ingeniería genética; por otro, en el mercado, dejado a sus dinámicas “naturales”) han adquirido una absoluta centralidad. Así, la normatividad jurídica, que, por lo menos en el horizonte del constitucionalismo, tiene en los derechos un criterio legitimador propio, cada vez es discutida, dominada, cuando no erosionada, por la normatividad económica y por la tecnológica, expresiones de poderes, en la mayoría de los casos incontrolados, de los que se exalta su irresistible fuerza vinculante. Se asiste, en relación con los derechos, a la que

*podría ser definida como una verdadera y auténtica desmovilización cognitiva.*⁸

Ante este panorama desalentador; no se le debe dejar seguir más ventaja en el campo nacional ni internacional; pues no se pueden perder las grandes conquistas que han traído los sistemas regionales de protección de los derechos humanos. Contar con tres (3) sistemas que representan, realmente el institucionalismo internacional que ha creado una barrera de protección extraestatal más contundente que los propios sistemas de gobiernos nacionales; por lo anterior, se deben revisar los problemas que afrontan, y asumir esos retos fortaleciendo los organismos extraestatales.

La doctrina especializada se ha pronunciado sobre los sistemas; donde se afirma que: “Los tres sistemas regionales bien establecidos (en Europa, las Américas y África) tienen como objetivo proporcionar acceso a las personas a una decisión y reparación basada en la violación de derechos humanos establecidos en los tratados fundacionales”.⁹ Es importante, para las personas contar con una vía externa, por fuera de los Estados que busque reparar las violaciones a los derechos, donde la impunidad o la falta de mecanismos quede superada en gran medida.

La autora Annika Ben David señala: “En los tres sistemas regionales más consolidados —Europa, América y África—, las organizaciones de derechos humanos han optado cada vez más por buscar justicia a través de mecanismos regionales en lugar del sistema de las Naciones Unidas, cuando los sistemas de justicia nacionales fallan”.¹⁰ Esto muestra una necesidad por consolidar los

⁸ PASTORE, Baldasare, “El desafío de la efectividad”, *Derechos y Libertades: Revista de Filosofía del Derecho y Derechos Humanos*, 2024, no. 50, pp. 85-93. <https://tinyurl.com/4ew5ap6y>

⁹ SCHEININ, Martin, “The three well-established regional human rights systems: access to justice and remedy”, *International & Comparative Law Quarterly*, 2017, no. 1, vol. 66, pp. 161–185.

¹⁰ BEN DAVID, Annika, “Regional human rights systems in Africa and the Americas: strengthening access to justice when national systems fail”, *Swedish Review of Human Rights*, Ministry for Foreign Affairs of Sweden / MRFonden, 2019, pp. 7–14.

sistemas regionales, debido al déficit que tiene el sistema universal de protección de derechos humanos ha dejado.

Es por esto, que se hace necesario revisar el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH); sus retos y sus oportunidades de mejora en la búsqueda de respuestas. Puede ser que la respuesta la tengamos, en mejorar la universalidad; en la permanencia y estabilidad de los órganos y el cumplimiento de estándares interamericanos.

II. PRIMER RETO. LA UNIVERSALIDAD

El SIDH no cuenta con una universalidad dentro de la región; los treinta y cinco (35) países¹¹ que componen el continente americano no aceptan en totalidad la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ni de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

El tratado principal del SIDH es la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), que solo ha sido ratificada por veinticuatro (24) países;¹² haciendo claridad que Venezuela denunció la CADH, desde 2012 y esta como en una especie de suspenso internacional.¹³ La Corte IDH solo tiene veinte (20)

¹¹ Antigua y Barbuda, Argentina, Bahamas, Barbados, Belice, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Dominica, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Granada, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, San Cristóbal y Nieves, Santa Lucía, San Vicente y las granadinas, Surinam, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela.

¹² Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, Ecuador, El Salvador, Granada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Surinam, Uruguay y Venezuela (denunció la Convención en 2012, con efecto en 2013, pero aún figura como está que ratificó la CADH).

¹³ Al respecto se puede revisar, lo señalado en: HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, José Ignacio, “La jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para conocer de violaciones

Estados¹⁴ que reconocen su competencia contenciosa para imponer sentencias.

En términos poblacionales, contamos en el continente cuenta con una población aproximadamente de 1031.000.000 millones de personas; las personas que son beneficiadas por la CADH son aproximadamente 631 millones que representa un sesenta y un por ciento (61%); las personas que están protegidas por la Corte IDH son 667 millones que representan un sesenta y cinco (65%). De los 338 millones de personas que quedan sin protección; aproximadamente 98 millones se encuentran en situación de pobreza y 25 millones en pobreza extrema.

Es necesario e imperioso, que todos los Estados Americanos ratifiquen y acepten la CADH y la competencia contenciosa de la

de derechos humanos en Venezuela luego de 2013”, *Revista de Derecho Público*, 2023, no. 173-174, pp.33–46. Donde se menciona: “La situación jurídica de Venezuela ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) es confusa. En 2012, Venezuela denunció la Convención Americana sobre Derechos Humanos a partir del 10 de septiembre de 2013. En 2018, Venezuela también denunció la Carta de la Organización de los Estados Americanos. Sin embargo, antes de que este retiro entrara en vigor en 2019, el Consejo Permanente y la Asamblea General reconocieron, como representante de Venezuela, al designado bajo la autoridad de la Asamblea Nacional de 2015. Asimismo, el presidente de la Asamblea Nacional, en calidad de presidente encargado, ratificó – retroactivamente – la Convención Americana y revocó la denuncia de la Carta. Ambas decisiones fueron registradas por el secretario general en calidad de depositario de estos tratados. Considerando los depósitos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos concluyó que Venezuela es un Estado miembro de la Convención Americana. Sin embargo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos aún no ha decidido que Venezuela es nuevamente un Estado miembro y que, en consecuencia, la Corte tenga competencia sobre violaciones cometidas después del 10 de septiembre de 2013”.

¹⁴ Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Surinam y Uruguay.

Corte IDH; hacerlo nos llevaría a afirmar una verdadera universalidad, creando estándares para mejorar las condiciones extremas y problemas estructurales que se viven en el continente.

El profesor González Morales resume este problema de la universalidad en los siguientes términos, exponiendo:

*Uno de los tópicos recurrentes en los últimos años en el debate sobre las reformas en los órganos políticos de la OEA ha sido la cuestión de la falta de “universalidad” del SIDH, esto es, el hecho de que un conjunto de Estados de la OEA no ha ratificado ninguno o casi ninguno de sus tratados en la materia. Se trata de Estados Unidos, Canadá y la mayoría de los países del CARICOM (Caribe angloparlante). A pesar de que por el solo hecho de ingresar a la OEA se aplica a un Estado la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y adquiere competencia a su respecto la CIDH, es evidente que se alcanza un estatus pleno sólo una vez que se ratifica la Convención Americana. De allí que en el contexto del SIDH se hable de una falta de universalidad de este para referirse a la mencionada carencia. Se trata de una carencia que ha sido reconocida en todos los niveles de la OEA.*¹⁵

Si queremos hablar de alcance; es necesario afrontar la Universalidad y revisar la situación de cada uno de los Estados en relación con la ratificación de la CADH y el reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte IDH. No debe dejarse a los Estados, que se denuncian o se retiran, sin herramientas internacionales para la protección de los derechos de las personas que están dentro de esos países. Debe hacer un seguimiento desde el

¹⁵ GONZÁLEZ MORALES, Felipe, “El proceso de reformas recientes al Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, *Revista IIDH*, 2014, vol. 59, pp. 119–149. <https://tinyurl.com/mvfz89d6>

seno de la Organización de los Estados Americanos (OEA), para activar todos los mecanismos internacionales, para fortalecer y lograr un alcance universalizado de la CADH y de la Corte IDH.

III. SEGUNDO RETO. PERMANENCIA Y ESTABILIDAD DE LOS ÓRGANOS

El SIDH cuenta con dos órganos la CIDH y la Corte IDH; cada organismo cuenta con siete (7) miembros que tienen forma de elección diferente.¹⁶ El reto radica que son corporaciones demasiado pequeñas para atender a todas las denuncias por violación de Derechos Humanos de la región. Su rol protagónico es indispensable para la defensa y protección de los derechos. No obstante, es difícil porque no son corporaciones robustas que tengan una cobertura e impacto realmente significativo.

Por ende, se necesita garantizar mayor permanencia de los Comisionados por lo menos a periodo de ocho (8) años, aumentando en cuatro años el actual; una razón es que la mayoría de los periodos de gobierno en la región son de cuatro (4) años a (6) años; para garantizar que estos estuviesen en dos periodos presidenciales

¹⁶ Los comisionados de la CIDH y los jueces de la Corte IDH, son electos mediante procesos distintos, pero ambos regulados por la CADH. La CIDH está compuesta por siete (7) miembros, elegidos a título personal por la Asamblea General de la OEA por un período de cuatro (4) años, con posibilidad de una reelección, conforme a los artículos 34 a 36 de la Convención y los artículos 2 a 4 del Estatuto de la CIDH. Los candidatos deben ser personas de alta autoridad moral y reconocida versación en derechos humanos, y no pueden desempeñar funciones incompatibles con su mandato. Por su parte, los jueces de la Corte IDH también son siete (7), elegidos por los Estados parte de la CADH durante la Asamblea General de la OEA, por un período de seis (6) años con posibilidad de reelección por una sola vez, según los artículos 52 a 55 de la CADH y los artículos 4 a 8 del Estatuto de la Corte IDH. Los jueces deben ser juristas de la más alta autoridad moral y competencia reconocida en materia de derechos humanos, y no puede haber más de un juez por país. En ambos casos, la elección se realiza mediante votación secreta y mayoría absoluta.

tendría que ser superior a seis (6) años. Aumentar el tiempo de los comisionados genera mayor estabilidad dentro de la CIDH, mejora la respuesta dentro de las diferentes denuncias, genera estabilidad dentro de las personas que asumen este rol y garantizan mayor uniformidad en las decisiones.

Los análisis sobre independencia judicial en la Corte IDH se enfatizan en lograr cambios revisando los periodos de permanencia¹⁷ y su reelección.¹⁸ Sería correcto equiparar los mandatos de los comisionados con los de los magistrados a ocho (8) años. Y permitir una sola vez, la reelección. Aunque uno de los puntos neurálgicos, es el número la corporación debería crecer en número de magistrados y comisionados y lograr tener un número mayor de jueces y comisionados. Si habláramos se podría aumentar a nueve (9) magistrados el número de la corporación sería un avance relevante para la estabilidad institucional de esta Corte IDH.

La Corte IDH, no es una instancia permanente dentro del SIDH; por ende, su fortalecimiento debería ser que fuera una instancia constante, es necesario que sea continua para no estar sometido a los periodos de sesiones ordinarios y extraordinarios. Como lo señala los profesores: “Aunque la Corte IDH es un tribunal permanente, su funcionamiento efectivo se organiza en períodos de sesiones, y no cuenta con una composición judicial a tiempo completo como la Corte Europea”.¹⁹ La región clama por un órgano jurisdiccional a tiempo completo, que siempre se encuentre abierto y en funciones para todas las denuncias que se presentan desde la CIDH; como para velar por el cumplimiento de las sentencias. Tener un órgano continuo hace que cualquier situación que se necesite sea más pronta su resolución.

¹⁷ RUIZ-CHIRIBOGA, Oswaldo-Rafael, “The Independence of the Inter-American Judge”, *The Law & Practice of International Courts and Tribunals*, 2012, no. 1, vol. 11, pp. 115–16.

¹⁸ TORRES, Paola Andrea, “The Independence of International Human Rights Courts”, *SELA - Seminar on Latin America and the Rule of Law*, Yale Law School, 2013, p. 6.

¹⁹ RODRÍGUEZ RESCIA, Víctor y NAVAS ALVARADO, Karin, *El proceso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Corte IDH, San José, 2009, p. 21.

Ya la Corte IDH, ha demostrado que puede tener pronunciamientos en tiempos realmente cortos para no dejar desprotegidos los derechos; cabe mencionar el caso peruano, en relación con el habeas corpus que se iba conceder a Alberto Fujimori, y donde la Corte IDH, se pronunció de forma casi inmediata solicitando escuchar a las víctimas de los Casos Barrios Altos y Caso La Cantuta; dejando sin efecto la decisión del Tribunal Constitucional Peruano.

IV. TERCER RETO. EL CUMPLIMIENTO DE ESTÁNDARES INTERAMERICANOS

El SIDH tiene nueve tratados o elementos normativos (9) principales,²⁰ no obstante, además de estos ha utilizado diferentes tratados del sistema universal de protección de derechos humanos, en diferentes sentencias de la Corte IDH, por ejemplo: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP, 1966) (Vr. Gr. Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, Caso Saramaka vs. Surinam); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC, 1966) (Vr. Gr. OC-27/21); Convención contra la Tortura (CAT, 1984) (Caso Azul Rojas Marín vs. Perú; Caso Campo Algodonero vs. México); la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN, 1989) (Caso Fornerón e hija vs.

²⁰ Los tratados son: (1) Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948); (2) Convención Americana sobre Derechos Humanos – Pacto de San José (1969); (3) Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales – Protocolo de San Salvador (1988); (4) Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (1985); (5) Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (1994); (6) Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer – Convención de Belém do Pará (1994); (7) Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores (1994); (8) Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (1999); (9) Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia (2013).

Argentina, Caso Ramírez Escobar vs. Guatemala); la Convención sobre la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD, 1965) (Caso Comunidad Xucuru vs. Brasil, Caso Garífuna Triunfo de la Cruz vs. Honduras); la Convención sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW, 1979) (Caso Campo Algodonero, Caso Guzmán Albarracín vs. Ecuador); la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD, 2006) (Caso I.V. vs. Bolivia) y los Convenios de Ginebra de 1949 y Protocolos Adicionales de 1977 (Caso Las Palmeras vs. Colombia, 2001; Caso Santo Domingo vs. Colombia, 2012; Caso Rochela vs. Colombia, 2007).

Esto hace que el SIDH, tanto la CIDH como la Corte IDH sean verdaderos armonizadores extraestatales de las diferentes normativas internacionales; creando estándares que a veces parecen que superan el poder normativo e integrador de los Estados. La proliferación de estándares hace crear cuerpos normativos que van más allá de las normas, sino que sugieren integrar interpretaciones contenidas en resoluciones, opiniones consultivas y sentencias.

Los profesores René Tapia Herrera y Gonzalo Candia Falcón señalan en relación con la doctrina de los estándares interamericanos:

La doctrina de los estándares interamericanos, desarrollada por la CIDH y por la Corte IDH, ha buscado ampliar el ámbito de las conductas jurídicamente exigibles a los Estados parte del SIDH. En efecto, ambos órganos de supervisión han establecido que los Estados no se encuentran únicamente obligados por los estándares de conducta recogidos por los instrumentos convencionales, sino también por estándares producidos a partir de decisiones adoptadas tanto por la CIDH, como por la Corte IDH. Si bien no existe unanimidad entre ambas instituciones al momento de definir qué actuaciones permitirían establecer esos estándares extra convencionales, ambas

coinciden en reconocer que los Estados se encontrarían sometidos a estándares no recogidos expresamente en las convenciones del SIDH.

Pese al esfuerzo realizado por la CIDH y la Corte IDH por persuadir tanto a los Estados como a los autores, acerca de la legitimidad de la doctrina de los estándares, igualmente subsisten controversias en torno a la fuerza vinculante de los estándares interamericanos extra convencionales. Desde una perspectiva de estado de derecho, dichas interrogantes producen un severo problema de promulgación que impacta también otros desiderata. Todos estos problemas terminan por disminuir la capacidad orientadora del SIDH. Ello, en la medida que los Estados parte carecen de las suficientes certezas para identificar con precisión cuáles serían los estándares que les resultarían jurídicamente obligatorios. Esa pérdida de capacidad orientadora, a su vez, disminuye la habilidad del mismo SIDH para limitar la discrecionalidad de juicio de sus órganos supervisores, contribuyendo con ello a generar espacios de incerteza. De allí la necesidad de que los diversos actores del SIDH, al menos, reevalúen sus posiciones en torno a la doctrina de los estándares buscando introducir con ello mayores grados de seguridad jurídica al interior del SIDH.²¹

Es importante, *prima facie* concentrar la doctrina de los estándares interamericanos en las sentencias de la Corte IDH para evitar inseguridades jurídicas; a primer semestre de 2025, se cuenta

²¹ TAPIA HERRERA, René y CANDIA FALCÓN, Gonzalo, “Los Estándares Interamericanos de Derechos Humanos y el Estado de Derecho: Una Evaluación Crítica”, *Revista Chilena de Derecho*, 2023, no. 2, vol. 50, pp. 157–184. <https://tinyurl.com/4ve23nkd>

con 484 sentencias emitidas por el tribunal internacional. Se puede afirmar que 190 sentencias hacen alusión a estándares que deberían ser seguidos por toda la región. Eso hace que el cuerpo normativo sea muy amplio, donde se debe revisar y de tener un constante seguimiento por parte de todos los agentes de Estado a los pronunciamientos internacionales.

El estándar más potente que ha creado la Corte IDH; es el control de convencionalidad (CCV). Este nació en el Caso Almonacid Arellano vs. Chile y se ha desarrollado en diferentes sentencias; convirtiéndose en un practica constante, reiterada y efectiva de la Corte IDH. El CCV, busca armonizar la normatividad interna con la internacional. Es un ejercicio de confrontación normativa que busca que no haya incompatibilidad de los sistemas jurídicos internos con los internacionales.

El CCV ha creado una nueva cultura jurídica que implica un cambio de paradigma en la manera de comprender, aplicar e interpretar el derecho en palabras del profesor Martínez Lazcano,²² al respecto el profesor Villalba Bernié afirma:

En este tiempo moderno el control de convencionalidad se ha convertido en el eje temático propiciado por el ámbito internacional para consolidar la tutela de los derechos humanos, ello conlleva que los marcos normativos del orden interno exterioricen la necesidad de ajustar sus cánones legales a estos nuevos indicadores de convencionalidad. De no hacerlo se estaría en presencia de un diseño normativo que no adecúa sus presupuestos a mandatos superiores de rango constitucional e internacional. Supone que se armonicen y equilibren tanto el control de constitucionalidad, con el control de

²² MARTÍNEZ LAZCANO, Alfonso Jaime, “Control difuso de convencionalidad: transición de la cultura jurídica en América Latina”, *Revista Jurídica Mario Alario D’Filippo*, 2020, no. 24, vol. 12, p. 250. <https://tinyurl.com/3xrtma8j>

*convencionalidad, a su vez ligados con el control de legalidad, de lo contrario se avalaría un orden doméstico que actúa en contradicción con mandatos superiores”.*²³

V. A MANERA DE CONCLUSIONES

Los derechos humanos viven hoy en día una crisis; un panorama totalmente desesperanzador visto desde todos los sistemas jurídicos. Los Estados no han podido lograr contener la violación masiva de derechos humanos, las guerras, las dictaduras, las hambrunas, los conflictos ambientales, los delitos de lesa humanidad y las nuevas problemáticas que conllevan todas las nuevas tecnologías.

Hoy el mundo jurídico ha sobrepasado todos los grandes problemas desde el Siglo XVIII como fueron la positivización, la exigibilidad y la justiciabilidad de los derechos. Pero, queda una dificultad muy avasalladora es la efectividad. Los derechos están en normas que son letra muerta en la práctica, los Estados no han logrado volver reales y materiales los derechos a todas las personas.

La respuesta que tuvo el mundo jurídico fue la creación de los sistemas regionales de protección; estos son una de las mejores respuestas que tenemos para hacer justicia real y material por la violación a los derechos humanos. Por ende, si es necesario revisar el SIDH, y mejorar su estructura, fortaleciendo los órganos su alcance, su composición y el seguimiento a sus estándares, sería construir sobre lo construido y avanzar en la protección de los derechos humanos.

Hoy podemos decir que tenemos tres grandes retos; el primero la universalidad, el segundo la permanencia y la estabilidad de sus órganos y el tercero, el cumplimiento de los estándares americanos. Aunque el SIDH tiene diferentes problemas de distintos indoles.

²³ VILLALBA BERNIÉ, Pablo Darío, “Justicia convencional y derecho procesal: complejidades”, *Cuadernos de Educación y Desarrollo*, 2023, no. 5, vol. 15, p. 4566.

Enfocarse en la solución de estas tres aristas, sería un impulso para la protección efectiva de los derechos humanos en la región.

VI. REFERENCIAS

Doctrina

- BEN DAVID, Annika, “Regional human rights systems in Africa and the Americas: strengthening access to justice when national systems fail”, Swedish Review of Human Rights, Ministry for Foreign Affairs of Sweden / MRFonden, 2019.
- JIMÉNEZ MADRIGAL, Gustavo Adolfo, *Globalización y derechos humanos: de la globalización hegemónica neoliberal a la crisis de los derechos humanos y del Estado social de derecho*, tesis doctoral, dir. María José Fariñas Dulce, Universidad Carlos III de Madrid, Programa de Doctorado en Estudios Avanzados en Derechos Humanos, Madrid, 2022.
- RODRÍGUEZ RESCIA, Víctor y NAVAS ALVARADO, Karin, *El proceso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Corte IDH, San José, 2009.
- TORRES, Paola Andrea, “The Independence of International Human Rights Courts”, *SELA - Seminar on Latin America and the Rule of Law*, Yale Law School, 2013.

Hemerografía

- CÓRDOBA DEL VALLE, Enrique, “Veracruz, entre seguridad ciudadana y derechos humanos”, *Lex Social: Revista de los Derechos Sociales*, 2016, no. 2, vol. 6, pp. 222-238.
- CORRÊA DE ALMEIDA, Marina, “La grave crisis de los derechos humanos en Brasil y sus implicaciones para los pueblos indígenas: en búsqueda de criterios jurídicos favorables desde la experiencia latinoamericana”, *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, 2020, no. 2, vol. 31, pp. 143-169. <https://tinyurl.com/3m7mxr54>
- DÍAZ MÜLLER, Luis, “El relámpago en la piedra: las ‘transacciones’ en América Latina y la crisis de los derechos

- humanos”, *Estudios Internacionales*, 2000, no. 131-132, vol. 33, p. 183, <https://tinyurl.com/49r6d87w>
- DOMÍNGUEZ REDONDO, Elvira, “La crisis de los derechos humanos: necesidad de un cambio de discurso y estrategias”, *Revista ESMAT*, 2017, no. 14, vol. 9, pp. 103-114.
- GONZÁLEZ MORALES, Felipe, “El proceso de reformas recientes al Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, *Revista IIDH*, 2014, vol. 59, pp. 119-149. <https://tinyurl.com/mvfz89d6>
- HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, José Ignacio, “La jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para conocer de violaciones de derechos humanos en Venezuela luego de 2013”, *Revista de Derecho Público*, 2023, no. 173-174, pp. 33-46.
- LÓPEZ-CALLE, Santiago, “Violencia y crisis de los derechos humanos en Colombia, 1934-1991”, *Forum. Revista Departamento de Ciencia Política*, 2020, no. 17, pp. 43-71. <https://tinyurl.com/2w4cps92>
- MARTÍNEZ LAZCANO, Alfonso Jaime, “Control difuso de convencionalidad: transición de la cultura jurídica en América Latina”, *Revista Jurídica Mario Alario D’Filippo*, 2020, no. 24, vol. 12, p. 250. <https://tinyurl.com/3xrtma8j>
- PASTORE, Baldasare, “El desafío de la efectividad”, *Derechos y Libertades: Revista de Filosofía del Derecho y Derechos Humanos*, 2024, no. 50, pp. 85-93. <https://tinyurl.com/4ew5ap6y>
- PRADO KLEIN, Érico y GUEDES SOBREIRA, Renan, “Ecos del Carandiru: la crisis de los derechos humanos en el sistema penitenciario brasileño”, *Revista Cuadernos Manuel Giménez Abad*, 2019, no. 17, pp. 63-75.
- RUIZ-CHIRIBOGA, Oswaldo-Rafael, “The Independence of the Inter-American Judge”, *The Law & Practice of International Courts and Tribunals*, 2012, no. 1, vol. 11, pp. 115-16.
- SCHEININ, Martin, “The three well-established regional human rights systems: access to justice and remedy”, *International*

& *Comparative Law Quarterly*, 2017, no. 1, vol. 66, pp. 161–185.

TAPIA HERRERA, René y CANDIA FALCÓN, Gonzalo, “Los Estándares Interamericanos de Derechos Humanos y el Estado de Derecho: Una Evaluación Crítica”, *Revista Chilena de Derecho*, 2023, no. 2, vol. 50, pp. 157–184.
<https://tinyurl.com/4ve23nkd>

VILLALBA BERNÍE, Pablo Darío, “Justicia convencional y derecho procesal: complejidades”, *Cuadernos de Educación y Desarrollo*, 2023, no. 5, vol. 15, p. 4566.

Legisgrafía

Comité Internacional de la Cruz Roja, *Convenios de Ginebra*, 12 de agosto de 1949. <https://tinyurl.com/5f9b47ca>

Comité Internacional de la Cruz Roja, *Protocolos Adicionales I y II a los Convenios de Ginebra de 1949*.
<https://tinyurl.com/ptus45fy>

OEA, *Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura*, Cartagena de Indias, 9 de diciembre 1985.
<https://tinyurl.com/3mnx58v5>

OEA, *Convención Americana sobre Derechos Humanos – Pacto de San José*, San José, 22 de noviembre 1969.
<https://tinyurl.com/5n859vff>

OEA, *Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia*, Antigua, Guatemala, 5 de junio 2013.
<https://tinyurl.com/3xfn7fjc>

OEA, *Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad*, Ciudad de Guatemala, 7 de junio 1999.
<https://tinyurl.com/vezxue8h>

OEA, *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer – Convención de Belém do Pará*, Belém do Pará, 9 de junio 1994.
<https://tinyurl.com/366je6sw>

OEA, *Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas*, Belém do Pará, 9 de junio 1994.
<https://tinyurl.com/merkt9s>

- OEA, *Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores*, Ciudad de México, 18 de marzo 1994. <https://tinyurl.com/mwvhuinh>
- OEA, *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*. Bogotá, 2 de mayo 1948. <https://tinyurl.com/yc7w77bu>
- OEA, *Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales – Protocolo de San Salvador*, San Salvador, 17 de noviembre 1988. <https://tinyurl.com/2ku7cedc>
- ONU, *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*, Nueva York, 10 de diciembre 1984. <https://tinyurl.com/ysx28u74>
- ONU, *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial*, Nueva York, 21 de diciembre 1965. <https://tinyurl.com/4924sctx>
- ONU, *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*, Nueva York, 18 de diciembre 1979. <https://tinyurl.com/3a4ha46p>
- ONU, *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Nueva York, 13 de diciembre 2006. <https://tinyurl.com/33d4bbf4>
- ONU, *Convención sobre los Derechos del Niño*, Nueva York, 20 de noviembre 1989. <https://tinyurl.com/53ntxbj9>
- ONU, *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, Nueva York, 16 de diciembre 1966. <https://tinyurl.com/yhbuujhp>
- ONU, *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Nueva York, 16 de diciembre 1966. <https://tinyurl.com/5n6hau97>

Referencias jurisprudenciales

- Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. <https://tinyurl.com/3sfyukpc>
- Corte IDH, *Caso Azul Rojas Marín vs. Perú*. Sentencia de fondo, reparaciones y costas de 12 de marzo de 2020. <https://tinyurl.com/5dxzs6ah>

- Corte IDH, *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras*. Sentencia de 8 de octubre de 2015. <https://tinyurl.com/5t3s584y>
- Corte IDH, *Caso Comunidad Xucuru vs. Brasil*. Sentencia de 5 de febrero de 2018. <https://tinyurl.com/yc5vxydj>
- Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Sentencia de fondo, reparaciones y costas de 28 de noviembre de 2007. <https://tinyurl.com/52ymcwtf>
- Corte IDH, *Caso Fornerón e hija vs. Argentina*. Sentencia de 27 de abril de 2012. <https://tinyurl.com/yhv766bt>
- Corte IDH, *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. <https://tinyurl.com/ycx3bsm4>
- Corte IDH, *Caso Guzmán Albarracín y otra vs. Ecuador*. Sentencia de 24 de junio de 2020. <https://tinyurl.com/48jj3j9r>
- Corte IDH, *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Sentencia de fondo, reparaciones y costas de 2 de julio de 2004. <https://tinyurl.com/yc6y4463>
- Corte IDH, *Caso I.V. vs. Bolivia*. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. <https://tinyurl.com/yucdh6vs>
- Corte IDH, *Caso La Rochela vs. Colombia*. Sentencia de 11 de mayo de 2007. <https://tinyurl.com/65j24yp4>
- Corte IDH, *Caso Las Palmeras vs. Colombia*. Sentencia de fondo de 6 de diciembre de 2001. <https://tinyurl.com/3ub4rtc6>
- Corte IDH, *Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala*. Sentencia de 9 de marzo de 2018. <https://tinyurl.com/35cn3pk9>
- Corte IDH, *Caso Santo Domingo vs. Colombia*. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. <https://tinyurl.com/ymurmujz>
- Corte IDH, *Opinión Consultiva OC-27/21. Derechos a la libertad sindical, negociación colectiva y huelga*. Serie A No. 27. <https://tinyurl.com/fk99ydh6>

NEGATIVISMO JURÍDICO EN AMÉRICA LATINA: EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD COMO RUPTURA EPISTEMOLÓGICA

ALFONSO JAIME MARTÍNEZ LAZCANO*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Fundamentos teóricos del negativismo jurídico.* III. *Control difuso de convencionalidad.* IV. *Fundamento del control de convencionalidad.* V. *Fundamento del control de convencionalidad.* VI. *Clasificación de la afectación a los derechos humanos como herramienta de ponderación ética, jurídica y pedagógica.* VII. *Conclusión.* VIII. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

En América Latina, el control de convencionalidad se ha consolidado como una herramienta jurisdiccional imprescindible para garantizar la eficacia del sistema interamericano de derechos humanos (SIDH). Desde su formulación en el caso Almonacid

* Doctor en derecho público. Investigador Nacional Nivel 1 de la SECIHTI. Profesor del Posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM. Presidente del Colegio de Doctores en Ciencias Jurídicas en Iberoamérica. Presidente del Colegio de Abogados Procesalistas Latinoamericanos. Vicepresidente de Investigaciones de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional. Director de la Revista Primera Instancia. Contacto: alfonso.martinezl@derecho.unam.mx

Arellano vs. Chile (2006),¹ la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha exigido a los jueces nacionales parte del SIDH aplicar directamente los tratados internacionales de derechos humanos, incluso por encima de normas internas contrarias² a estos, siempre subordinado al principio *pro homine*. Este fallo ha transformado el control de convencionalidad, pasando de un modelo concentrado a difuso o único.

Sin embargo, esta evolución normativa convive con una profunda crisis estructural del derecho latinoamericano, marcada por lo que denominamos negativismo jurídico: una forma de resistencia institucional que se manifiesta en la omisión, distorsión o neutralización de los principios convencionales. Este negativismo no es meramente técnico, sino político y epistemológico. Como advierte Néstor Sagüés, el control de convencionalidad “*no ha tenido un desarrollo lineal, sino más bien zigzagueante*”, con decisiones que a veces se contradicen o dejan “*flecos colgando*”. Esta falta de armonía revela no solo los límites del derecho judicial, sino también la persistencia de prácticas jurídicas que se resisten a la transformación emancipadora.³

La tensión entre el mandato convencional y las estructuras jurídicas nacionales se agudiza en contextos de gobernanza débil, sistemas judiciales colapsados y políticas punitivas que refuerzan el formalismo excluyente. Marian Vidaurri, por ejemplo, señala que el hacinamiento carcelario y la ineficacia judicial en países como Guatemala y Haití constituyen una crisis sistémica que vulnera

¹ Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, párrafo 124. <https://tinyurl.com/2cyste5e>

² Cfr. PEROTTI PINCIROLI, Ignacio G., *El control de convencionalidad en la Corte Interamericana y en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Fundación Academia Europea e Iberoamericana de Yuste, 2024, pp. 6-7. <https://tinyurl.com/mhppr2v9>

³ SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Control de convencionalidad*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2015, p. 327. <https://tinyurl.com/2txdjbam>

derechos fundamentales y desacredita el compromiso estatal con los estándares internacionales.⁴

Este artículo reafirma una lectura crítica del control de convencionalidad. Lo hace desde la categoría del negativismo jurídico, entendida como una de las resistencias que lo integra. A través del análisis de casos paradigmáticos, se busca evidenciar cómo el derecho convencional, lejos de ser plenamente aplicado, es con frecuencia instrumentalizado, contrarrestado o reinterpretado para preservar el *statu quo* jurídico y político. Un ejemplo emblemático es la actuación de la Suprema Corte mexicana, que ha creado criterios judiciales haciendo interpretaciones contrarias al texto constitucional y convencional, al imponer las llamadas “restricciones constitucionales”⁵ como límite obligatorio para todos los jueces del país. Esta fórmula, neutraliza al principio *pro persona*, y vulnera directamente la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), lo que produce un efecto regresivo: la sustracción parámetros de protección de los derechos humanos a las personas bajo jurisdicción nacional.

Además, se pretende confundir a los operadores jurídicos al afirmar que el principio *pro persona* sí se aplica, únicamente entre las normas constitucionales, aunque protejan menos que el derecho convencional. Esta interpretación es falsa y distorsiona la verdadera jerarquía normativa, porque desvirtúa la prioridad del derecho convencional en la protección máxima de los derechos humanos.⁶

Por ejemplo, la figura del arraigo, aunque esté contenida en la Constitución mexicana, no supera el *test* del principio *pro persona*. Por el contrario, lo vulnera abiertamente: permite la privación de

⁴ Redacción NVI Noticias, *Apreciación de Marian Vidaurri sobre la crisis del sistema carcelario en América Latina*, NVI Noticias, 2025. <https://tinyurl.com/5bsmwemz>

⁵ Tesis: 2a./J. 119/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 12, tomo I, noviembre 2014, p. 768. Registro digital: 2007932. <https://tinyurl.com/398yxear>

⁶ Tesis: 2a./J. 163/2017 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación*, libro 49, tomo I, diciembre 2017, p. 487. Registro digital: 2015828. <https://tinyurl.com/yywk3vh7>

libertad sin imputación formal, sin control judicial sustantivo, y por plazos que exceden cualquier pauta internacional de razonabilidad.

La norma constitucional limita la retención ministerial a precisar que “en ningún caso” la detención no puede ser mayor de 48 o 96 horas, para resolver la situación jurídica de detenidos ante éste, por otra parte, a petición del órgano acusador, el juez puede ordenar el arraigo penal de 40 a 80 días con el único argumento, que se sospecha de haber cometido un delito del crimen organizado.

Esto genera una antinomia entre el principio constitucional de libertad personal y plazo breve de retención, y una norma procesal que permite una privación prolongada sin imputación formal, lo que puede ser visto como una violación al principio de legalidad, presunción de inocencia y debido proceso.

Esta antinomia entre la retención ministerial limitada por la Constitución y el arraigo penal extendido por sospecha debe resolverse bajo el principio *pro homine*, que es uno de los pilares interpretativos más poderosos del derecho internacional de los derechos humanos. Ello implica una regresión grave en derechos humanos, y constituye una trasgresión directa al artículo 7 de la CADH.

Esta distorsión hermenéutica alcanza su expresión más grave en la figura del arraigo, una institución que, pese a estar contenida en el texto constitucional mexicano, vulnera abiertamente el principio *pro homine* y los estándares internacionales de protección de derechos humanos.

El arraigo permite la privación de libertad por plazos de 40 a 80 días sin imputación formal, sin control judicial sustantivo, y con el único argumento de una sospecha vinculada al crimen organizado. Esta figura no supera el test de convencionalidad ni el principio de razonabilidad, y constituye una trasgresión directa al artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Su existencia revela una antinomia normativa entre el artículo 16 constitucional, que lo autoriza, y el artículo 19, que limita la retención ministerial a un máximo de 48 o 96 horas.

Esta contradicción no ha sido resuelta conforme al principio *pro persona*, sino neutralizada mediante la imposición de las llamadas “restricciones constitucionales”, que impiden a los jueces aplicar la norma más protectora incluso dentro del propio texto constitucional. Así, el principio *pro homine* se convierte en una cláusula decorativa, desprovista de eficacia jurídica real, que perpetúa un sistema jurídico formalista, regresivo y contrario a la tutela efectiva de los derechos humanos.

Esta contradicción se evidencia con especial claridad al comparar dos disposiciones constitucionales que regulan la privación de libertad: el artículo 16 (arraigo) y el artículo 19 (retención ministerial).

La antinomia entre el arraigo y la retención ministerial no es solo jurídica: es el espejo donde se refleja la lucha entre un derecho que protege y otro que sospecha, y resolverla bajo el principio *pro homine* no es una opción hermenéutica, sino una exigencia ética.

Para evidenciar con mayor claridad la antinomia constitucional entre el arraigo y la retención ministerial, se presenta la siguiente tabla comparativa, que contrasta sus elementos esenciales desde una perspectiva convencional y garantista:

Tabla 1. Comparativa entre el artículo 16 y el artículo 19 constitucional

Aspecto	Artículo 16 (Arraigo)	Artículo 19 (Retención ministerial)
Naturaleza de la medida	Privación de libertad sin imputación formal (arraigo judicial)	Retención administrativa por el Ministerio Público
Duración máxima	Hasta 40 días, prorrogables hasta 80 días	48 horas, prorrogables a 96 horas en casos de delincuencia organizada
Control judicial	Juez decreta el arraigo, pero sin proceso penal ni imputación	El indiciado debe ser puesto a disposición de la autoridad judicial

Aspecto	Artículo 16 (Arraigo)	Artículo 19 (Retención ministerial)
Finalidad declarada	Éxito de la investigación, protección de bienes jurídicos, evitar fuga del inculcado	Garantizar que el indiciado sea procesado o liberado en tiempo razonable
Fundamento convencional	Contraviene el artículo 7 de la CADH (prohibición de detención arbitraria)	Compatible con estándares internacionales si se respeta el plazo y control judicial
Impacto en derechos humanos	Regresión grave: permite detención sin imputación ni garantías procesales	Protección relativa: limita la detención y exige control judicial
Aplicación desde el principio <i>pro persona</i>	No debería aplicarse: menos protectora, vulnera estándares internacionales	Debe aplicarse: más garantista, alineada con el derecho convencional

Elaboración: propia

Como se observa, el artículo 19 representa una medida más garantista y compatible con el derecho convencional, mientras que el artículo 16 encarna una regresión grave que vulnera derechos fundamentales. Esta falsa aplicación no solo erosiona la confianza en el sistema judicial, sino que también legitima prácticas que vulneran la dignidad humana y refuerzan estructuras de poder que resisten la plena incorporación del derecho internacional en el ámbito interno. Frente a esta simulación normativa, el control de convencionalidad exige no solo aplicación, sino transformación.

La figura del arraigo, al contravenir el artículo 7 de la CADH, no solo resulta inconvencional: carece de efectos jurídicos desde su origen. Como ha sostenido la Corte Interamericana, las leyes contrarias al objeto y fin de la Convención “desde un inicio carecen de efectos jurídicos”.

Esta doctrina obliga a los jueces nacionales a desaplicar cualquier norma —incluso constitucional— que vulnere derechos humanos, sin esperar su derogación formal. El control de convencionalidad, en este sentido, no es solo un mecanismo

interpretativo, sino una herramienta de nulidad originaria que transforma el orden jurídico desde sus fundamentos. En este marco, el arraigo no es una excepción constitucional: es una anomalía jurídica que nunca debió existir.

II. FUNDAMENTOS TEÓRICOS DEL NEGATIVISMO JURÍDICO

Los fundamentos teóricos del negativismo jurídico explican cómo una estructura mental, institucional y doctrinaria puede bloquear la evolución del derecho hacia modelos más humanos, éticos y garantistas. No es solo una omisión técnica: es una resistencia activa al cambio jurídico que perpetúa injusticias bajo el disfraz de legalidad.

1. Características del negativismo jurídico

El negativismo jurídico no es una postura monolítica, sino un síndrome institucional y argumentativo que se manifiesta a través de diversas estrategias de resistencia. Estas características operan conjuntamente para bloquear la evolución del derecho hacia un modelo garantista. A continuación, se analizan los ejes principales que configuran este patrón de exclusión normativa.

1.1. Desarrollo conceptual: defensa acrítica del positivismo normativo

Uno de los pilares del negativismo jurídico es la adhesión acrítica al positivismo normativo, tal como lo formuló Hans Kelsen en la célebre Teoría Pura del Derecho. Esta postura considera que el derecho debe ser estudiado exclusivamente como un sistema de normas, sin referencia a valores éticos, consideraciones sociales o principios de justicia.

Kelsen propone una separación radical entre el derecho y la moral, afirmando que el objeto de la ciencia jurídica debe ser

“puro”, es decir, libre de elementos ideológicos, políticos o empíricos. En su modelo, la validez de una norma no depende del contenido, sino de la posición dentro de una jerarquía normativa que culmina en la norma fundante básica, una ficción lógica que otorga coherencia al sistema jurídico.

“La teoría pura del derecho pretende conocer su objeto, el derecho positivo, tal como es, no como debe ser. Por ello, excluye de la ciencia jurídica todo juicio de valor”.⁷

Esta concepción, aunque útil para delimitar el campo de estudio jurídico, ha sido criticada por su rigidez formalista y por evadir el papel transformador del derecho en contextos de injusticia estructural. En el marco del negativismo jurídico, esta defensa acrítica del positivismo se traduce en una resistencia a aplicar principios como el *pro persona*, el control de convencionalidad o la dignidad humana, bajo el argumento de que “no están previstos en la ley”, lo cual es una falacia porque actualmente son exigencias procesales.

Como advierte la doctrina contemporánea, el positivismo normativo puede convertirse en una coartada institucional para justificar omisiones graves frente a derechos humanos, especialmente cuando se ignoran estándares internacionales o jurisprudencia vinculante.

El positivismo jurídico, en su versión más estricta, reduce el derecho a un conjunto de normas válidas por su origen formal, sin atender el contenido ético ni a el impacto social.

Kelsen hace referencia a la “pureza metódica” de la ciencia jurídica. Para él, el pensamiento iusfilosófico de la época contaminaba a la ciencia del derecho con estándares morales e ideología política, o intentaba reducirla a las ciencias naturales o

⁷ Cfr. KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, 2ª ed., trad. Roberto J. Vernengo, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1982, p. 9. <https://tinyurl.com/mtp6de83>

sociales. La idea de la “pureza” de la ciencia jurídica se concibe para distinguirla de la moral y de la ciencia empírica.⁸

Así el positivismo jurídico de Kelsen es factible sintetizarlo en:

- a) El derecho se concibe como un sistema normativo cerrado, autónomo y jerárquico.
- b) La validez de una norma depende exclusivamente de su origen formal (la norma superior), no de su contenido ni eficacia.
- c) La “pureza” metodológica busca aislar el derecho de la moral, la política y las ciencias empíricas.
- d) La norma fundamental (*Grundnorm*)⁹ es una presuposición teórica que permite construir el sistema jurídico como un orden lógico.

El contraste entre el positivismo jurídico kelseniano y la idea de que “el derecho nace en el hecho”¹⁰ permite una crítica profunda a la separación entre norma y realidad, entre validez formal y legitimidad social.

1.2. La resistencia a enfoques como la justicia terapéutica o la interculturalidad jurídica

Uno de los pilares del negativismo jurídico es la resistencia activa a enfoques que buscan humanizar el proceso judicial, como

⁸ ALARCÓN, Micaela, “Hans Kelsen, la Teoría pura del derecho. Introducción a los problemas de la ciencia jurídica”, *Revista Jurídica Derecho*, 2024, no. 21, vol. 13, p. 156. <https://tinyurl.com/3pktmvt6>

⁹ La revolución es un fenómeno crucial y el principal ejemplo que utiliza Kelsen para ilustrar el cambio de la norma fundamental (*Grundnorm*) y, por lo tanto, el paso de un ordenamiento jurídico a otro.

¹⁰ MARTÍNEZ LAZCANO, Alfonso Jaime, “Inconvencionalidad de la prisión preventiva oficiosa en México”, *Revista Jurídica Cesumar-Mestrado*, 2020, no. 3, vol. 20, p. 506. <https://tinyurl.com/z6cz3kar>

la justicia terapéutica y la interculturalidad jurídica. Estas corrientes no solo amplían el horizonte interpretativo del derecho, sino que colocan en el centro del análisis jurídico a la persona, la dignidad y el contexto sociocultural.

El derecho convencional sustantivo ha evolucionado hacia una fuente terapéutica e integradora, que obliga a los operadores jurídicos a adaptar el derecho nacional a estándares universales y regionales. Esta transformación implica un cambio de paradigma: del formalismo normativo a una praxis judicial centrada en la reparación, el reconocimiento y la inclusión.

Las disposiciones e interpretaciones del SIDH se han transformado en una fuente invasiva, terapéutica e integradora al pretender que el derecho nacional se adapte a los estándares universales y regionales.¹¹

Asimismo, la justicia tradicional —organizada desde la academia y centrada en ritos procesales— ha perdido rumbo frente a las exigencias de una justicia eficaz, sensible y orientada al ser humano. La resistencia a esta evolución se manifiesta en la omisión de aplicar estándares convencionales, en el rechazo a la interculturalidad jurídica, y en la negación del control difuso de convencionalidad.

Esta tensión se manifiesta porque estamos inmersos en una revolución jurídica de transición entre las viejas formas arraigadas de administrar justicia [...] frente a las novedosas y necesarias construcciones del derecho más provistas de contenido.¹²

¹¹ MARTÍNEZ LAZCANO, Alfonso Jaime, “Derecho sustantivo convencional. Fuente terapéutica del derecho nacional”, *Emerging Trends in Education*, 2019, no. 12, vol. 6, p. 101. <https://tinyurl.com/y63yrtzw>

¹² MARTÍNEZ LAZCANO, Alfonso Jaime, “El derecho convencional y los retos de su implementación en los Estados Parte”, *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas*, 2019, no. 3, vol. 7, p. 436. <https://tinyurl.com/whrnsm4w>

Esta resistencia no es neutra: perpetúa esquemas excluyentes, ignora contextos de vulnerabilidad y obstaculiza el acceso efectivo a la justicia. El negativismo jurídico, en este sentido, se convierte en una forma de violencia institucional que se disfraza de legalidad.

1.3. La “incertidumbre jurídica” como resistencia retórica

La crítica de que los principios jurídicos generan incertidumbre se basa en su naturaleza abierta, contrastando con la taxatividad de las reglas. Sin embargo, en el contexto de la evolución legislativa y la protección de los derechos humanos, este concepto ha trascendido la preocupación técnica para convertirse en un escudo retórico y una estrategia ideológica.

La incertidumbre jurídica se define como la percepción de inestabilidad normativa que impide prever con claridad las consecuencias legales de una acción. Aunque esta inseguridad puede surgir legítimamente por fallas en la técnica legislativa, es frecuentemente instrumentalizada como un mecanismo de resistencia para preservar el *statu quo* normativo.

a) Diagnóstico del discurso: negativismo jurídico reactivo

En el marco del positivismo jurídico crítico, uno de los mecanismos más frecuentes de resistencia institucional es el uso del argumento de la “incertidumbre jurídica” para deslegitimar nuevas regulaciones que buscan fortalecer los derechos y la dignidad humanas. Este discurso, a menudo revestido de tecnicismo, opera como un negativismo jurídico reactivo.

En México, por ejemplo, operadores jurídicos han denunciado que la avalancha de reformas legales, especialmente aquellas que reconfiguran el sistema de seguridad y los derechos de personas desaparecidas, genera una situación de “incertidumbre jurídica como nunca en la historia”, argumentando que el ritmo acelerado de

los cambios impide la asimilación, lo que resulta en un “ruido jurídico”¹³ que atenta contra los propios derechos fundamentales.¹⁴

Cuando el argumento de la incertidumbre se convierte en un argumento retórico, el fin no es proponer alternativas técnicas, sino manifestar una resistencia ideológica para bloquear la implementación de cambios legislativos que incomodan al poder judicial, a sectores conservadores o a estructuras burocráticas formadas bajo dogmas formalistas.

b) Propuesta garantista: gestionar la complejidad, no temerla

Todo proceso judicial contiene un grado de previsibilidad, pero los operadores jurídicos, formados bajo paradigmas normativos cerrados, dificultan una lectura garantista del derecho. Cuando se trata de derechos humanos y poblaciones vulnerables, el enfoque debe desplazarse hacia la máxima protección posible.

La clave está en reconocer que la respuesta al caso concreto se encuentra en el bloque de constitucionalidad, lo cual no genera incertidumbre, sino que constituye la llave interpretativa para cumplir con el mandato de protección reforzada.

c) Radicalización crítica: genealogía del miedo normativo

Históricamente, la idea de incertidumbre ha sido utilizada para frenar avances en derechos humanos. Esta estrategia revela una tensión entre un modelo de derecho excluyente, formalista y reactivo, frente a, uno garantista, situado y transformador. Desde las epistemologías del sur,¹⁵ la incertidumbre jurídica no debe ser vista

¹³ El “ruido jurídico” es el término que describe el efecto desorganizador de la actividad legislativa frenética que, según los críticos, amenaza con colapsar la coherencia del sistema legal.

¹⁴ MORALES CARRASCO, Ricardo, “Tantas reformas crean incertidumbre jurídica nunca antes vista”, *Diario de Xalapa*, 2025. <https://tinyurl.com/2axmxd8b>

¹⁵ Las epistemologías del sur son un marco teórico y una propuesta política acuñada por el sociólogo portugués Boaventura de Sousa

como obstáculo técnico, sino como síntoma de una transformación institucional en curso. El derecho garantista latinoamericano no teme a la complejidad normativa, porque su objetivo no es la simplicidad formal, sino la protección sustantiva.

La epistemología del sur no es solo una crítica al eurocentrismo; es una afirmación radical del derecho a pensar desde otros cuerpos, territorios y memorias. Implica reconocer que las comunidades históricamente silenciadas —indígenas, afrodescendientes, campesinas, populares, disidentes— no solo tienen voz, sino también pensamiento, método y horizonte.

1.4. Desarrollo conceptual: la soberanía como argumento retórico frente al avance convencional

Dentro del negativismo jurídico, un argumento recurrente es el de la “defensa de la soberanía nacional”, esgrimida como rechazo a la aplicación directa de normas y estándares internacionales en materia de derechos humanos. Esta postura confunde la soberanía como autonomía del aparato estatal con el concepto moderno de soberanía popular, en el cual la titularidad del poder reside en la población en los individual (libre desarrollo de la personalidad)¹⁶ y en lo colectivo, no en los representantes.

Esta visión se convierte en una defensa soberanista instrumental que impide el avance del bloque de convencionalidad, sobre todo en materias donde el derecho internacional reconoce protección más amplia que la legislación nacional. La resistencia a aplicar estándares internacionales en la interpretación de los derechos humanos se apoya en una concepción rígida de la soberanía, cuando

Santos que busca validar, reconocer y valorar las diversas formas de conocimiento producidas por los grupos sociales que han sido históricamente víctimas del colonialismo y el capitalismo.

¹⁶ El libre desarrollo de la personalidad es un principio fundamental en el ámbito de los derechos humanos y el derecho constitucional. Se refiere al derecho de cada individuo a desarrollarse plenamente como persona, lo que incluye la libertad de tomar decisiones sobre su vida, identidad, creencias y expresiones.

en realidad estos estándares fortalecen la soberanía que reside en las personas.

Desde una perspectiva garantista, Luigi Ferrajoli ha insistido en que los derechos fundamentales son límites y condiciones de legitimidad del poder, por lo que cualquier concepción de soberanía que desconozca el carácter universal deviene ilegítima. “En el Estado constitucional de derecho, la soberanía no es atributo del Estado, sino expresión de un orden jurídico fundado sobre los derechos fundamentales”.¹⁷

La Corte IDH ha reafirmado esta visión en casos paradigmáticos como *Gelman vs. Uruguay*, al sostener —con base en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados— que ningún Estado puede invocar disposiciones de derecho interno para justificar el incumplimiento de sus obligaciones internacionales. Por el contrario, debe adecuar su ordenamiento jurídico a los estándares del SIDH. En este sentido, el fortalecimiento de los derechos humanos no debilita la soberanía estatal: la reconfigura en favor de los titulares de derechos, quienes se consolidan como sujetos activos del derecho internacional.¹⁸

Un caso paradigmático de la postura del negativismo jurídico se encuentra en la jurisprudencia mexicana reciente sobre prisión preventiva oficiosa. En la tesis publicada en febrero de 2024, por los Tribunales Colegiados de Circuito que sostienen que, pese a las condenas internacionales contra el Estado mexicano por violaciones a la libertad personal y al principio de presunción de inocencia, debe

¹⁷ FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Trotta, Madrid, 2001, pp. 17–21.

¹⁸ Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Sentencia de 24 de febrero de 2011, párrafo 193. <https://tinyurl.com/2s4zrzwd>

prevalecer la restricción constitucional¹⁹ contenida en el artículo 19.²⁰

Aunque se reconoce el principio *pro persona* y la vinculatoriedad de las sentencias de la Corte IDH, se reafirma que ninguna disposición convencional puede desconocer una restricción expresa de la constitución. Esta interpretación refleja una concepción arcaica de la soberanía estatal, que opera como barrera frente al bloque de convencionalidad, y constituye un ejemplo claro de negativismo jurídico institucionalizado.²¹

Esta concepción formalista y rígida de la constitución como límite absoluto —incluso frente a obligaciones internacionales— ha sido desmentida por la Corte IDH. En el caso *García Rodríguez y otro vs. México*, la Corte IDH sostuvo que ningún órgano del Estado puede aplicar normas internas, sean legales o constitucionales, que contravengan el objeto y fin de la CADH.

En el párrafo 303 de la sentencia, reafirma que todos los jueces están obligados a ejercer *ex officio* el control de convencionalidad, considerando no solo el texto del tratado, sino también la interpretación vinculante que de él ha hecho la propia Corte IDH.

¹⁹ Las llamadas “restricciones constitucionales” han sido interpretadas por diversos jueces mexicanos como límites autoimpuestos al bloque de convencionalidad, bajo el dogma de que los derechos humanos consagrados en tratados internacionales no deben aplicarse cuando la Constitución los regula de forma distinta. Esta práctica judicial, lejos de ser una técnica de armonización normativa, constituye una forma de anulación del *principio pro persona* previsto tanto en el artículo 1º constitucional como en los tratados internacionales. Se trata de una manifestación evidente del negativismo jurídico reactivo, que utiliza el formalismo constitucional como escudo para bloquear la expansión garantista del derecho.

²⁰ Tesis: XXII.P.A. J/1 P (11a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 34, febrero de 2024, tomo V, p. 4466. Registro digital: 2028130. <https://tinyurl.com/5t4tw7ye>

²¹ Tesis: XXII.P.A. J/1 P (11a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 34, febrero de 2024, tomo V, p. 4466. Registro digital: 2028130. <https://tinyurl.com/5t4tw7ye>

Esta sentencia desmantela el dogma constitucionalista que opera como escudo frente al avance convencional, y confirma que el verdadero fundamento de la soberanía democrática reside en la protección efectiva de los derechos humanos.²²

Esta actitud judicial evidencia una profunda debilidad institucional y un problema epistemológico estructural: no se comprende que sacrificar la vida, la libertad y la dignidad de las personas en nombre de dogmas constitucionales casi primitivos — como la supremacía absoluta del texto nacional— constituye una forma de violencia institucional.

La prisión preventiva, por su naturaleza excepcional, debe ser siempre justificada, nunca impuesta de oficio. Pretender ‘ganar’ una discusión jurídica frente a la Corte IDH mediante el uso de dogmas internos revela, además, un complejo de inferioridad institucional: el aparato judicial se aferra a la forma para evitar confrontar el fondo, que es el incumplimiento sistemático de los derechos humanos.

Esta postura no solo contradice el *principio pro persona*, sino que convierte al derecho en un instrumento de represión, cuando su función esencial es la garantía de la dignidad humana.

Tales decisiones del Poder Judicial de la Federación trasgreden el texto expreso de la propia Carta Magna mexicana. El artículo 1º establece que todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos tanto en la constitución como en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, y que su ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse salvo en los casos y bajo las condiciones que la propia norma ‘suprema’ establece.

Asimismo, el artículo 17 ordena que las autoridades deben privilegiar la solución del conflicto sobre los formalismos procedimentales, siempre que no se afecte la igualdad entre las partes, el debido proceso u otros derechos. Estas disposiciones

²² Corte IDH. *Caso García Rodríguez y otro vs. México*. Sentencia de 25 de enero de 2023, párrafo 303. <https://tinyurl.com/ycxs4ehd>

constitucionales consagran un mandato claro: la interpretación jurídica debe favorecer en todo momento la protección más amplia de las personas.

El no aplicar este principio —como ocurre en decisiones que imponen prisión preventiva oficiosa sin justificación individualizada— revela una práctica judicial sesgada, contraria al espíritu garantista de los derechos humanos y profundamente alejada del modelo constitucional que México ha adoptado desde la reforma de 2011.

Este tipo de decisiones no solo encarnan el negativismo jurídico institucionalizado, sino que exigen una transformación profunda del pensamiento judicial mexicano hacia un paradigma verdaderamente garantista, donde la dignidad humana no sea sacrificada en nombre de dogmas, sino protegida como fundamento del orden jurídico.

1.5. Desarrollo conceptual: formalismo jurídico y negación del componente ético del derecho

Una de las críticas más profundas al negativismo jurídico proviene del pensamiento de Norberto Bobbio, quien advierte que el derecho no puede reducirse a un conjunto de normas frías, abstractas y técnicamente válidas. Para Bobbio, el formalismo jurídico —cuando se convierte en dogma— desvincula el derecho de la función social, ética y crítica, impidiendo que sea una herramienta real al servicio de la justicia.

En su obra *Derecho y razón*, Bobbio sostiene que el derecho debe vincularse con la realidad social, considerar los derechos fundamentales y cuestionarse su función transformadora. El formalismo, en cambio, enfatiza únicamente el aspecto técnico y procedimental de la ley, lo que perpetúa injusticias y bloquea la evolución jurídica. “El derecho positivo puede ser sumamente

injusto, antiliberal y antidemocrático. Puede existir derecho sin democracia, pero no puede haber democracia sin derecho”.²³

Bobbio propone una visión del derecho como instrumento racional y democrático, que debe estar orientado por valores como la libertad, la igualdad y la dignidad humana. La crítica al positivismo normativo no es una negación de la legalidad, sino una reivindicación de la legitimidad ética del derecho. “La teoría política sin historia está vacía; la historia sin teoría está ciega”.²⁴

Desde esta perspectiva, el negativismo jurídico —al aferrarse al formalismo— niega la dimensión crítica del derecho, lo despoja de la capacidad de transformación y lo convierte en una estructura excluyente. Bobbio llama a superar esta visión mediante una teoría del derecho comprometida con los derechos humanos y la justicia social.

1.6. Fundamento adicional: Negación de la positivación de los derechos humanos como perpetuación del conflicto poder-norma

Este fundamento identifica cómo el negativismo jurídico se manifiesta en la falta de reconocimiento —explícita o implícita— de que los derechos humanos ya han sido incorporados al orden jurídico positivo, tanto nacional como internacional. Esta omisión no es técnica: es política, ideológica y estructural.

Históricamente, el conflicto entre positivistas con poder político e iusnaturalistas sin él, dio lugar a debates sobre la fuente y legitimidad del derecho. La positivación de los derechos humanos en tratados, constituciones y jurisprudencia internacional marca el desenlace normativo de esa disputa: los derechos fundamentales ya no están “fuera” del sistema legal—ya son derecho positivo vigente.

²³ BOBBIO, Norberto, *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, trad. Joaquín Jordá, Trotta, Madrid, 1995, pp. 17–19.

²⁴ FERRAJOLI, Luigi, “Norberto Bobbio, teórico del derecho y de la democracia”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 2017, no. 253, vol. 60, pp. 32–33. <https://tinyurl.com/5y9m5j76>

Sin embargo, muchos operadores jurídicos actúan como si esta transformación no hubiera ocurrido, negando la aplicación directa, la convencional, o el *principio pro persona*. Esta negación se traduce en:

- a) Ignorancia doctrinaria: desconocimiento real del bloque convencional.
- b) Desdén institucional: indiferencia o desprecio por normas internacionales vinculantes.
- c) Negligencia estructural: persistencia en modelos educativos y judiciales que no reconocen esta evolución.

Como señala Luigi Ferrajoli, el constitucionalismo moderno presupone que los derechos fundamentales “no son simplemente declaraciones éticas, sino normas jurídicas vinculantes que limitan y legitiman el poder”.²⁵ Desconocer esa positivación es perpetuar el conflicto original entre poder y dignidad, disfrazado hoy de formalismo, soberanismo o incertidumbre jurídica.

Tabla 2. Fundamentos teóricos del negativismo jurídico

Fundamento	Función crítica	Autores clave	Ejemplo típico de resistencia
Defensa acrítica del positivismo normativo	Justifica la omisión mediante la validez formal y la exclusión del componente ético	Hans Kelsen y Micaela Alarcón	Rechazo del control de convencionalidad por jueces locales
“Incertidumbre jurídica” como escudo retórico	Deslegitima reformas garantistas alegando inseguridad institucional o legislativa	Ricardo Morales Carrasco	Crítica a reformas que protegen datos personales, derechos emergentes o reorganizan competencias judiciales

²⁵ FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Trotta, Madrid, 2001, pp. 17–19.

Fundamento	Función crítica	Autores clave	Ejemplo típico de resistencia
Resistencia a enfoques humanizantes	Niega la justicia terapéutica e interculturalidad jurídica como fuentes válidas de interpretación	Alfonso Jaime Martínez Lazcano	Omisión de estándares convencionales en procesos con víctimas vulnerables
Soberanía mal entendida como obstáculo al bloque convencional	Rechaza normas internacionales apelando a una concepción arcaica de soberanía estatal	Luis E. González Placencia, Corte IDH	Negación del efecto directo de tratados; uso del derecho interno para bloquear control convencional
Formalismo jurídico y negación ética	Excluye valores y derechos fundamentales del análisis jurídico bajo criterio técnico-procedimental	Norberto Bobbio	Aplicación mecánica de normas sin considerar el contexto ni la función crítica del derecho
Negación de la positivación de los derechos humanos	Actúa como si los derechos humanos aún fueran exigencias morales, no normas vinculantes ya incorporadas	Luigi Ferrajoli y Alfonso Jaime Martínez Lazcano	Omisión del principio <i>pro persona</i> y del bloque de constitucionalidad y convencionalidad vigente

Fuente: Elaboración propia.

El negativismo jurídico no representa simplemente una postura conservadora frente al derecho contemporáneo, sino una estructura de resistencia paradigmática que opera a través de fundamentos técnicos, retóricos, institucionales y doctrinarios. A lo largo de este capítulo se han identificado seis ejes que configuran esta resistencia: la defensa acrítica del positivismo normativo, el uso disuasivo de la “incertidumbre jurídica”, el rechazo a enfoques humanizantes, la invocación soberanista contra el bloque convencional, el

formalismo excluyente, y la negación del hecho histórico de que los derechos humanos ya han sido incorporados al sistema jurídico positivo.

Esta última dimensión revela que el negativismo jurídico no solo omite normas, sino que desconoce deliberadamente la evolución del derecho, perpetuando el conflicto entre poder institucional y dignidad humana. La persistencia de esta actitud bloquea el tránsito hacia una justicia transformadora, impide la lectura ética del derecho, y margina a los sujetos más vulnerables frente a un aparato legal que se presenta como neutral, pero reproduce exclusiones estructurales.

Los fundamentos aquí sistematizados no son meras abstracciones: se reflejan diariamente en sentencias, argumentaciones, diseños curriculares y decisiones administrativas. Por ello, se propone una tarea crítica: identificar, desarticular y superar cada uno de estos fundamentos mediante herramientas pedagógicas, jurisprudenciales y doctrinarias que rescaten el sentido humanista del derecho.

El negativismo jurídico es la prolongación institucional de una derrota doctrinaria no asumida: la de un positivismo ortodoxo que, pese a haber sido formalmente desplazado por la constitucionalización y convencionalización de los derechos humanos, se resiste a perder control sobre la interpretación jurídica.

1.7. Falsa científicidad del derecho como argumento retórico

Uno de los pilares más sofisticados del negativismo jurídico es la concepción del derecho como ciencia exacta, que pretende excluir la dimensión ética, política y cultural de la interpretación jurídica. Esta visión, heredera del positivismo normativo, presenta al derecho como un sistema cerrado, regido por reglas formales, y al operador jurídico como un técnico neutral que aplica normas sin responsabilidad ética.

Esta postura no solo es epistemológicamente errónea —pues el derecho no es una ciencia natural, sino un producto cultural²⁶ situado— sino que opera como un engaño deliberado, una forma de pseudociencia jurídica que bloquea la evolución garantista del derecho.

Como se ha mencionado: “no hay justicia social sin justicia cognitiva”, y el monoculturalismo jurídico que presenta al derecho como ciencia neutral es una forma de violencia epistémica que excluye saberes críticos, contextuales y emancipadores.

La idea de que el derecho es una ciencia exacta ha servido para legitimar injusticias, excluir la ética del análisis jurídico y convertir al juez en un ejecutor técnico, no en un intérprete responsable.

III. CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD

La fórmula del control difuso de convencionalidad es teóricamente poderosa y, si se aplica plenamente, puede transformar la práctica judicial en todo el continente. Al ser difuso, implica una aplicación indeterminada, extensa, amplia, descentralizada, sin límites precisos. Esta característica no es una debilidad, sino su mayor virtud: permite irradiar estándares sin necesidad de verticalidad institucional.

Por una parte, el control difuso permite homogenizar criterios en la protección de los derechos humanos, especialmente porque los estándares interamericanos se han caracterizado por ofrecer una protección superior a la que suelen garantizar los sistemas jurídicos internos de los Estados parte del SIDH. Esto representa un salto cualitativo en la defensa de la dignidad humana.

Por otra parte, significa que cualquier jueza o juez —municipal, provincial, estatal, nacional, de cualquier materia jurídica, desde

²⁶ MARTÍNEZ LAZCANO, Alfonso Jaime, “Derecho procesal convencional: nueva rama jurídica”, *Revista de Derecho de las Minorías*, 2020, no. 3, p. 45. <https://tinyurl.com/36hw5xem>

tribunales locales hasta altas cortes— debe conocer el derecho convencional interamericano, interpretarlo y aplicarlo. No como una opción, sino como una obligación jurídica y ética. El control difuso no es una teoría: es una práctica viva que descentraliza la justicia, democratiza la protección y convierte cada sentencia interamericana en una herramienta de transformación local.

Por otra parte, la Corte IDH no tiene la capacidad de conocer la gran mayoría de casos en el que se trasgreden los derechos humanos, basta observar el número de sometimiento de casos contenciosos al cierre de 2024 son 414.²⁷

Emitir 414 sentencias de fondo en 36 años no es un exceso, sino una consolidación estratégica. La Corte IDH no ha producido actos vacíos, sino escenas jurídicas que, en conjunto, configuran una doctrina continental de derechos humanos. Cada sentencia es una cápsula de memoria, una corrección institucional, una pedagogía para los jueces nacionales. El número no debe leerse como inflación, sino como siembra jurisprudencial: una arquitectura de convenciones, estándares y obligaciones que busca transformar no solo los casos individuales, sino los sistemas jurídicos de los Estados parte.

La evolución no ha sido lineal. Las primeras sentencias —como *Velásquez Rodríguez*— eran fundacionales, dramáticas, simbólicamente densas. Las más recientes tienden a ser más técnicas, más estructuradas, menos narrativas. Pero eso no implica pérdida de impacto: implica madurez metodológica. La Corte IDH ha aprendido a hablar no solo a las víctimas, sino a los sistemas judiciales que deben aplicar sus decisiones.

Este es el punto neurálgico. Las emitidas sentencias no solo resuelven casos: irradian doctrina. El control difuso de convencionalidad exige que todos los jueces nacionales apliquen la CADH y la jurisprudencia interamericana, incluso sin necesidad de reforma constitucional. Es una revolución silenciosa: la Corte IDH

²⁷ Corte IDH, *Informe Anual 2024*, p. 63.
<https://tinyurl.com/ydxennvm>

no se impone desde arriba, sino que se infiltra desde abajo, desde cada sentencia que puede ser citada, aplicada, dramatizada en los tribunales locales.

Los fallos son el arsenal doctrinal que permite esa transformación. No se trata de cantidad, sino de capilaridad jurídica. Cada sentencia es una semilla de convencionalidad que puede germinar en cualquier juzgado, en cualquier audiencia, en cualquier recurso. El impacto cualitativo es profundo: la Corte IDH ha dejado de ser una instancia final para convertirse en una fuente viva de interpretación jurídica.

Para los Estados parte, las sentencias son un espejo incómodo pero necesario. Reflejan omisiones, violaciones, negligencias, pero también ofrecen guías de corrección institucional. La Corte IDH no solo condena: enseña a reparar, a prevenir, a legislar con enfoque de derechos humanos. El control difuso convierte a los Estados en coautores de la justicia interamericana: ya no basta con acatar sentencias, hay que internalizar estándares.

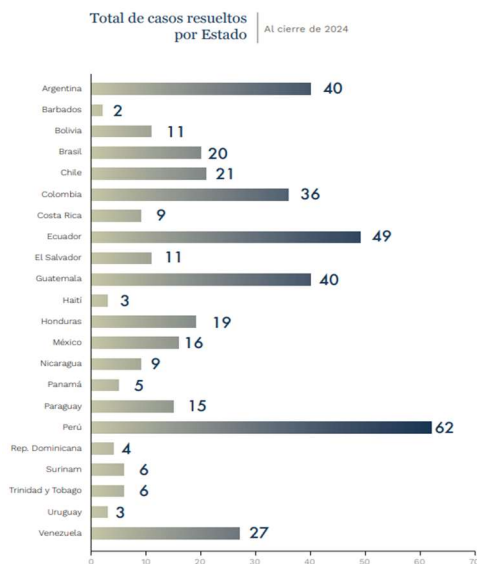
Algunos Estados han resistido, otros han reformado. Pero todos han sido interpelados. Las sentencias son también una cartografía del incumplimiento, una memoria de las promesas rotas, una pedagogía del deber. Para los Estados que entienden el rol como garantes de derechos, estas sentencias son herramientas. Para los que se resisten, son advertencias.

Cada sentencia representa una historia, una lucha, una memoria. Pero el verdadero impacto para las víctimas no está solo en el reconocimiento individual, sino en la transformación estructural que esas sentencias pueden provocar. Gracias al control difuso, una víctima no necesita llegar a la Corte IDH para beneficiarse de su doctrina: basta con que un juez local cite una sentencia interamericana para que se active la protección.

Las 414 sentencias han permitido que miles de víctimas encuentren eco en sus propios sistemas judiciales. Han democratizado el acceso a estándares internacionales. Han convertido el dolor en doctrina, la memoria en jurisprudencia, la

lucha en pedagogía. El impacto no es solo jurídico: es emocional, simbólico, político.

Las sentencias de la Corte IDH no son una cifra técnica: son un legado continental. Representan la evolución de una justicia que pasó de ser excepcional a ser estructural. Que dejó de hablar solo a los Estados para hablar a cada juez, cada víctima, cada defensor. Que construyó el control difuso no como una teoría, sino como una práctica viva.



Elaboración: Corte IDH.

Durante 2024, la Corte emitió un total de treinta y siete (38) Sentencias, dentro de las cuales treinta y una (31) Sentencias fueron sobre Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, así como seis (7) Sentencias sobre Interpretación.²⁸

En 2024, el promedio de duración en el procesamiento de casos en la Corte fue de 29 meses.²⁹

²⁸ *Ibidem*, p. 56.

²⁹ *Ibidem*, p. 57.



IV. FUNDAMENTO DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Los dos primeros artículos de la Convención ADH son la base del control difuso de convencionalidad, el 1º obliga a los Estados Parte del SIDH a respetar los derechos y libertades que prevé la misma Convención ADH, es decir, amplía el catálogo de derechos humanos para los Estados parte; el 2º construye a depurar el derecho positivo de los Estados parte, a eliminar toda disposición o práctica que merme la protección convencional a los derechos humanos, es decir, a realizar una labor profiláctica y el artículo 29º que dispone las formas de interpretar los derechos y libertades de la Convención ADH.

Los jueces nacionales, los comisionados de la Comisión IDH y los jueces de la Corte IDH tienen la exigencia de proteger los derechos humanos del *Corpus Iuris latinoamericano* mediante el control convencionalidad:

Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, en todos los niveles, para ejercerlo; ii) a lo dispuesto en los artículos 1º. (Obligación de respetar los derechos), 2º. (Deber de adoptar disposiciones de derecho interno) y 29 (normas de interpretación más favorables).³⁰

Así para algunos autores el deber del control difuso de convencionalidad está en la propia Convención ADH y no en la jurisprudencia de la Corte IDH:

En ese sentido, en nuestra consideración, el control de convencionalidad está claramente previsto desde el origen mismo del sistema interamericano, es una función esencial de la Corte Interamericana y no es ningún reciente descubrimiento jurídico y mucho menos una nueva competencia como algunos afirman.³¹

La Corte IDH vía jurisprudencial de manera gradual ha construido el alcance del control difuso de convencionalidad, desde *Almonacid Arrellano vs. Chile* (2006) hasta *Gelman vs. Uruguay* (2011), en el primer caso establece la obligación a los jueces de los Estados parte del SIDH de ejercer el control difuso de convencionalidad, en el segundo, esta obligación se exige a toda todas las autoridades, incluyendo al poder legislativo.

Desde luego hay varios casos intermedios entre los mencionados que poco a poco van diseñando los alcances del control difuso.

³⁰ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad, El nuevo paradigma para el juez mexicano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2011, p. 341.

³¹ CASTILLA, Karlos, *El control de convencionalidad: Un nuevo debate en México a partir de la sentencia del Caso Radilla Pacheco*, Biblioteca Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2011, pp. 603-604.

1. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile

En el fallo de 26 de septiembre de 2006 la Corte IDH utiliza por primera vez la idea de control de convencionalidad, pero no sólo para describir las funciones que realiza ésta,³² sino que revoluciona el concepto al compartir la competencia de supervisión que le corresponde, con el deber de los jueces de los Estados Parte del SIDH de ejercer una especie de control de convencionalidad, para evitar restringir su impacto buscado en los sistemas jurídicos nacionales, so pretexto de aplicar normas nacionales contrarias al compromiso convencional, así como la forma de operar este control, también las fuentes a considerar al realizar esta tarea, que no es discrecional, lo que inevitablemente implica además de conocer el *Corpus Iuris Latinoamericano*, la interpretación que realiza la Corte IDH de éste.

La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe

³² Concepto que Sergio García Ramírez lo había utilizado en tres casos anteriores, en votos concurrentes para describir la función de la Corte IDH no como obligación de los jueces de ejercer un control difuso de convencionalidad.

*tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.*³³

2. Caso Gelman Vs. Uruguay

La Corte IDH en la sentencia de 24 de febrero de 2011 reitera que el control de convencionalidad debe ser ejercido por todos los órganos del Estado parte, de forma oficiosa y que es la Corte IDH la última intérprete de las normas, principios y directrices del SIDH, pero además se precisa que no basta con que un Estado parte formalmente cuente con el respaldo popular y democrático (límite de la decisión de la mayoría) para “legitimar” la impunidad de actos graves de violación de derechos humanos, así lo medular es que la democracia tenga eficacia en su aspecto sustantivo, en última instancia lo relevante, así se insiste, es que las disposiciones convencionales tienen que observarse en la práctica aun en contra de la voluntad de la colectividad:

La sola existencia de un régimen democrático no garantiza, per se, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual ha sido así considerado incluso por la propia Carta Democrática Interamericana. La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto

³³ Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*, sentencia de 26 de septiembre de 2006, párrafo 129. <https://tinyurl.com/2cyste5e>

formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un “control de convencionalidad”, casos y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial. En este sentido, la Suprema Corte de Justicia ha ejercido, en el Caso Nibia Sabalsagaray Curutchet, un adecuado control de convencionalidad respecto de la Ley de Caducidad, al establecer, inter alia, que “el límite de la decisión de la mayoría reside, esencialmente, en dos cosas: la tutela de los derechos fundamentales (los primeros, entre todos, son el derecho a la vida y a la libertad personal, y no hay voluntad de la mayoría, ni interés general ni bien común o público en aras de los cuales puedan ser sacrificados) y la sujeción de los poderes públicos a la ley”.³⁴

V. CONTROL ÚNICO DE CONVENCIONALIDAD

¿Cómo deben actuar este conjunto de instituciones nacionales y convencionales en la protección de derechos humanos?, todas las entidades garantes deben hacerlo a través del control difuso de convencionalidad, especialmente las primeras, ante la exigencia de adoptar medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole, con el objeto de adecuar la legislación y las prácticas de los Estados parte del SIDH a los estándares interamericanos, y ello sólo se logra si se cambia la forma de operar y se erradican los obstáculos

³⁴ Corte IDH, *Caso Gelman Vs. Uruguay*, Sentencia de 24 de febrero de 2011, párrafo 239. <https://tinyurl.com/2s4zrzwd>

legales de los países que impiden los ajustes necesarios a los sistemas jurídicos nacionales a los parámetros convencionales.

El control de convencionalidad tiene aplicación en el ámbito nacional e internacional. En el ámbito internacional, dicha función la realiza la Corte IDH y consiste en la expulsión de normas contrarias a la CADH a partir de los casos concretos que se someten al conocimiento de la Corte...En el ámbito interno, el control de convencionalidad es el que deben realizar los agentes del Estado y, principalmente, pero no exclusivamente, los operadores de justicia (jueces, fiscales y defensores) para analizar la compatibilidad de las normas internas con la CADH.³⁵

Es equivocado señalar que la Corte IDH realiza un tipo de control concentrado y los Estados de carácter difuso, ambas instancias están obligadas a ejercerlo, sólo hay un tipo de control, es factible señalarlo como control convencional horizontal, tanto para los tribunales nacionales como las instituciones convencionales están obligados en base a las mismas fuentes jurídicas, claro la interpretación definitiva de éstas es la que realiza la Corte IDH, toda vez que sus fallos son definitivos e inapelables.

La intencionalidad de la Corte IDH es clara: definir que la doctrina del “control de convencionalidad” se debe ejercer por “todos los jueces”, independientemente de su formal pertenencia o no al Poder Judicial y sin importar su jerarquía, grado, cuantía o materia de especialización.³⁶

³⁵ Cfr. Corte IDH. Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 7: Control de convencionalidad, 2017. <https://tinyurl.com/3wk42yms>

³⁶ Corte IDH, *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, Sentencia de 26 de noviembre de 2010, párrafo 19. <https://tinyurl.com/3c6288ry>

Por ello no es acertado que la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) establezca que debe distinguirse entre el control difuso de convencionalidad que deben ejercer las autoridades nacionales y los órganos del SIDH,³⁷ porque en su momento la Corte IDH no va determinar si los agentes del Estado realizaron o no un control de convencionalidad *previo y adecuado*, ya que el control difuso que deben realizar no es previo debe ser definitivo ante cualquier instancia, si bien es cierto la Corte IDH es el intérprete último de la Convención ADH, también lo es que no por ello implique un control concentrado.

Este desacierto de la SCJN lo realiza al motivar la tesis 1a. CXLV/2014 (10a.), al referirse entre otras sentencias a la de Cabrera García y Montiel Flores vs. México, porque la Corte IDH señala que antes de la exigencia a todos los Estados parte del SIDH, ésta realizaba un control concentrado, pero dicho requerimiento se ha transformado en difuso, además no es lógico que subsistan simultáneamente el control difuso y concentrado, toda vez que son excluyentes cuando se refieren a la misma materia, la protección de derechos humanos que debe realizarse bajo los parámetros convencionales similares.

Error que la doctrina ha venido perpetuando, al señalar en forma similar que el control de convencionalidad es concentrado y difuso, el primero se dice por parte de la Corte IDH, en sede internacional, y el segundo por los jueces nacionales en sede interna.³⁸

En este sentido, el “control concentrado de convencionalidad” lo venía realizando la Corte IDH desde sus primeras sentencias, sometiendo a un examen de convencionalidad los actos y normas de los Estados en un caso particular.

³⁷ Cfr. Tesis: 1a. CXLV/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 5, abril de 2014, tomo I, p. 793. Registro digital: 2006165. <https://tinyurl.com/55aynjfb>

³⁸ APREZA SALGADO, Socorro, TAPIA ARGUELLO, Sergio Martín y MEZA FLORES, Jorge Humberto, *Derechos Humanos*, Enciclopedia Jurídica, Facultad de Derecho-UNAM, México, 2017, p. 327.

Este “control concentrado” lo realizaba, fundamentalmente, la Corte IDH. Ahora se ha transformado en un “control difuso de convencionalidad” al extender dicho “control” a todos los jueces nacionales como un deber de actuación en el ámbito interno, si bien conserva la Corte IDH su calidad de “intérprete última de la Convención Americana” cuando no se logre la eficaz tutela de los derechos humanos en el ámbito interno.³⁹

Sergio García Ramírez al referirse al control difuso de convencionalidad lo dimensiona como un control extenso de manera vertical y general, al ampliar la obligatoriedad de las fuentes que deben utilizar los jueces, las cuales no se reduce a la Convención ADH, se amplía a la interpretación que la Corte IDH realiza de ésta y a las otras normas convencionales interamericanas:

Esto permitiría trazar un sistema de control extenso --vertical y general-- en materia de juridicidad de los actos de autoridades --por lo que toca a la conformidad de éstos con las normas internacionales sobre derechos humanos--, sin perjuicio de que la fuente de interpretación de las disposiciones internacionales de esta materia se halle donde los Estados la han depositado al instituir el régimen de protección que consta en la CADH y en otros instrumentos del corpus juris regional. Me parece que ese control extenso --al que corresponde el “control de convencionalidad” - se halla entre las más relevantes tareas para el

³⁹ CORTE IDH. *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, Sentencia de 26 de noviembre de 2010, párrafo 22. <https://tinyurl.com/3c6288ry>. Cfr. FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional”, en FIX-ZAMUDIO, Héctor, y Valadés, Diego (coords.), *Formación y perspectiva del Estado mexicano*, El Colegio Nacional-UNAM, México, 2010, pp. 151-188.

VI. CLASIFICACIÓN DE LA AFECTACIÓN A LOS DERECHOS HUMANOS COMO HERRAMIENTA DE PONDERACIÓN ÉTICA, JURÍDICA Y PEDAGÓGICA

CLASIFICACIÓN DE LA AFECTACIÓN A LOS DERECHOS HUMANOS	
Leve	Insatisfacción puntual, reversible, sin daño estructural Error técnico sin ruptura ética
Moderado	Restricción sostenida, con impacto parcial en el ejercicio del derecho Negligencia institucional con posibilidad de reparación
Medio	Afectación significativa, con riesgo de vulneración estructural
Grave	Omisión judicial que debi lita el principio Violación directa, con consecuencias institucionales o sociales
Intenso	Complicidad judicial con la afectación
Injustificable	Violación que no admite ponderación ni justificación jurídica o ética Negación absoluta del principio

Se propone una escala metodológica para clasificar el grado de afectación de los derechos humanos en el ámbito constitucional y convencional, como apoyo para la ponderación ética y jurídica. La escala sirve para dimensionar la intensidad de la insatisfacción o restricción de un principio fundamental, permitiendo objetivar el

⁴⁰ Corte IDH, *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Sentencia de 24 de noviembre de 2006, *supra* nota 15, párrafos. 4, 12 y 13 del voto razonado. <https://tinyurl.com/578k4uvs>

diagnóstico judicial y mejorar los procesos educativos y deliberativos. Los niveles se justifican en criterios de análisis técnico que facilitan la detección, valoración y priorización de medidas judiciales y pedagógicas, alineadas con estándares internacionales y nacionales.

La escala consta de seis niveles progresivos, que pueden ser utilizados en análisis jurisprudencial, diseño pedagógico o visualización institucional:

Tabla 3. Escala de afectación de derechos humanos

Nivel	Descripción	Síntesis ética
1. Leve	Insatisfacción puntual, reversible, sin daño estructural.	Error técnico sin ruptura ética.
2. Moderado	Restricción sostenida, con impacto parcial en el ejercicio del derecho.	Negligencia institucional con posibilidad de reparación.
3. Medio	Afectación significativa, con riesgo de vulneración estructural.	Omisión judicial que debilita el principio.
4. Grave	Violación directa, con consecuencias institucionales o sociales.	Complicidad judicial con la afectación.
5. Intenso	Afectación sistemática, irreparable o con daño ético profundo.	Ruptura estructural del derecho.
6. Injustificable	Violación que no admite ponderación ni justificación jurídica o ética.	Negación absoluta del principio.

Elaboración: Propia.

Esta clasificación permite valorar la intensidad de la afectación y transforma el juicio técnico en un juicio ético, en el que juez, intérprete y pedagogo deben asumir su responsabilidad frente a la dignidad, la legalidad y la memoria.

A continuación, se expondrá la aplicación de dicha clasificación a diversas tesis mexicanas que han abordado el control de convencionalidad y las llamadas restricciones constitucionales, entendidas como la limitación de derechos humanos convencionales cuando la Constitución regula un derecho de forma menos protectora. Se evidenciará, además, el predominio del formalismo en el tratamiento de los derechos humanos, así como errores de carácter epistemológico y deficiencias institucionales que explican la gravedad del fenómeno.

a) Análisis del criterio 1: Tesis 2028130 sobre prisión preventiva oficiosa⁴¹

Contexto normativo: La tesis reconoce la tensión entre el artículo 19 constitucional —que ordena la prisión preventiva oficiosa— y las sentencias condenatorias de la Corte IDH. Aunque introduce una interpretación más garantista (someter a debate la necesidad de la medida), mantiene la restricción constitucional como límite infranqueable, incluso frente a estándares internacionales.

Tabla 4. Nivel de afectación según la escala

Nivel	Justificación
Grave	La tesis perpetúa una afectación directa al derecho a la libertad personal, al priorizar la restricción constitucional sobre los fallos internacionales. Aunque modula la aplicación de la medida, no rompe con su lógica estructural. El juez sigue obligado a considerar la prisión preventiva como punto de partida, no como excepción.

Elaboración: Propia.

⁴¹ Tesis: XXII.P.A. J/1 P (11a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 34, febrero de 2024, tomo V, p. 4466. Registro digital: 2028130. <https://tinyurl.com/5t4tw7ye>

b) Crítica estructural a la tesis I.14o.T.4 K (11a.):⁴²

Desnaturalización del control de convencionalidad

La tesis I.14o.T.4 K (11a.) del Décimo Cuarto Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Primer Circuito representa una afectación intensa (nivel 5) a los derechos humanos, al desfigurar el modelo constitucional y convencional instaurado tras la reforma de 2011. Su núcleo problemático no es solo técnico, sino epistemológico, ético y estructural, pues confunde las vías procesales con las obligaciones constitucionales del juez.

1. Desfase epistemológico y confusión terminológica

1.1. Confusión en la arquitectura del control

La tesis denomina “control concentrado” al análisis de constitucionalidad en el amparo directo, ignorando que dicho control:

- No produce efectos generales (*erga omnes*), sino relativos (*inter-partes*).
- No corresponde al modelo concentrado *stricto sensu*, reservado a la SCJN en acciones y controversias.
- Opera como control concreto o difuso, al permitir la inaplicación de normas en casos específicos.

La tesis confunde la concentración orgánica (competencia dentro del Poder Judicial) con la concentración de efectos (nulidad general), lo que revela una visión obsoleta del sistema post-2011.

⁴² Tesis: I.14o.T.4 K (11a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 38, junio de 2024, tomo IV, p. 3968. Registro digital: 2029046. <https://tinyurl.com/mr2mncv5>

1.2. Negación del deber *ex officio*

La tesis declara improcedente el control difuso cuando el quejoso ya planteó la inconstitucionalidad, lo cual:

- Contraviene el artículo 1º y 133 constitucionales.
- Ignora la jurisprudencia vinculante de la Corte IDH.
- Desnaturaliza el deber judicial de contrastar toda norma con el parámetro constitucional y convencional, independientemente de los argumentos de las partes.

2. Invalidez procesal y afectación estructural

2.1. Ruptura con el principio *pro persona*

Al limitarse a lo planteado por el quejoso, el tribunal renuncia a su facultad de aplicar la norma más favorable. Esto:

- Reduce el juicio a una lógica procesal defensiva.
- Niega la posibilidad de suplir deficiencias argumentativas mediante el control *ex officio*.
- Desactiva el núcleo ético del principio *pro persona*.

2.2. Confusión entre impulso procesal y deber constitucional

La tesis confunde:

- El planteamiento del quejoso (impulso procesal).
- Con la obligación del juez (deber constitucional permanente).

El tribunal debió reconocer que el planteamiento activa el estudio, pero no sustituye el deber. Declarar improcedente el control difuso implica que, si el concepto de violación es débil, el juez queda impedido de proteger derechos, lo cual es jurídicamente inadmisibles y éticamente grave.

Esta tesis desnaturaliza el control de convencionalidad, subordinando el mandato constitucional de protección de derechos humanos a una distinción procesal interna. El juez se convierte en operador de la forma, no en garante del derecho. La afectación es intensa, pues perpetúa un modelo judicial que omite, restringe y neutraliza el deber de protección.

3. Crítica estructural ampliada a la tesis III.2o.C.16 K (11a.):⁴³ La colisión entre deber constitucional y formalismo procesal

La tesis III.2o.C.16 K (11a.) no niega el control *ex officio* en abstracto, pero lo anula en la práctica por una causa procesal de orden privado: el consentimiento tácito del quejoso. Esta decisión crea una jerarquía incorrecta, subordinando el deber constitucional de protección de derechos humanos a la pasividad procesal, lo que constituye una afectación intensa (nivel 5).

3.1. El deber de control *ex officio* (supremacía constitucional)

- El artículo 1º constitucional impone a todas las autoridades —incluidos los jueces de amparo— la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos.
- Este deber incluye el control de convencionalidad y constitucionalidad *ex officio*, y es de orden público e irrenunciable.
- Crítica a la tesis: Sostener que el control se vuelve “imposible” por consentimiento tácito subordina un deber constitucional imperativo a una formalidad procesal. El consentimiento solo puede operar sobre derechos disponibles, no sobre la validez de normas que regulan derechos fundamentales.

⁴³ Tesis: III.2o.C.16 K (11a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 37, mayo de 2024, tomo V, p. 4973. Registro digital: 2028773. <https://tinyurl.com/yc86vn7f>

3.2. La firmeza procesal (seguridad jurídica)

- La tesis defiende que el sobreseimiento firme excluye la norma de la litis constitucional.
- Esta postura se basa en el principio de preclusión procesal, que busca seguridad jurídica.
- Crítica estructural: Esta interpretación confunde la pérdida de la vía procesal con la desaparición del deber judicial. El deber subsiste, pero la tesis lo anula bajo un argumento formalista, desnaturalizando el control de convencionalidad.

3.3. Desequilibrio constitucional

La tesis prioriza una causal de improcedencia sobre el deber constitucional, lo cual:

- Viola el principio *pro persona* (art. 1º), que exige aplicar la norma más favorable.
- Impide la protección judicial de normas notoriamente inconventionales, incluso si fueron aplicadas en el acto reclamado.
- Neutraliza el rol del juez como garante de derechos humanos, convirtiéndolo en operador de la forma.

Tabla 5. Nivel de afectación: 5. Intenso

Nivel	Justificación
5. Intenso	La tesis institucionaliza la omisión judicial del control <i>ex officio</i> , incluso frente a normas que han sido señaladas como inconventionales. La afectación es sistemática, estructural y perpetúa un modelo judicial que renuncia a su deber ético y constitucional.

Elaboración: Propia.

4. Corte IDH y el control de convencionalidad

La sentencia de la Corte IDH en el caso *Pérez Lucas y otros vs. Guatemala*⁴⁴ refuerza la crítica anterior, sino que confirma categóricamente que el control de convencionalidad es un deber activo, permanente e irrenunciable. Cuando jueces mexicanos — como en las tesis III.2o.C.16 K (11a.) e I.14o.T.4 K (11a.) — subordinan ese deber a formalidades procesales o al silencio del quejoso, se configura una vulneración estructural de derechos humanos.

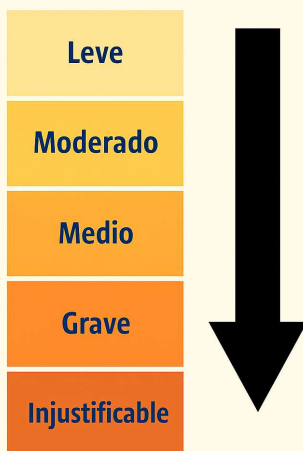
4.1. Confirmación del grado de afectación

- La Corte IDH exige colaboración efectiva, acceso irrestricto a documentos, y rechazo a cualquier obstáculo formal o institucional.
- Las tesis mexicanas analizadas hacen exactamente lo contrario: niegan el control *ex officio*, lo condicionan a la vía procesal, y permiten que normas posiblemente inconvencionales permanezcan vigentes sin revisión judicial.
- Esto sitúa la afectación en el nivel 5 de tu escala: intensa, pues se trata de una omisión sistemática, institucionalizada y contraria al estándar internacional.

La clasificación no solo permite identificar el grado de afectación, sino que visibiliza el desfase entre el deber ético del juez y la práctica judicial mexicana. La Corte IDH actúa como espejo continental: muestra lo que el juez mexicano debería hacer, y lo que —al no hacerlo— revela como complicidad estructural.

⁴⁴ Corte IDH, *Caso Pérez Lucas y otros vs. Guatemala*. Sentencia de 4 de septiembre de 2024, párrafo 239. <https://tinyurl.com/2mzh59jz>

NIVEL DE AFECTACIÓN A LOS DERECHOS HUMANOS EN MÉXICO



VII. CONCLUSIÓN

El presente artículo ha demostrado que el control de convencionalidad, lejos de ser una técnica interpretativa marginal, constituye una ruptura epistemológica en el derecho latinoamericano. Su exigencia —desaplicar normas internas contrarias a los tratados internacionales de derechos humanos, incluso constitucionales— revela una tensión profunda entre el mandato convencional y las estructuras jurídicas nacionales. Esta tensión no es solo normativa: es política, institucional y simbólica. Para comprender esta resistencia, se ha propuesto una clasificación del negativismo jurídico como síndrome institucional y argumentativo, que opera mediante cinco ejes:

- a) Negativismo normativo: adhesión acrítica al positivismo jurídico kelseniano, que reduce el derecho a un sistema cerrado de normas válidas por su origen formal, ignorando principios como el *pro persona* y la dignidad humana.
- b) Negativismo hermenéutico: distorsión deliberada de los principios convencionales, como ocurre con la figura del arraigo y las “restricciones constitucionales”, que neutralizan el principio *pro homine*, la presunción de inocencia y vulneran el artículo 7 de la CADH.
- c) Negativismo institucional: prácticas judiciales que legitiman violaciones a derechos humanos bajo el ropaje de la legalidad, evidenciando una debilidad estructural del aparato judicial frente al bloque de convencionalidad.
- d) Negativismo retórico: uso de argumentos como la “incertidumbre jurídica” o la “defensa de la soberanía” para bloquear reformas garantistas, ocultando bajo tecnicismos una resistencia ideológica al cambio.
- e) Negativismo epistémico: rechazo a enfoques humanistas como la justicia terapéutica, la interculturalidad jurídica y las epistemologías del sur, que colocan a la persona y su contexto en el centro del análisis jurídico.

Esta clasificación permite evidenciar que el negativismo jurídico no es una postura doctrinaria aislada, sino una forma de violencia institucional que se disfraza de legalidad para preservar el statu quo. Frente a esta resistencia, el control de convencionalidad exige no solo aplicación, sino transformación: una praxis judicial que reconozca la primacía del derecho internacional, la centralidad de la persona y la urgencia de una justicia situada, garantista y emancipadora.

La figura del arraigo, analizada como caso paradigmático, revela que incluso las normas constitucionales pueden ser inconventionales, y que la vigencia formal no garantiza la legitimidad jurídica. Como ha sostenido la Corte IDH, las leyes contrarias al objeto y fin de la CADH carecen de efectos jurídicos desde su origen. En este sentido, el control de convencionalidad no es una opción hermenéutica: es una exigencia ética y jurídica que interpela a los jueces, a las instituciones y a la doctrina.

Finalmente, se reafirma que la soberanía no reside en el Estado, sino en las personas. Rechazar el derecho convencional en nombre de la soberanía estatal es una forma de represión jurídica que sacrifica la vida, la libertad y la dignidad en nombre de dogmas constitucionales obsoletos. El derecho latinoamericano, si quiere ser verdaderamente garantista, debe abandonar el formalismo excluyente y asumir la complejidad normativa como oportunidad de transformación. Solo así podrá cumplir su función esencial: la protección efectiva de los derechos humanos.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

- APREZA SALGADO, Socorro; TAPIA ARGUELLO, Sergio Martín y MEZA FLORES, Jorge Humberto, *Derechos Humanos*, Enciclopedia Jurídica, Facultad de Derecho-UNAM, México, 2017.
- BOBBIO, Norberto, *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, Trad. Joaquín Jordá, Trotta, Madrid, 1995.
- CASTILLA, Karlos, *El control de convencionalidad: Un nuevo debate en México a partir de la sentencia del Caso Radilla Pacheco*, Biblioteca Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2011.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Trotta, Madrid, 2001.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2011.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor y VALADÉS, Diego (Coords.), *Formación y perspectiva del Estado mexicano*, El Colegio Nacional-UNAM, México, 2010.
- KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, 2ª ed., trad. Roberto J. Vernengo, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1982. <https://tinyurl.com/mtp6de83>
- PEROTTI PINCIROLI, Ignacio G. *El control de convencionalidad en la Corte Interamericana y en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Fundación Academia Europea e

- Iberoamericana de Yuste, 2024.
<https://tinyurl.com/mhppr2v9>
- PEROTTI PINCIROLI, Ignacio G., *El control de convencionalidad en la Corte Interamericana y en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Fundación Academia Europea e Iberoamericana de Yuste, 2024.
<https://tinyurl.com/mhppr2v9>
- SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Control de convencionalidad*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2015.
<https://tinyurl.com/2txdjbam>

Hemerografía

- ALARCÓN, Micaela, “Hans Kelsen, la Teoría pura del derecho. Introducción a los problemas de la ciencia jurídica”, *Revista Jurídica Derecho*, 2024, no. 21, vol. 13, p. 156.
<https://tinyurl.com/3pkmtv6>
- FERRAJOLI, Luigi, “Norberto Bobbio, teórico del derecho y de la democracia”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 2010, no. 253, vol. 60, pp. 31–46.
<https://tinyurl.com/5y9m5j76>
- MARTÍNEZ LAZCANO, Alfonso Jaime, “Derecho procesal convencional: nueva rama jurídica”, *Revista de Derecho de las Minorías*, 2020, no. 3, pp. 43–72.
<https://tinyurl.com/36hw5xem>
- MARTÍNEZ LAZCANO, Alfonso Jaime, “Derecho sustantivo convencional. Fuente terapéutica del derecho nacional”, *Emerging Trends in Education*, 2019, no. 12, vol. 6, pp. 101–125. <https://tinyurl.com/y63yrtzw>
- MARTÍNEZ LAZCANO, Alfonso Jaime, “El derecho convencional y los retos de su implementación en los Estados Parte”, *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas*, 2019, no. 3, vol. 7, pp. 436–466. <https://tinyurl.com/whrns4w>
- MARTÍNEZ LAZCANO, Alfonso Jaime, “Inconvencionalidad de la prisión preventiva oficiosa en México”, *Revista Jurídica Cesumar-Mestrado*, 2020, no. 3, vol. 20, p. 501–518.
<https://tinyurl.com/z6cz3kar>

Jurisprudencia interamericana

Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. <https://tinyurl.com/2cyste5e>

Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. <https://tinyurl.com/3c6288ry>

Caso García Rodríguez y otro vs. México. Sentencia de 25 de enero de 2023. <https://tinyurl.com/ycxs4ehd>

Caso Gelman vs. Uruguay. Sentencia de 24 de febrero de 2011. <https://tinyurl.com/2s4zrzwd>

Caso Pérez Lucas y otros vs. Guatemala. Sentencia de 4 de septiembre de 2024. <https://tinyurl.com/2mzh59jz>

Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Voto razonado. <https://tinyurl.com/578k4uvs>

Criterios nacionales (México)

Tesis 2a./J. 119/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 12, tomo I, noviembre 2014. Registro digital: 2007932. <https://tinyurl.com/398yxear>

Tesis 2a./J. 163/2017 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación*, libro 49, tomo I, diciembre 2017. Registro digital: 2015828 <https://tinyurl.com/yywk3vh7>

Tesis: I.14o.T.4 K (11a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 38, junio de 2024, tomo IV. Registro digital: 2029046. <https://tinyurl.com/mr2rncv5>

Tesis: III.2o.C.16 K (11a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 37, mayo de 2024, tomo V. Registro digital: 2028773. <https://tinyurl.com/yc86vn7f>

Tesis: XXII.P.A. J/1 P (11a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 34, febrero de 2024, tomo V. Registro digital: 2028130. <https://tinyurl.com/5t4tw7ye>

Páginas de internet

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.
Cuadernillo de jurisprudencia N° 7: Control de

Negativismo jurídico en América Latina: el control de...

convencionalidad. San José: Corte IDH, 2017.
<https://tinyurl.com/3wk42yms>

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.

Informe Anual 2024. <https://tinyurl.com/ydxennvm>

MORALES CARRASCO, Ricardo, *Tantas reformas crean incertidumbre jurídica nunca antes vista*, Diario de Xalapa, 2025. Disponible en: <https://tinyurl.com/2axmxd8b>

Redacción NVI Noticias, *Apreciación de Marian Vidaurri sobre la crisis del sistema carcelario en América Latina*, NVI Noticias, 2025. <https://tinyurl.com/5bsmwemz>

METODOLOGÍA APLICADA EN LA HERMENÉUTICA CONSTITUCIONAL PLURAL Y SU UTILIDAD PARA RESOLVER CONFLICTOS COMPLEJOS

PAUL ENRIQUE FRANCO ZAMORA*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Estado plurinacional y hermenéutica constitucional plural.* III. *Metodologías de la hermenéutica constitucional plural.* IV. *Conclusiones.* V. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

El concepto de pluralismo jurídico está referido a la multiplicidad de sistemas normativos coexistentes en un espacio territorial. El reconocimiento formal de la pluralidad jurídica fue

* PhD. en Derecho con mención *Summa Cum Laude*. Docente de posgrado en la Universidad de San Francisco Xavier de Chuquisaca, la Universidad Andina Simón Bolívar y la Universidad Privada del Valle. Miembro senior de la Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional; Vicepresidente para Sudamérica y Director Nacional en Bolivia de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional; Embajador de la Clínica Jurídica Mundial (México); miembro honorífico del Instituto de Investigación Iberoamericano APEX IURIS, de los Colegios de Abogados de La Libertad (Trujillo) y del Cusco (Perú), y del Instituto de Derecho Humanos Constitucional y Derechos de la AIDCA (Argentina). Expresidente del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. Abogado titulado por la Universidad Mayor, Real y Pontificia de San Francisco Xavier de Chuquisaca, <https://orcid.org/0009-0003-1587-128X>. Contacto: pfrancozamora@gmail.com

tardía, ocasionando conflictos en cuanto a la interpretación adoptada en las disputas sometidas a la justicia plural.

Con el ingreso de la modernidad, el modelo del Estado-nación impuso el monismo jurídico como forma predominante de organización social, ocultando la vigencia de otros sistemas ajenos, pues primaba la negación de los derechos de los pueblos originarios.¹

Por esta razón, la idea moderna de un derecho único y centralizado quedó consolidada a partir de las reformas administrativas napoleónicas seguida del positivismo jurídico, que proclamaron la supremacía exclusiva del derecho estatal siendo una fiel expresión de soberanía.²

El nacimiento del pensamiento monista tuvo por consecuencia la invisibilización de diversas formas de producción normativa, en particular de aquellas sustentadas en las cosmovisiones indígenas. El derecho estatal se encontraba alejado de la diversidad social y cultural, más aún, surgió un desgaste de este modelo a finales del Siglo XX. De hecho, la ineficacia del monismo ante conflictos indígenas propició una revalorización del pluralismo jurídico, dando curso al surgimiento de interpretaciones basadas en la identidad de los pueblos.³

En América Latina, el pluralismo jurídico adquirió fuerza con las reformas constitucionales de finales del Siglo XX y principios del XXI, impulsadas por los movimientos sociales indígenas y

¹ VALENCIA-TELLO, Diana Carolina, “Pluralismo jurídico. Análisis de tiempos históricos”, *Revista Derecho del Estado*, 2020, no. 45, pp. 121-154. <https://tinyurl.com/mrv6cndy>

² LAGUNA DELGADO, Harold Esteban, MÉNDEZ CABRITA, Carmen Marina y PUETATE PAUCAR, Jairo Mauricio, “Origen y evolución del pluralismo jurídico en América Latina, como una visión crítica desde la perspectiva del derecho comparado”, *Revista Universidad y Sociedad*, 2020, no. 5, vol. 12, pp. 381-388.

³ ARIZA SANTAMARÍA, Rosembert, “Pluralismo jurídico conservador, el monismo jurídico de siempre”, *Revista Jurídica Derecho*, 2021, no. 15, vol. 10, pp. 209-226.

afrodescendientes. La constitucionalización de derechos colectivos a través de normas internacionales, con el célebre Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, dieron curso al reconocimiento pleno de la variedad de normativa interna que podría primar en los Estados.⁴

Empero, la corriente del pluralismo jurídico es propensa a debilitarse. De no impulsarse reformas que lo introduzcan normativamente, quedaría en un enunciado formal sin una verdadera transformación estructural de los sistemas jurídicos estatales y los indígenas.⁵ En el caso de Bolivia el panorama fue diferente, ya que, con la promulgación de la Constitución Política del Estado en el año 2009, emerge un hito histórico para la evolución del pluralismo jurídico latinoamericano.

La Constitución del país andino reconoce expresamente la igualdad jerárquica de la jurisdicción ordinaria con la indígena originario campesina, principalmente mediante el establecimiento de un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario. Dicho reconocimiento, se articula con la reivindicación histórica de los pueblos indígenas cuya identidad jurídica se mantuvo viva, pese a siglos de colonización y exclusión social.

No obstante, este avance constitucional no elimina las relaciones asimétricas que persisten entre los veredictos dictados por jueces, de aquellas decisiones adoptadas en comunidades indígenas. Persisten aún dinámicas de subordinación de los sistemas normativos originarios, generando que el pluralismo jurídico boliviano se desarrolle en un ambiente tenso y proclive a contradicciones interpretativas durante la resolución de conflictos.⁶

⁴ CANTILLO PUSHAINA, Juan José, “Pluralismo jurídico: avances constitucionales actuales”, *Foro. Revista de Derecho*, 2021, no. 36, pp. 193-211, <https://tinyurl.com/599b8ud5>

⁵ LUNA ACEVEDO, Héctor, “La legitimidad social del pluralismo jurídico en Bolivia”, 2016, *Temas Sociales*, no. 39, pp. 243-262.

⁶ VALENTIN MBALLA, Louis y COPA PABÓN, Magali Vianca, “Un acercamiento analítico al pluralismo jurídico en Bolivia: Lo Aymara en un panorama multipolar desde la visión de Fernando

En mérito a lo expuesto, la pluralidad incumbe el respeto real de los derechos en condiciones de igualdad. Para lograrlo, es indispensable conocer metodologías hermenéuticas plurales que permitan la exégesis constitucional por medio de un enfoque intercultural, tomando en cuenta las cosmovisiones propias de cada pueblo; de esta manera, podrá superarse el paradigma monista que todavía subsiste en la cultura jurídica dominante.

El presente trabajo está enfocado en un análisis de la metodología aplicada a la hermenéutica constitucional plural boliviana, con la finalidad de contribuir a una interpretación que promueva una convivencia normativa libre de prejuicios.

II. ESTADO PLURINACIONAL Y HERMENÉUTICA CONSTITUCIONAL PLURAL

La consagración del pluralismo jurídico, por medio del artículo primero de la Constitución de Bolivia, marca la ruptura decisiva con la tradición monista del derecho estatal, reconfigurándose las categorías clásicas del constitucionalismo moderno.

La apuesta boliviana por el pluralismo jurídico supone que las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos ejerzan sus derechos, en condiciones de igualdad con la jurisdicción ordinaria. Con ello, quedaría superada la noción liberal clásica que asociaba el Estado a un sistema jurídico homogéneo, para abrir paso a un modelo constitucional que articula unidad y diversidad en términos de autodeterminación y autogobierno.⁷

El texto constitucional boliviano incorpora los principios identitarios de plurinacionalidad e interculturalidad, que emancipan al derecho de la hegemonía formalista y monista. El concepto de

Untoya”, *Revista Humanidades*, 2020, no. 1, vol. 10, pp. 169-183. <https://tinyurl.com/ya8xa83e>

⁷ CHARNEY, John y NÚÑEZ, Manuel, “Fundamentos normativos del Estado plurinacional: una reconfiguración de las categorías centrales del constitucionalismo”, *Revista Derecho del Estado*, 2024, no. 59, pp. 159-204. <https://tinyurl.com/mux2nw6x>

plural podría limitarse a la coexistencia pasiva de sistemas normativos, pero en la práctica no es así; en realidad, postula la interacción dialógica entre ellos, basada en el respeto a la diferencia cultural y la construcción de una hermenéutica intercultural que supere las prácticas jurídicas coloniales.⁸

Por esta razón, el pluralismo jurídico latinoamericano desafía directamente la matriz monista del Estado moderno, afirmando la validez de formas jurídicas diversas sustentadas en cosmovisiones ajenas a las ideas occidentales. Así, el pluralismo boliviano participa en una dinámica de resistencia y afirmación cultural frente a los procesos históricos de homogeneización estatal.⁹

Pese al reconocimiento constitucional del Estado Plurinacional, el monismo jurídico continúa con una fuerte inercia en la práctica judicial, pues los operadores judiciales (formados en paradigmas positivistas) dificultan la consolidación de una justicia verdaderamente intercultural. Bajo este panorama, es inminente que el pluralismo jurídico está en proceso de construcción, para lo cual requiere de la adopción de metodologías hermenéuticas capaces de interpretar el derecho desde la diversidad.

El Estado Plurinacional boliviano es un ejemplo de transformación profunda del constitucionalismo clásico, inclusive, la democracia intercultural, regida por la autodeterminación de los pueblos indígenas, está en profundo auge. Allí, surge la hermenéutica constitucional moderna, centrada históricamente en

⁸ BAGNI, Silvia, RODRÍGUEZ CAGUANA, Adriana y CASTRO LEÓN, Felipe, “Una exploración del pluralismo jurídico intercultural en la jurisprudencia de Bolivia, Colombia y Ecuador”, *Revista Derecho del Estado*, 2024, no. 58, pp. 61-90. <https://tinyurl.com/4fc9snbz>

⁹ Cfr. MILANI, Giammaria, “Pluralismo jurídico e interculturalidad: un discurso sobre la diversidad”, en RESTREPO MEDINA, Manuel Alberto (Coord.), *Interculturalidad, protección de la naturaleza y construcción de paz*, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2020. <https://tinyurl.com/5e6h2ujf>

postulados positivistas y eurocéntricos, cuales afirman la necesidad de comprender realidades jurídicas plurales.¹⁰

No es factible utilizar una idéntica metodología interpretativa de derechos o problemas jurídicos en cada jurisdicción. Lo cierto es que una autoridad, munida de facultades para administrar justicia, debe circunscribirse a métodos o enfoques propios, pero respetando los preceptos contenidos en la norma suprema.

La interpretación basada en una supuesta neutralidad argumentativa excluye formas jurídicas distintas a las estatales, encubriendo como universal lo que en realidad es un modelo cultural particular.¹¹ En rigor, es imposible que se interpreten las cuestiones surgidas en comunidades indígenas o que involucren a sus habitantes mediante técnicas específicas del monismo jurídico.

A partir de esta crítica, la hermenéutica positivista considera relevante la adopción de enfoques dialógicos e interculturales, capaces de respetar la pluralidad real de las sociedades contemporáneas. Es precisamente el motivo para que la hermenéutica constitucional plurinacional adquiera la condición de herramienta dirigida a garantizar la vigencia de los derechos colectivos.

Es innegable que el nuevo constitucionalismo latinoamericano propone un modelo de interpretación que reconozca formalmente la diversidad, con el propósito de alcanzar epistemologías jurídicas abiertas al diálogo entre saberes jurídicos distintos. Dicha perspectiva, pertenece al pensamiento boliviano cual es afín a la teoría del “Constitucionalismo del Sur”, que reivindica la existencia

¹⁰ MONTALVÁN ZAMBRANO, Digno José, “El pluralismo jurídico y la interpretación intercultural en la jurisprudencia constitucional de Ecuador y Bolivia”, *Revista Ratio Juris*, 2019, no. 29, vol. 14, p. 6.

¹¹ STORINI, Claudia, “Razón y cultura: una crítica a la hermenéutica constitucional moderna desde la interpretación dialógica”, *Revista IUS*, 2016, no. 37, vol. 10, pp. 33-58.

de racionalidades jurídicas alternativas frente al positivismo hegemónico.¹²

En este sentido, la hermenéutica constitucional plural es una exigencia para la consolidación del Estado Plurinacional. De hecho, el nuevo constitucionalismo latinoamericano rompe con el positivismo jurídico tradicional promoviendo interpretaciones axiológicas que reconocen los principios de interculturalidad, descolonización y protección de los derechos colectivos.

No se trata de una técnica de interpretación, invocada en cuestiones donde intervienen exclusivamente personas de las naciones o pueblos indígena originario campesinos. Por el contrario, es un concepto que contribuye a la transformación del propio sujeto que interpreta asuntos ordinarios con matices plurales; por ello, el Estado Plurinacional requiere de juzgadores dispuestos a dialogar con cosmovisiones distintas, reconociendo la legitimidad de otras formas de entender el derecho.¹³

Entonces, la hermenéutica plural considera que la supuesta universalidad de categorías jurídicas destinadas a comprender el derecho no beneficia a la totalidad del pueblo, sino limitan la apertura de espacios a formas de argumentación alternativas, pues son requeridas soluciones híbridas respetuosas de la cosmovisión jurídico indígena.¹⁴

¹² LASCARRO-CASTELLAR, Diemer, *et. al.*, “Nuevo constitucionalismo en Latinoamérica: Perspectivas epistemológicas”, *Revista de la Facultad de Derecho*, 2019, no. 46, pp. 24-48. <https://tinyurl.com/34mubfvb>

¹³ YÁNEZ YÁNEZ, Karla Ayerim y MILA MALDONADO, Frank Luis, “Construcción de espacios transnacionales: el nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *Foro. Revista de Derecho*, 2021, no. 35, pp. 145-167. <https://tinyurl.com/3uybecbhh>

¹⁴ VICHINKESKI TEIXEIRA, Anderson, “El método en derecho constitucional comparado: contribuciones críticas para una metodología constitucional comparativa”, *Opinión Jurídica Revista Jurídica*, 2020, no. 39, vol. 19, pp. 311-329. <https://tinyurl.com/y7jutsbk>

De este modo, en el Estado Plurinacional de Bolivia, la hermenéutica plural tendría que superar las prácticas jurídicas coloniales. La interpretación constitucional no puede ser neutra ni unilateral, debe contemplar una praxis transformadora que materialice el pluralismo jurídico y los principios fundantes del nuevo constitucionalismo latinoamericano.

III. METODOLOGÍAS DE LA HERMENÉUTICA CONSTITUCIONAL PLURAL

1. Paradigma del vivir bien como pauta interpretativa

El paradigma del vivir bien, denominado también *suma qamaña* o *sumak kawsay*, está arraigado en las cosmovisiones de los pueblos indígenas andino-amazónicos. Debe entenderse como una propuesta de vida buena que articula a la persona con la comunidad, la naturaleza y la espiritualidad.

La Constitución boliviana recoge este paradigma y le dota la condición de principio rector. El artículo 8 establece literalmente que el Estado asume y promueve los principios ético-morales de la sociedad plural, incluyendo el *suma qamaña* (vivir bien), el *ñandereko*, el *teko kavi*, el *ivi maraei* y el *qhapaj ñan*. Dicho precepto, representa la afirmación de una nueva racionalidad jurídica que supera el dualismo occidental entre naturaleza y cultura, derecho y moral, o individuo y comunidad.¹⁵

Las realidades de cada grupo o sector de la sociedad difieren, por lo que este modelo de vivencia colectiva no puede reducirse a una regla jurídica cerrada. El vivir bien opera como un principio axiológico interpretativo que orienta el contenido y sentido de las instituciones jurídicas; por estas motivaciones, contempla un valor

¹⁵ CONCHA FLORES, Luis Fernando, “La ley natural, el bien y el vivir bien en la constitución boliviana una alegación lusfilosófica cognitiva del concepto”, *Revista Jurídica Derecho*, 2022, no. 16, vol. 11, pp. 35-54.

práctico que articula una ética de la armonía y de la relacionalidad, sustituyendo el paradigma antropocéntrico del desarrollo por uno biocéntrico y comunitario para la reproducción ampliada de la vida en condiciones de equilibrio.¹⁶

Queda demostrada que la interpretación constitucional deja de limitarse a la aplicación literal o sistemática del texto normativo. En su lugar, incorpora una lectura teleológica en función del bien común armónico, aspecto que permite la integración de criterios territoriales, ecológicos y hasta espirituales. Con base a lo anotado, la hermenéutica constitucional plural (construida gracias al vivir bien) transforma metodológicamente el modo de comprender el derecho en el Estado boliviano.

El *sumak kawsay* introduce una lógica vitalista y descolonizadora que interpela los fundamentos epistemológicos del derecho occidental moderno, abriendo horizontes de sentido donde la norma jurídica se reencuentra con el conocimiento ancestral junto a los saberes territoriales. En efecto, el vivir bien pasa de un contenido constitucional a un método hermenéutico que exige una nueva actitud plural del intérprete; es decir, quien administra justicia poseerá una conciencia intercultural que reconozca la pluralidad epistémica y valore los sistemas normativos propios de los pueblos originarios sin desconocerlos.¹⁷

La idea de una pauta interpretativa, basada en el vivir bien, también guarda relacionamiento con la crítica al desarrollismo neoliberal. Las corrientes indianistas o decoloniales señalan que el derecho estatal, fundado en la racionalidad instrumental y productivista del desarrollo, es funcional a la expansión de modelos

¹⁶ CORTÉS-CASTILLO, Darío E. y SIERRA-ZAMORA, Paola Alexandra, “Buen vivir, vivir bien y el choque de paradigmas”, *Escritos*, 2019, no. 59, vol. 27, pp. 319-343. <https://tinyurl.com/bdctwazf>

¹⁷ Cfr. LAGUNAS VÁZQUES, Magdalena, “Buen Vivir (Sumak Kawsay): pautas para una ética mundial civilizatoria, no extractivista y sostenible”, *Revista Estudios del Desarrollo Social: Cuba y América Latina*, 2023, no. 2, vol. 11. <https://tinyurl.com/yn9tdy8f>

extractivistas que destruyen territorios y vulneran culturas; por ello, surgen profundas desigualdades entre la población que exige (a la justicia) la adopción de nuevas técnicas jurídicas para resolver las contiendas.¹⁸

A consecuencia de ello, el vivir bien presenta una racionalidad alternativa, traducida en una ética jurídica que privilegia la reproducción de la vida sobre el crecimiento económico, el equilibrio ecológico en lugar de la explotación, y la justicia comunitaria en vez de la competencia individual.

La epistemología andina, a la que pertenece Bolivia, reafirma el citado enfoque sosteniendo que el vivir bien hace referencia a una meta o aspiración colectiva, libre de prejuicios entre habitantes, que se materializa en una forma de vida ya practicada por los pueblos indígenas enmarcados en los principios de reciprocidad y la relacionalidad cósmica.¹⁹

La frase “somos diversos, pero nos complementamos” resume el anhelo del paradigma del vivir bien. Parecen categorías abstractas de difícil aplicabilidad en los países, pero son principios profundamente invocados en la práctica diaria que guían la solución de controversias. Se colige que la hermenéutica constitucional del vivir bien permite reinterpretar el derecho, dotándole la categoría de instrumento de equilibrio entre todos los elementos de la vida.

Verbigracia el ser humano, la comunidad y la naturaleza conviven en un mismo espacio siendo deber de quienes imparten justicia (indígena u ordinaria) precautelar el bienestar común frente

¹⁸ TORRES-SOLIS, Mauricio y RAMÍREZ-VALVERDE, Benito, “Buen vivir y vivir bien: alternativas al desarrollo en Latinoamérica”, *Latinoamérica. Revista de estudios Latinoamericanos*, 2019, no. 69, pp. 71-97. <https://tinyurl.com/msx5puvk>

¹⁹ SOLEDISPA TORO, Julieta Magaly, “La construcción de la sociedad del buen vivir en tiempos de globalización”, *Foro. Revista de Derecho*, 2022, no. 37, pp. 97-116. <https://tinyurl.com/3mrhjver>

al interés individual.²⁰ Por tanto, la pauta interpretativa del vivir bien muta de un principio retórico del constitucionalismo boliviano a un verdadero eje metodológico que redefine el sentido de la Constitución plural.

En efecto, el operador jurídico y la autoridad indígena originaria campesina desarrollarán capacidades hermenéuticas que permitan aplicar esta lógica en casos concretos, reconociendo la validez de saberes no escritos o de las normas consuetudinarias. Ello, supone un giro interpretativo que transforma de manera radical la funcionalidad del derecho dentro del Estado Plurinacional.

2. Diálogos interculturales

El modelo plurinacional requiere la implementación de mecanismos de interacción en los sistemas reconocidos por el pluralismo jurídico. Bajo el término de diálogo suele darse cabida a una coordinación permanente entre la justicia ordinaria, agroambiental e indígena originaria campesina.

Por consiguiente, los diálogos interculturales se configuran en un eje metodológico imprescindible de la interpretación constitucional plural. Son espacios de intercambio simbólico para compartir puntos de vista, razón por la que representan procesos activos de negociación de sentido jurídico positivistas, con cosmovisiones distintas históricamente enfrentadas por la imposición del monismo estatal.

En rigor, la interculturalidad (en su dimensión normativa) parte de la premisa de reconocimiento hacia la diversidad, exigiendo una relación de horizontalidad o reciprocidad epistémica en los sistemas normativos plurales. Por tanto, el enfoque intercultural introduce un nuevo parámetro interpretativo que exige considerar el derecho a

²⁰ CRUZ, Miguel, “Cosmovisión andina e interculturalidad: una mirada al desarrollo sostenible desde el *sumak kawsay*», *Revista Chakiñan de Ciencias Sociales y Humanidades*, 2018, no. 5, pp. 119-32.

través de miradas de pluralidad, reconociendo la validez formal del derecho indígena y su legitimidad como forma jurídica originaria.²¹

La judicatura formal deriva de tradiciones romanas; en cambio, la justicia indígena tiene una propia visión de acuerdo a los saberes ancestrales, razón para que ambos recurran a consultas periódicas con el objetivo de evitar lesiones a los derechos de las personas. Significa que el diálogo intercultural supera la visión integracionista que pretende traducir el derecho indígena al lenguaje jurídico estatal, para dar paso a una co-creación de sentido en condiciones de igualdad.

En mérito a la igualdad jerárquica entre jurisdicciones reconocidas constitucionalmente es indispensable que una instancia entable lazos dialógicos. Dicho esto, la justicia constitucional funge en su condición de garante del pluralismo igualitario, mediante decisiones que fortalezcan espacios de intercambio dialogado en la jurisdicción ordinaria e indígena originario campesina; especialmente, a través de pasantías interculturales in situ o informes periciales de campo, que permiten la formación técnica de los operadores junto al conocimiento vivencial de las otras formas de justicia. Las referidas iniciativas desmontan prejuicios, habilitando interpretaciones sensibles al contexto cultural de los pueblos indígenas.²²

El principio de interculturalidad pregona que ninguna cultura es superior a otra, motivo para que la justicia pretenda construirse

²¹ Cfr. BAGNI, Silvia y PAVANI, Giorgia, “La comparación jurídica como instrumento epistemológico para el estudio y la investigación en el ámbito de los derechos de la naturaleza, la interculturalidad y los procesos de paz”, en RESTREPO MEDINA, Manuel Alberto (Coord.), *Interculturalidad, protección de la naturaleza y construcción de paz*, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2020. <https://tinyurl.com/5e6h2ujf>

²² NEGRÓN PINO, María Elena, “Diálogo intercultural para una efectiva coordinación y cooperación entre sistemas jurídicos: Pasantías interculturales in situ de autoridades provenientes de sistemas jurídicos plurales”, *Iuris Tantum Revista Boliviana de Derecho*, 2012, no. 13, pp. 102-15.

sobre la base del respeto mutuo aunada a la complementariedad. Procesalmente, esto se traduce en la creación de reglas de competencia culturalmente sensibles y metodologías de interpretación que impongan el principio pro-persona, mismas que habrán de ajustarse a la especificidad de los pueblos y naciones indígenas.²³

En la práctica, los diálogos interculturales demostraron su utilidad al momento de resolver conflictos complejos. El caso de la justicia indígena del Cauca es un ejemplo emblemático.

Se logró articular un proyecto pedagógico conjunto entre las autoridades indígenas, el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, y la Universidad del Cauca, con el fin de capacitar a la guardia indígena en procedimientos forenses y construir consensos sobre estándares probatorios válidos en ambos sistemas.²⁴

La citada experiencia intercultural demostró que el diálogo permite el reconocimiento mutuo, mediante la co-producción de conocimiento jurídico útil para las referidas jurisdicciones. Cabe resaltar que el diálogo intercultural se justifica por construirse en un modelo judicial comunicativo, el cual parte de la incompletitud de cada sistema jurídico pues difiere el pensamiento de las comunidades, incluso, hasta la propia manera de concebir el derecho es distinta en cada sujeto.

Entonces, se requiere de una conciencia colectiva que integre las diversas racionalidades jurídicas. A diferencia del diálogo interjudicial clásico, limitado a la comparación vertical entre cortes,

²³ BENAVIDES BENALCÁZAR, Merck, *et. al.*, “Sistema para la toma de decisiones en la aplicación del principio de interculturalidad mediante proceso analítico jerárquico y su aplicación a la justicia y la educación”, *Conrado*, 2021, no. 83, vol. 17, pp. 92-97.

²⁴ ÁLVAREZ SOLER, Jaime Antonio, “Diálogo de saberes: justicia indígena del Cauca y justicia ordinaria, un intercambio cultural posible”, *Revista Historia de la Educación Latinoamericana*, 2019, no. 33, vol. 21, pp. 35-59. <https://tinyurl.com/2vt2xunv>

el diálogo intercultural apuesta por una horizontalidad radical entre saberes, donde la ritualidad o espiritualidad permiten la interpretación del derecho sin vulnerar la cosmovisión ancestral.²⁵

Cuando surgen situaciones jurídicas complicadas de resolución, los diálogos interculturales son el fundamento metodológico del constitucionalismo para invocar principios o valores, descolonizando la tradicional práctica de aplicar la letra muerta de la ley.

La Sentencia Constitucional Plurinacional (SCP) 0778/2014 de 21 de abril fijó algunos métodos y procedimientos a ser utilizados durante la interpretación intercultural, entre ellos, los peritajes antropológico-culturales o el desarrollo de diálogos interculturales. Según la resolución consultada, la finalidad del análisis, efectuado en sede constitucional respecto a la posible lesión de derechos o garantías constitucionales, significa la materialización del valor del vivir bien.²⁶

La experiencia boliviana demuestra que es posible edificar un sistema jurídico plural a partir del encuentro entre distintas formas de percibir el derecho, pero ello requiere de la apertura epistemológica de los juzgadores y su compromiso ético con la igualdad de culturas.

3. Respeto del derecho a la vida

La interpretación del derecho a la vida da cabida a un replanteamiento epistemológico, donde se eviten concepciones individualistas típicas del constitucionalismo liberal clásico. En la cosmovisión de los pueblos indígenas, la vida no queda limitada a

²⁵ GARZÓN BUENAVENTURA, Édgar Fabián, “Paradigmas del diálogo en la pluriculturalidad”, *Prolegómenos*, 2021, no. 48, vol. 24, pp. 83-92. <https://tinyurl.com/3tjj3mta>

²⁶ Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, Sentencia Constitucional Plurinacional 0778/2014 de 21 de abril, 2014. <https://buscador.tcpbolivia.bo/resolucion/130549>.

la protección del individuo aislado, puede extenderse a una noción comunitaria de la existencia de múltiples seres biológicos.

Dicho enfoque, deviene en una comprensión integral de la vida vinculada a la integridad física de las personas, especialmente transmite el equilibrio ecológico con miras de prever la continuidad de las culturas. Por lo fundamentado, la vida adquiere la categoría de bien jurídico colectivo enraizado en los principios ancestrales de reciprocidad.²⁷

Por ejemplo, cuando se trata de delitos contra la vida (por citar, el homicidio), en la praxis jurídica suele afirmarse que es competencia exclusiva de la jurisdicción penal ordinaria conocer tales causas, debido a que en la cosmovisión indígena la vida no se protege en su condición de derecho individual, tiende a manifestarse en un bien colectivo.

El respeto del derecho a la vida mediante una hermenéutica constitucional plural exige una metodología interpretativa, que reconozca las múltiples ontologías jurídicas. Por consiguiente, la interpretación tendrá que ser diatópica, es decir, un encuentro de tópicos culturales distintas que permita la construcción de un criterio jurídico intercultural. Sin duda, supone abandonar la pretensión de neutralidad universalista del derecho, reconociendo que su interpretación está culturalmente condicionada y, por lo tanto, debe abrirse al diálogo intercultural para no caer en el etnocentrismo jurídico.²⁸

De acuerdo a lo expresado previamente, Bolivia opta por una visión más pluralista, al entender que el respeto del derecho a la vida debe articularse con el principio del vivir bien o *suma qamaña*, que

²⁷ CAGAS OÑA, Ximena, MACHADO MALIZA, Mesías y Centeno Maldonado, Paúl Alejandro, “Transcendencia de la cultura indígena y su intervención jurídica en la sociedad”, *Revista Universidad y Sociedad*, 2021, no. 2, vol. 13, pp. 430-436.

²⁸ BREVIS CARTES, Priscilla, “Derechos humanos e interculturalidad. Los desafíos de una comprensión hermenéutica diatópica”, *Revista CES Derecho*, 2023, no. 1, vol. 14, pp. 31-44. <https://tinyurl.com/4dvpt3s2>

irradia el contenido de los derechos fundamentales con una visión integradora, donde la vida se concibe en su conexión con la naturaleza.

Toda decisión jurisdiccional, incluida la indígena originaria campesina, está condicionada a respetar valores plurales supremos. Por ello, el Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP) de Bolivia, mediante la Declaración Constitucional Plurinacional 0017/2020 de 16 de octubre indicó que:

*(...) la Norma Suprema reconoce a la jurisdicción originaria campesina la facultad de administrar justicia, con independencia y autonomía, pero la condiciona al respeto a la vida, el derecho a la defensa y los demás derechos y garantías previstos en la Constitución (art. 190.II de la CPE), porque ésta goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa, incluyendo a las determinaciones asumidas por la justicia indígena.*²⁹

De acuerdo a lo señalado, el respeto por la vida en las culturas originarias se demuestra mediante prácticas de reconciliación o reintegración comunitaria que permiten el equilibrio puesto en conflicto.

4. Test de proporcionalidad

Para resolver colisiones entre derechos fundamentales (en casos que revisten de complejidad) suele acudir al test de proporcionalidad. La interpretación constitucional en temas que conciernen al pluralismo jurídico no tiende a consultar criterios racionales del derecho positivo; más al contrario, acude a la

²⁹ Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, *Declaración Constitucional Plurinacional 0017/2020 de 16 de octubre*, 2020. <https://buscador.tcpbolivia.bo/resolucion/168701>

cosmovisión de las naciones y pueblos indígena originario campesinos.

Por lo señalado, la proporcionalidad no contempla un procedimiento rígido y universal, está caracterizado por una metodología flexible.

El test de proporcionalidad se estructura en los subprincipios de idoneidad, necesidad y ponderación en sentido estricto. Conforme los criterios doctrinales desarrollados por autores como Robert Alexy y aplicados por numerosos tribunales constitucionales de América Latina, este instrumento permite evaluar si la limitación de un derecho fundamental es justificable en relación con otro derecho o interés constitucionalmente protegido.³⁰

Empero, la estructura de proporcionalidad fue construida desde una lógica liberal individualista, sin considerar la pluralidad cultural, donde los derechos adquieren dimensiones colectivas que no encajan fácilmente en la fórmula de la ponderación.³¹

El test de proporcionalidad debe reinterpretarse mediante una ponderación dialógica o intercultural. Dicha versión plural del test, no renuncia a la lógica de los subprincipios, pero incorpora nuevos elementos que permiten contextualizar la valoración de los derechos en debate, tales como el significado cultural del bien jurídico. Por ejemplo, lo que para el derecho estatal se considera una sanción proporcional, para un pueblo indígena puede constituir una afrenta a su estructura de valores y cohesión social.³²

³⁰ CÁRDENAS GRACIA, Jaime, “Noción, justificación y críticas al principio de proporcionalidad”, *Boletín mexicano de derecho comparado*, 2014, no. 139, vol. 47, pp. 65-100.

³¹ MAMANI CONDORI, Eddy Erik, *et. al.*, “Principio de proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional peruana”, *Revista Universidad y Sociedad*, 2023, no. 2, vol. 15, pp. 675-684.

³² ARBOLEDA RAMÍREZ, Paulo Bernardo, *et. al.*, “La ponderación entre el principio a la intimidad y el principio a la libertad de información: aplicación del método de medición objetiva”, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 2019, no. 130, vol. 49, pp. 28-50. <https://tinyurl.com/49z9uy87>

En Bolivia, el TCP reconoció la necesidad de ajustar la ponderación a criterios interculturales. La SCP 0778/2014 de 21 de abril estableció el paradigma del vivir bien como pauta intercultural de interpretación de derechos. En el marco de un diálogo intercultural, la ponderación contendrá los siguientes aspectos:

- a) El análisis de compatibilidad del acto o decisión cuestionado con las normas y procedimientos propios de cada nación y pueblo indígena originario campesino, aspecto que obliga a resolver la problemática de acuerdo a métodos y procedimientos constitucionales interculturales para que, en caso de verificarse una incompatibilidad de dichas normas y procedimientos, se materialice el valor del vivir bien, el cual es el contenido esencial de los derechos individuales o colectivos en contextos intra e interculturales
- b) El análisis de compatibilidad del acto o decisión cuestionado con los principios de complementariedad, equilibrio, dualidad, armonía y otros de la cosmovisión propia de los pueblos y naciones indígena originario campesino.³³

En rigor, en los sistemas jurídicos indígenas la ponderación opera sobre nociones distintas de justicia, centradas en la restauración del equilibrio colectivo que en la sanción individual. El test de proporcionalidad intercultural se encuentra justificado por el paradigma del vivir bien y los principios constitucionales enfocados en la participación activa de autoridades comunitarias.

Por tanto, la ponderación intercultural no constituye una adaptación técnica del test de proporcionalidad, es un nuevo modelo de razonamiento jurídico plural. El pluralismo permite una lectura del derecho como un acontecimiento diversificado, prescindiendo de categorías homogéneas y lineales.

De ello, se concluye que con la ponderación intercultural fueron encaminados procesos interpretativos intersticiales, donde el

³³ Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, *Sentencia Constitucional Plurinacional 0778/2014 de 21 de abril*.

diálogo de cosmovisiones sea el eje de la construcción de decisiones legítimas. El test de proporcionalidad significa una herramienta de mediación entre mundos normativos distintos, más que una fórmula de jerarquización abstracta de principios.³⁴

5. Ponderación intercultural de derechos

La ponderación intercultural de derechos es el aporte más representativo del constitucionalismo pluralista boliviano a la teoría de la interpretación jurídica contemporánea.

El modelo tradicional de ponderación jerarquiza derechos bajo criterios abstractos y universales, ocasionando divergencias con los derechos colectivos. Dicha problemática pudo subsanarse a través de la ponderación intercultural, la cual exige un ejercicio hermenéutico dialogante y respetuoso de la pluralidad epistémica del Estado Plurinacional.

La técnica resultó sistematizada por el TCP, principalmente a partir de la Sentencia Constitucional Plurinacional 1422/2012, en la cual se establece el llamado test del paradigma del vivir bien, como parámetro para resolver conflictos entre derechos pertenecientes a matrices civilizatorias distintas.

La innovación ponderativa boliviana critica el universalismo liberal que sostiene la teoría clásica de los derechos fundamentales. Dentro del pluralismo jurídico, no es posible resolver los conflictos valorando simplemente el ‘peso’ abstracto de los principios en pugna, sino se impone una reconstrucción dialógica de sus significados, considerando las formas de vida, la historicidad y las estructuras simbólicas propias de los pueblos involucrados.

Como advierte Boaventura de Sousa Santos, esto requiere una ‘ecología de saberes’ y una ‘traducción intercultural’, en la cual

³⁴ RODRÍGUEZ OROZCO, Arlet, “Ontología del pluralismo: Diversidad y escenarios intersticiales”, *Andamios*, 2019, no. 40, vol. 16, pp. 17-36. <https://tinyurl.com/433syzzs>

ningún sistema cultural posea el monopolio de la verdad jurídica para que todos los derechos sean interpretados desde su propia matriz de sentido.³⁵

El presente enfoque encuentra respaldo también en el constitucionalismo ecuatoriano. Los principios de aplicación de los derechos reconocidos en el artículo 11 de la Constitución del Ecuador (por ejemplo, la favorabilidad, la no regresividad y la interpretación pro-persona) son compatibles con la necesidad de una ponderación dialógica y plural.

Los indicados principios generan condiciones hermenéuticas para que los derechos sean interpretados en función del contexto comunitario y ecológico en que se ejercen. De este modo, la ponderación intercultural no niega los principios universales de los derechos humanos porque los reconstruye a partir de una racionalidad alternativa.³⁶

Por lo argumentado, resta indicar que la ponderación se ejerce principalmente en la jurisdicción constitucional, pero está presente en las dinámicas institucionales. De hecho, la ponderación intercultural constituye una técnica de aplicación judicial, que es factible de utilización por otras entidades estatales como instrumento transversal de gobernanza plural.³⁷

³⁵ ROJAS TUDELA, Farit, “Ponderación y diálogo intercultural. Jurisprudencia y práctica del Tribunal Constitucional Plurinacional”, *Revista de Derecho de la UCB*, 2024, no. 15, vol. 8, pp. 51-79. <https://tinyurl.com/mp8zzmu8>

³⁶ POLO PAZMIÑO, Esteban Javier, “Los principios de aplicación de los derechos en la constitución ecuatoriana: una mirada desde la doctrina y la jurisprudencia”, *Ius Humani. Revista de Derecho*, 2018, no. 7 pp. 223-247. <https://tinyurl.com/bdhpwrth>

³⁷ MILLÁN-GÓMEZ, Miguel Ángel, “Multiculturalismo Derechos Humanos y Políticas Públicas”, *Revista Tecnológica-Educativa Docentes 2.0*, 2023, no. 1, vol. 16, pp. 83-94. <https://tinyurl.com/zr4j2mfe>

IV. CONCLUSIONES

La transición desde el monismo jurídico estatal hacia una estructura plurinacional justifica que la interpretación de la Constitución se fundamente en una racionalidad intercultural, evitando técnicas dogmáticas clásicas.

La justicia plurinacional debe cimentarse sobre una metodología interpretativa que permita articular los principios constitucionales desde la coexistencia de racionalidades jurídicas heterogéneas, en condiciones de igualdad.

El paradigma del vivir bien es una pauta hermenéutica central. Este principio, extraído de las cosmovisiones indígenas andino-amazónicas, permite una lectura axiológica de los derechos fundamentales que trasciende la visión liberal-individualista. Se suma el diálogo intercultural siendo una práctica jurídica activa, que requiere la capacidad de situarse en medio de dos o más mundos normativos, reconociendo soluciones co-construidas.

El respeto al derecho a la vida adquiere un significado ampliado. Ya no se reduce a la protección de la existencia biológica, abarca también la reproducción de condiciones colectivas o ecológicas que hacen posible una vida digna en cada pueblo. Dicha perspectiva, habrá de integrarse en los métodos de ponderación y proporcionalidad, de modo que se conviertan en un ejercicio de justicia epistémica y no en un simple balance aritmético entre derechos.

V. BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

RESTREPO MEDINA, Manuel Alberto (Coord.), *Interculturalidad, protección de la naturaleza y construcción de paz*, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2020. <https://tinyurl.com/5e6h2ujf>

Hemerografía

- ÁLVAREZ SOLER, Jaime Antonio, “Diálogo de saberes: justicia indígena del Cauca y justicia ordinaria, un intercambio cultural posible”, *Revista Historia de la Educación Latinoamericana*, 2019, no. 33, vol. 21, pp. 35-59. <https://tinyurl.com/2vt2xunv>
- ARBOLEDA RAMÍREZ, Paulo Bernardo, *et. al.*, “La ponderación entre el principio a la intimidad y el principio a la libertad de información: aplicación del método de medición objetiva”, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 2019, no. 130, vol. 49, pp. 28-50. <https://tinyurl.com/49z9uy87>
- ARIZA SANTAMARÍA, Rosembert, “Pluralismo jurídico conservador, el monismo jurídico de siempre”, *Revista Jurídica Derecho*, 2021, no. 15, vol. 10, pp. 209-226.
- BAGNI, Silvia, RODRÍGUEZ CAGUANA, Adriana y CASTRO LEÓN, Felipe, “Una exploración del pluralismo jurídico intercultural en la jurisprudencia de Bolivia, Colombia y Ecuador”, *Revista Derecho del Estado*, 2024, no. 58, pp. 61-90. <https://tinyurl.com/4fc9snbz>
- BENAVIDES BENALCÁZAR, Merck, *et. al.*, “Sistema para la toma de decisiones en la aplicación del principio de interculturalidad mediante proceso analítico jerárquico y su aplicación a la justicia y la educación”, *Conrado*, 2021, no. 83, vol. 17, pp. 92-97.
- BREVIS CARTES, Priscilla, “Derechos humanos e interculturalidad. Los desafíos de una comprensión hermenéutica diatópica”, *Revista CES Derecho*, 2023, no. 1, vol. 14, pp. 31-44. <https://tinyurl.com/4dvpt3s2>
- CAGAS OÑA, Ximena, MACHADO MALIZA, Mesías y Centeno Maldonado, Paúl Alejandro, “Transcendencia de la cultura indígena y su intervención jurídica en la sociedad”, *Revista Universidad y Sociedad*, 2021, no. 2, vol. 13, pp. 430-436.
- CANTILLO PUSHAINA, Juan José, “Pluralismo jurídico: avances constitucionales actuales”, *Foro. Revista de Derecho*, 2021, no. 36, pp. 193-211, <https://tinyurl.com/599b8ud5>

- CÁRDENAS GRACIA, Jaime, “Noción, justificación y críticas al principio de proporcionalidad”, *Boletín mexicano de derecho comparado*, 2014, no. 139, vol. 47, pp. 65-100.
- CONCHA FLORES, Luis Fernando, “La ley natural, el bien y el vivir bien en la constitución boliviana una alegación Iusfilosófica cognitiva del concepto”, *Revista Jurídica Derecho*, 2022, no. 16, vol. 11, pp. 35-54.
- CORTÉS-CASTILLO, Darío E. y SIERRA-ZAMORA, Paola Alexandra, “Buen vivir, vivir bien y el choque de paradigmas”, *Escritos*, 2019, no. 59, vol. 27, pp. 319-343. <https://tinyurl.com/bdctwazf>
- CRUZ, Miguel, “Cosmovisión andina e interculturalidad: una mirada al desarrollo sostenible desde el sumak kawsay», *Revista Chakiñan de Ciencias Sociales y Humanidades*, 2018, no. 5, pp. 119-132.
- CHARNEY, John y NÚÑEZ, Manuel, “Fundamentos normativos del Estado plurinacional: una reconfiguración de las categorías centrales del constitucionalismo”, *Revista Derecho del Estado*, 2024, no. 59, pp. 159-204. <https://tinyurl.com/mux2nw6x>
- GARZÓN BUENAVENTURA, Édgar Fabián, “Paradigmas del diálogo en la pluriculturalidad”, *Prolegómenos*, 2021, no. 48, vol. 24, pp. 83-92. <https://tinyurl.com/3tjj3mta>
- LAGUNA DELGADO, Harold Esteban, MÉNDEZ CABRITA, Carmen Marina y PUETATE PAUCAR, Jairo Mauricio, “Origen y evolución del pluralismo jurídico en América Latina, como una visión crítica desde la perspectiva del derecho comparado”, *Revista Universidad y Sociedad*, 2020, no. 5, vol. 12, pp. 381-388.
- LAGUNAS VÁZQUES, Magdalena, “Buen Vivir (Sumak Kawsay): pautas para una ética mundial civilizatoria, no extractivista y sostenible”, *Revista Estudios del Desarrollo Social: Cuba y América Latina*, 2023, no. 2, vol. 11. <https://tinyurl.com/yn9tdy8f>
- LASCARRO-CASTELLAR, Diemer, *et. al.*, “Nuevo constitucionalismo en Latinoamérica: Perspectivas epistemológicas”, *Revista de la Facultad de Derecho*, 2019, no. 46, pp. 24-48. <https://tinyurl.com/34mubfvb>

- LUNA ACEVEDO, Héctor, “La legitimidad social del pluralismo jurídico en Bolivia”, 2016, *Temas Sociales*, no. 39, pp. 243-262.
- MAMANI CONDORI, Eddy Erik, *et. al.*, “Principio de proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional peruana”, *Revista Universidad y Sociedad*, 2023, no. 2, vol. 15, pp. 675-684.
- MILLÁN-GÓMEZ, Miguel Ángel, “Multiculturalismo Derechos Humanos y Políticas Públicas”, *Revista Tecnológica-Educativa Docentes 2.0*, 2023, no. 1, vol. 16, pp. 83-94. <https://tinyurl.com/zr4j2mfe>
- MONTALVÁN ZAMBRANO, Digno José, “El pluralismo jurídico y la interpretación intercultural en la jurisprudencia constitucional de Ecuador y Bolivia”, *Revista Ratio Juris*, 2019, no. 29, vol. 14.
- NEGRÓN PINO, María Elena, “Diálogo intercultural para una efectiva coordinación y cooperación entre sistemas jurídicos: Pasantías interculturales in situ de autoridades provenientes de sistemas jurídicos plurales”, *Iuris Tantum Revista Boliviana de Derecho*, 2012, no. 13, pp. 102-115.
- POLO PAZMIÑO, Esteban Javier, “Los principios de aplicación de los derechos en la constitución ecuatoriana: una mirada desde la doctrina y la jurisprudencia”, *Ius Humani. Revista de Derecho*, 2018, no. 7 pp. 223-247. <https://tinyurl.com/bdhpwrth>
- RODRÍGUEZ OROZCO, Arlet, “Ontología del pluralismo: Diversidad y escenarios intersticiales”, *Andamios*, 2019, no. 40, vol. 16, pp. 17-36. <https://tinyurl.com/433syzzs>
- ROJAS TUDELA, Farit, “Ponderación y diálogo intercultural. Jurisprudencia y práctica del Tribunal Constitucional Plurinacional”, *Revista de Derecho de la UCB*, 2024, no. 15, vol. 8, pp. 51-79. <https://tinyurl.com/mp8zzmu8>
- SOLEDISPA TORO, Julieta Magaly, “La construcción de la sociedad del buen vivir en tiempos de globalización”, *Foro. Revista de Derecho*, 2022, no. 37, pp. 97-116. <https://tinyurl.com/3mrhjver>
- STORINI, Claudia, “Razón y cultura: una crítica a la hermenéutica constitucional moderna desde la interpretación dialógica”, *Revista IUS*, 2016, no. 37, vol. 10, pp. 33-58.

- TORRES-SOLIS, Mauricio y RAMÍREZ-VALVERDE, Benito, “Buen vivir y vivir bien: alternativas al desarrollo en Latinoamérica”, *Latinoamérica. Revista de estudios Latinoamericanos*, 2019, no. 69, pp. 71-97. <https://tinyurl.com/msx5puvk>
- VALENCIA-TELLO, Diana Carolina, “Pluralismo jurídico. Análisis de tiempos históricos”, *Revista Derecho del Estado*, 2020, no. 45, pp. 121-154. <https://tinyurl.com/mrv6cndy>
- VALENTIN MBALLA, Louis y COPA PABÓN, Magali Vianca, “Un acercamiento analítico al pluralismo jurídico en Bolivia: Lo Aymara en un panorama multipolar desde la visión de Fernando Untoya”, *Revista Humanidades*, 2020, no. 1, vol. 10, pp. 169-183. <https://tinyurl.com/ya8xa83e>
- VICHINKESKI TEIXEIRA, Anderson, “El método en derecho constitucional comparado: contribuciones críticas para una metodología constitucional comparativa”, *Opinión Jurídica Revista Jurídica*, 2020, no. 39, vol. 19, pp. 311-329. <https://tinyurl.com/y7jutsbk>
- YÁNEZ YÁNEZ, Karla Ayerim y MILA MALDONADO, Frank Luis, “Construcción de espacios transnacionales: el nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *Foro. Revista de Derecho*, 2021, no. 35, pp. 145-67. <https://tinyurl.com/3uybcbhh>

Resolución judicial

- Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, *Declaración Constitucional Plurinacional 0017/2020 de 16 de octubre*, 2020. <https://buscador.tcpbolivia.bo/resolucion/168701>
- Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, *Sentencia Constitucional Plurinacional 0778/2014 de 21 de abril, 2014*. <https://buscador.tcpbolivia.bo/resolucion/130549>.

CAPÍTULO II

CONSTITUCIONALISMO, GOBERNANZA Y JUSTICIA ELECTORAL EN CONTEXTOS DE CRISIS

LAVA-JATO, CORRUPÇÃO E GOVERNANÇA: IMPEACHMENTS E CRISE DEMOCRÁTICA NO BRASIL

ANTONIO CELSO BAETA MINHOTO*

RESUMO: I. *Introdução.* II. *Terra em transe: o Brasil de 2013 a 2016.* III. *Reeleição de Dilma, os protestos de 2015 e o impeachment.* IV. *O papel da imprensa no impeachment de Dilma: atuação democrática?* V. *O papel da imprensa no impeachment de Dilma: atuação democrática?* VI. *Referências.*

I. INTRODUÇÃO

O Brasil passou por momentos de especial tensão em 1992-1993, com Fernando Collor, mas de modo ainda mais marcante no período 2013-2016, sob o governo de Dilma Rousseff. Àquela altura, a Operação Lava-Jato – considerada a maior operação de investigação, julgamento e punição de envolvidos em corrupção na história do país – experimentava o seu auge.

* Doutor em Direito Público e Direitos Fundamentais pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru – ITE. Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, SP. Bacharel em Direito pela Centro Universitário Metropolitano – FMU, São Paulo. Professor Permanente do Programa de Mestrado da UNILIBRE, Bogotá, Colômbia (2013-2014). Professor Convidado das Universidades de Liege e Leuven, Bélgica e; Anahuac, México. Professor Titular da Universidade Municipal de São Caetano do Sul, SP. Advogado atuante. Contato: antonio@baetaminhoto.com.br

O foco aqui, diga-se logo, é buscar afastar-se das análises mais apaixonadas e sectárias tão presentes no ambiente de discussão social atual, algo especialmente amplificado pelo largo uso das mídias sociais, uma espécie de nova ágora em que todos têm liberdade para se manifestar, mas a qualidade, e principalmente a veracidade, do que se possa alegar é de difícil ou às vezes inviável apuração.

Pretende-se aqui, a partir de uma visão fática concreta, de uma análise dos fatos, se construir algumas reflexões que, espera-se, possam representar uma visão mais científica, acadêmica e ponderada sobre tais fatos, sem preocupações ou compromissos em defender esta ou aquela ideologia política ou, menos ainda, partidária.

Um esclarecimento adicional importante é que após o período ora considerado, 2013-2016, muitos fatos ocorreram, inclusive “fatos da vida”, situações acima das forças humanas como a pandemia da COVID 19. E no Brasil muito aconteceu e, mesmo com eleições regulares em 2018 e 2022 –, inclusive com a prévia interinidade de Michel Temer na Presidência da República – essa regularidade não afastou até mesmo uma possibilidade de golpe em 2023.

Não há, porém, espaço para se tratar de todos os fatos relevantes desse período. Propositalmente, fizemos um recorte de alguns aspectos e de alguns pontos. E se o presente trabalho estimular reflexões outras sobre o mesmo tema, ou conjunto de temas aqui trazidos, plenamente cumpridos estarão seus propósitos.

II. *TERRA EM TRANSE*: O BRASIL DE 2013 A 2016

Em 1967, o falecido cineasta Glauber Rocha lançava um filme que viria a tornar-se verdadeiro ícone do cinema brasileiro, *Terra em Transe*. O enredo do filme é simples: o senador Porfírio Diaz (Paulo Autran) detesta seu povo e pretende tornar-se imperador de Eldorado, um país localizado na América do Sul. Porém existem

diversos outros homens que também querem este poder, e resolvem enfrentá-lo.

Enquanto isso, o poeta e jornalista Paulo Martins (Jardel Filho), ao perceber as reais intenções de Diaz, muda de lado, abandonando seu antigo protetor. A trama acima desenhada é desenvolvida de modo dramático, intenso, barroco, bem ao estilo de Glauber.

Mas o que isso tem a ver com a democracia recente no Brasil? Alguma coisa parece ter a ver, especialmente a dramatização do enredo, os extremismos de ações e de opções ideológicas, bem como, claro, o desfecho em alta voltagem de todo esse processo com o *impeachment* de Dilma Rousseff, muito embora tenha sido um desfecho parcial, eis que muitos outros episódios ocorreram depois desse fato, quase tão marcantes quanto.

Em 2013 a sociedade brasileira foi tomada por um movimento que nem era totalmente desconhecido, mas que ressurgia com renovada força: a manifestação pretensamente carente de ideologia política, espontânea em sua organização e assumidamente apartidária.

Nomeada como “manifestações dos 20 centavos” – por conta da tarifa de ônibus que havia sido reajustada em R\$ 0,20 – “manifestações das placas” ou “jornadas de junho”, foi um movimento que, de algum modo, ecoou outros movimento mundiais, seguindo a mesma lógica de forte apoio das mídias sociais e *internet*, bem como “propagação viral” de protestos, como a Primavera Árabe, no mundo árabe, *Occupy Wall St*, nos Estados Unidos, e *Los Indignados*, na Espanha.¹

O leque de temas presentes nas manifestações era extremamente amplo. Como causas, se apontavam aumentos nas tarifas de transporte público; transporte público insuficiente e de má qualidade; repressão policial violenta aos protestos; serviços

¹ Disponível em: BBC News Brasil, *Protestos globais crescem com perda de fé na política e no Estado, diz 'Observer'*, 2013. <https://tinyurl.com/43pu92dp>

públicos (em geral) de má qualidade; gastos públicos exorbitantes em grandes eventos esportivos internacionais; taxas elevadas de corrupção política e impunidade.

Mas motes como “quero hospital, não quero copa” (alusão à copa do mundo de futebol a se realizar em 2014); “o povo unido não precisa de partido”; “verás que um filho seu não foge à luta”; “desculpe o transtorno, estamos construindo um país”, tomaram conta da pauta de reivindicações, dando o tom amplo e inespecífico das manifestações, algo bastante compreensível por sua própria espontaneidade. Maria da Glória Gohn comenta:²

O crescimento das manifestações levou à ampliação das demandas com um foco central: a má qualidade dos serviços públicos, especialmente transportes, saúde, educação e segurança pública. As manifestações fazem parte de uma nova forma de movimento social, que se caracteriza por participação de uma maioria de jovens escolarizados, predominância de camadas médias, conexão por e em redes digitais, organização horizontal e de forma autônoma, e crítica às formas tradicionais da política da atualidade – especialmente os partidos e os sindicatos.

Muito embora, àquela época, os governos (federal, estadual, municipal) então vigentes tenham procurado responder de forma positiva aos anseios dos manifestantes, não somente congelando o valor da tarifa, mas agindo no sentido de atender certas demandas, culminando, por exemplo, com o engavetamento da PEC 37 que limitava os poderes de investigação do Ministério Público, bem como tornando a corrupção crime hediondo, o fato é que as manifestações não foram bem compreendidas pelo mundo político.

² DA GLÓRIA GOHN, Maria, *A sociedade brasileira em movimento: vozes das ruas e seus ecos políticos e sociais*. <https://tinyurl.com/4ymfr84m>

De fato, Rui Falcão, presidente do PT, incentivou a militância petista a “engrossar os protestos” e “identificar as demandas e seus interlocutores”, enquanto Jacques Wagner, governador da Bahia na ocasião, e também petista, dizia que era preciso “se evitar a glamourização do movimento”, sendo necessário “organizar a demanda, senão vira Woodstock”.³

Concretamente, as manifestações de junho de 2013 foram inéditas, marcantes, relevantes, mas não geraram impacto imediato no universo político-social. Em verdade, se bem lidos os fatos posteriores ao movimento, fica clara a influência das ideias centrais ali veiculadas na dinâmica político-social observada, mas nenhuma das reivindicações articuladas foi efetivamente atendida ou, nem mesmo, ingressaram na pauta das discussões formais junto ao Congresso ou nos canais formais democráticos.

No momento seguinte, a Copa do Mundo de Futebol transcorreu sem maiores intercorrências, exceção feita a uma inédita vaia a então presidente da República Dilma Rousseff, por ocasião da solenidade de abertura do evento, o que, bem de se ver, já havia sido observado cerca de um ano antes por ocasião da abertura da Copa das Confederações.⁴

A vaia à Dilma dividiu opiniões, mas indicou uma cisão no que se refere à sua imagem junto à população, cujos desdobramentos históricos mostraram ser algo irreversível. Em seu primeiro mandato, Dilma conseguiu imprimir uma marca pessoal e, em boa medida, desvinculada de Lula, seu antecessor e “padrinho político”.

Com um estilo austero e de valorização da ética, sua administração foi bem recebida, trazendo consigo inclusive uma espécie de promessa de aprofundamento do projeto popular petista de política, logrando materializar o que Lula não havia conseguido em seus dois mandatos, especialmente no campo da inclusão social.

³ Disponível em: <https://tinyurl.com/mshp2d87>

⁴ Globo.com, *Dilma é hostilizada durante abertura da Copa do Mundo em São Paulo*, 2014. <https://tinyurl.com/92a3tesd>,

O professor do Instituto de Economia da Universidade Federal do Rio de Janeiro, Eduardo Costa Pinto, bem observa este aspecto:⁵

À época, o estilo contundente da Dilma, em comparação com o estilo conciliador de classes adotado pelo ex-presidente Lula, sinalizaria, para muitos, uma nova etapa de medidas econômicas e reguladoras que poderiam domesticar o excludente capitalismo brasileiro (caracterizado por altas taxas de rentabilidades, especialmente do segmento bancário-financeiro; elevada concentração da renda e da propriedade; e elevada pobreza, a despeito das melhorias sociais verificadas nos anos anteriores). Dilma estaria indo além do Lula, rompendo o “acordo” entre a cúpula do Partido dos Trabalhadores (PT) – comandada pelo ex-presidente e por Dirceu – e os setores dominantes brasileiros; e avançando na estratégia de desenvolvimento sustentado e inclusivo para a população brasileira.

Experimentando uma mescla de desgaste do modelo anterior político-social, herdado de seu antecessor, com outras fontes de atrito, de amplo espectro, caminhando desde aspectos de ambiente exterior desfavorável, passando por decisões administrativas

⁵ COSTA PINTO, Eduardo, *Dilma: de “coração valente” à “presidenta acuada”*, Academia, 2015. <https://tinyurl.com/umkjnapj>. O governo Lula não é o nosso foco aqui, eis que recortamos um período temporal posterior aos seus dois mandatos, mas sua política de inclusão das classes menos abastadas, especialmente a chamada “ascensão da classe C”, mostrou-se bem-sucedida, o que se diluiu com Dilma. Para melhor análise dessa política inclusiva de Lula, ver BOITO JUNIOR, Armando, “Governos Lula: a nova burguesia nacional no poder”, in: BOITO JUNIOR, Armando; GALVÃO, A. (Orgs.), *Política e classes sociais no Brasil dos anos 2000*, Alameda Casa Editorial, São Paulo, 2012.

equivocadas e chegando em elementos pessoais problemáticos⁶ – bem distintos do carisma e da habilidade de Lula – Dilma ingressa na campanha eleitoral de 2014 num clima extremamente desfavorável, o que só poderia gerar o observado na sequência: a mais agressiva campanha política para Presidente da República da história da recente democracia brasileira.

III. REELEIÇÃO DE DILMA, OS PROTESTOS DE 2015 E O IMPEACHMENT

Superando esse clima adverso, Dilma se reelege. A superação mencionada, nada obstante, mostrou-se bastante relativa. Não apenas o resultado da eleição foi “apertado” em relação ao candidato derrotado Aécio Neves (Dilma 51,64% x Aécio 48,36%), como as condições sociais e econômicas se deterioravam rapidamente, mais uma vez por força de decisões administrativas equivocadas, bem como em decorrência das atividades investigativas da operação Lava-Jato, cujas prisões e delações de personagens ligados ao universo político se faziam presentes de modo cada vez mais intenso.

O foco deste estudo não é fazer minudente análise do processo que levou ao *impeachment* de Dilma, mas apenas destacar alguns fatos marcantes relacionados a tal evento. Inicialmente, fica claro, obviamente desde um ponto de vista do presente para o passado, que Dilma e o PT não consideraram, com a relevância pertinente, as manifestações populares que se sucederam à eleição de 2014, bem como – e talvez seja este o elemento principal – não houve articulação suficientemente adequada do governo Dilma junto ao Congresso Nacional, notadamente junto ao até então aliado,

⁶ COSTA PINTO, Eduardo, *op. cit.*, observa, sobre Dilma que “*no campo da habilidade política a presidenta mostrou-se um desastre. A sua incapacidade de dialogar mostrou-se impressionante. Não recebia deputados e senadores, até mesmo do seu partido. O governo foi perdendo votações e sua capacidade de pautar agendas no Congresso Nacional, ampliando a insatisfação no âmbito da cena política*”.

deputado Eduardo Cunha, àquela ocasião presidente da Câmara Federal de Deputados.

Com uma economia agora refém dos eventos políticos, um quadro social em rápida deterioração e um clima de enfrentamento ao qual se poderia nominar de “3º turno” das eleições, Dilma, como já dito, seguia resistindo em enxergar o quadro todo de modo mais realista e, comprovando esse alheamento da realidade, em meados de junho de 2015, em plena efervescência da crise de seu governo, a ex-presidente adotou tom de enfrentamento em relação ao Congresso Nacional, sem ter força política para tanto.⁷

Enquanto isso, sob intensos protestos do governo, do PT e seus aliados, o processo de *impeachment* seguia seu rumo na Câmara dos Deputados, restando inicialmente aprovado junto à comissão criada para a sua análise em 11 de abril de 2016 e, posteriormente, aprovado também pelo plenário da mesma casa legislativa em 17 de abril de 2016.

Encaminhado ao Senado, o veredito foi o mesmo da Câmara, com aprovação na comissão específica em 4 de agosto de 2016 e, finalmente, culminando com o julgamento propriamente dito, o que demandou seis dias de discussões, deliberações, oitiva de testemunhas, cujo resultado foi a aprovação do afastamento da presidente de suas funções em 31 de agosto de 2016.

Ao longo de todo o processo de afastamento, a defesa de Dilma manejou diversos recursos junto ao STF, inclusive ao final visando rediscutir o mérito da decisão tomada pelo Senado Federal, mas não logrou êxito, tendo sido o afastamento considerado como matéria de competência exclusiva do Senado, sem possibilidade de qualquer tipo de análise e menos ainda modificação pela Suprema Corte

⁷ Em 7 de julho de 2015, em entrevista concedida ao Jornal Folha de São Paulo, Dilma comentou o seguinte: *“Eu não vou cair. Eu não vou, eu não vou. As pessoas caem quando estão dispostas a cair. Não estou. Isso é luta política (...) e venha tentar. Venha tentar. Se tem uma coisa que eu não tenho medo é disso. Não conte que eu vou ficar nervosa, com medo. Não me aterrorizam”*. <https://tinyurl.com/5cakw682>

brasileira.⁸ Outros senadores, opositores do Governo Dilma, acionaram o STF para que a pena de inabilitação para exercício de função pública, não aplicada pelo Senado à Dilma, fosse reconhecida como cabível ao caso, vendo em tal situação inclusive uma “anomalia jurídica”.⁹

Mais especificamente no campo da democracia, ou da dinâmica democrática, o que vimos no episódio do *impeachment* de Dilma Rousseff foi a instalação de um clima de enfrentamento totalmente inédito na história recente do país, especialmente após a chamada redemocratização, observada com o final do governo militar (1964-1985).

Os prosélitos de Dilma passaram a trabalhar com a narrativa do “golpe” para se referir ao *impeachment*. A entidade “Mapa da Democracia”, por exemplo, desenvolveu um pequeno questionário para fundamentar a visão de que Dilma era vítima de um “golpe parlamentar” e que não havia crime de responsabilidade a justificar a instauração de um processo de afastamento:¹⁰

*A presidenta Dilma é acusada de algum crime?
Não. O processo de impeachment em andamento
acusa a gestão da presidência da república de*

⁸ O próprio sítio eletrônico do Senado, sob o título “*Onze ações questionam o julgamento do impeachment de Dilma Rousseff no STF*”, relata que após o afastamento de Dilma diversas ações foram manejadas junto ao STF, de um lado objetivando anular o julgamento e, de outro, visando acrescer à pena de afastamento também a pena de perda do direito de exercer função pública por 8 (oito) anos. Agência Senado, *Onze ações questionam o julgamento do impeachment de Dilma Rousseff no STF*, 2016. <https://tinyurl.com/mu3yr6me>

⁹ RAMALHO, Renan y OLIVEIRA, Mariana, *Juristas questionam permissão para Dilma voltar a exercer função pública*, 2016. <https://tinyurl.com/au39trwe>. A respeito do tema, nos autos do MS 34430, a relatora, Ministra Rosa Weber, negou liminar para anular o “fatiamento” da decisão do Senado, o que permitiu a apreciação em separado do afastamento da presidente Dilma e, de outro lado, da pena de afastamento das funções públicas por oito anos.

¹⁰ Disponível em: <http://www.mapadademocracia.org.br/entenda-o-golpe/>

uso de “pedaladas fiscais”. Pedaladas fiscais são atrasos no repasse do Tesouro a bancos públicos encarregados da operação financeira de alguns programas sociais. Pode-se argumentar que é uma maneira de cumprir artificialmente o orçamento, mas não é crime de responsabilidade. Portanto, não, a presidenta Dilma não é acusada de nenhum crime.

Ainda num campo mais subjetivo, surgiram análises indicando estar sendo Dilma vítima até mesmo de uma certa misoginia. Com efeito, para Maurício Gonçalves Saliba e Brunna Rabelo Santiago, pesquisadores, “um dos principais inimigos do governo Dilma foi a misoginia, o discurso de ódio que ultrapassa comportamentos machistas cotidianos, chegando ao ponto de extirpar do poder uma mulher eleita democraticamente”, e concluem referidos estudiosos que “para a sociedade patriarcal, a política representa um campo masculino, onde mulheres jamais serão bem-vindas”.¹¹

De um ponto de vista mais técnico, a defesa de Dilma buscava identificar a inexistência de crime de responsabilidade, bem como a descaracterização das chamadas “pedaladas fiscais” como operações de crédito, sendo, por esta linha de interpretação, meros remanejamentos de recursos feitos pela União a fim de manter em atividade diversos programas sociais de sua titularidade, como Bolsa Família, Minha Casa Minha Vida, dentre outros.

Ricardo Lodi Ribeiro, professor da UFRJ e integrante da equipe de defesa de Dilma, sempre pontuou este aspecto e, em artigo seu publicado no Conjur, reafirmou a necessidade de se caracterizar operação de crédito como algo diverso do que foi feito pelo governo

¹¹ SALIBA, Maurício Gonçalves e; SANTIAGO, Brunna Rabelo, *Bailarinas não fazem política? Análise da violência de gênero presente no processo de impeachment de Dilma Rousseff*. <http://apps.unibrasil.com.br/ojs235/index.php/rdfd/article/view/916/482>. A própria ex-presidente, logo após a votação final no Senado Federal que decidiu por seu afastamento, declarou ter sido vítima de um golpe “misógino, homofóbico e racista”. EBC tv Brasil. <https://tinyurl.com/yxyp4jyd>

de Dilma:¹²

Não se pode confundir operação de crédito, que tem um regramento jurídico próprio, inclusive quanto à vedação contida no artigo 36 da LRF, com o nascimento de um crédito em decorrência de um inadimplemento contratual, que, obviamente, não sofre as mesmas restrições. A União, como qualquer outro contratante, deve responder pelo inadimplemento das obrigações por ela assumidas com as instituições financeiras que contrata, ainda que seja controladora dessas entidades.

Em alentado parecer sobre o tema,¹³ ou seja, o *impeachment* da então presidente da república, Dilma Rousseff, o jurista e professor da PUC/SP, Pedro Serrano, contratado pelo PT para emitir uma opinião técnica sobre o caso, concluiu pela inexistência dos requisitos de instauração e processamento do procedimento em tela.

O professor destacado inicia seu estudo observando inexistir ato punível praticado pela presidente e que “*não se pode atribuir à Presidenta da República a responsabilidade por atos praticados por outros agentes da Administração Pública, para os quais a legislação determine consequências próprias, específicas*”. Vejamos alguns outros trechos do parecer:

(...) a aplicação do chamado impeachment à Presidenta da República em face da prática de conduta típica e ilícita no exercício de suas funções é um recurso excepcional e que demanda o acolhimento de uma compreensão da Constituição da República à luz dos princípios republicano e democrático, devendo-se evitar a

¹² RIBEIRO, Ricardo Lodi, *Pedaladas hermenêuticas no pedido de impeachment de Dilma Rousseff*, 2015. <https://tinyurl.com/4pzafunb>

¹³ Blog do Tarso, *Jurista Pedro Serrano emite parecer contra o Impeachment de Dilma*, 2015. <https://tinyurl.com/yb9n7xus>

compreensão literal e isolada dos seus artigos 85 e 86 e da Lei n.º 1.079/50.

A abertura de créditos suplementares ocorreu em estrita observância às disposições normativas de regência, não havendo violação ao inciso V do art. 167 da Constituição da República e ao art. 4º da Lei n.º 13.115/2015.

Os programas sociais viabilizados por meio do fluxo de caixa de compensação que existe entre a União e o BNDES, o BB e a CEF são operacionalizados por meio da utilização de chamadas contas de suprimento de fundos.

(...) não se identifica conduta dolosa da Presidenta da República na abertura de créditos suplementares, o que ocorreu por meio da edição de quatro decretos em 27.7.2015 e de dois decretos em 20.8.2015, o que é afastado pelo amparo em pareceres técnicos e jurídicos exarados nos respectivos processos administrativos.

De outro lado, várias entidades defensoras do *impeachment* argumentavam por sua estrita legalidade. Vejamos abaixo trecho de texto do professor George Humbert que bem sintetiza as linhas principais de sustentação do afastamento como um instrumento próprio da democracia e plenamente cabível no caso de Dilma:¹⁴

Dois atores fundamentais nos respondem que o impeachment não é golpe: o povo e a Constituição. O povo, via os seus representantes, fez a Constituição que previu e disciplina o processo de impeachment, bem como elegeu os congressistas, que irão dizer do cabimento e da procedência, ou não, de cada

¹⁴ Disponível em: <https://tinyurl.com/yhm9vjta>

pedido. Esse mesmo povo e a sua Constituição em vigor, criou e decide o impeachment. E povo, cujo poder é soberano, baseado na Constituição, instrumento jurídico e político de expressão da vontade soberana do povo, nos dizem, de forma clara, ao ensejo dos artigos 85, 52 e 51 da Lei Maior: impeachment não é golpe, é parte da democracia.

O tradicional jornal britânico *The Economist* observou que não parece ter ocorrido um golpe no Brasil. Começa dizendo “*não, seu impeachment [de Dilma] não foi um golpe, de modo algum*” e prossegue: “*o processo durou nove meses, de acordo com a Constituição e supervisionado pela Corte Suprema [Supremo tribunal Federal], cuja maioria dos membros foi nomeada por Rousseff ou Luiz Inácio Lula da Silva*”, observando por fim ter sido ele “*seu predecessor e líder fundador de seu partido de esquerda, o Partido dos Trabalhadores (PT)*”.¹⁵

Obviamente o *impeachment* de Dilma mereceria não apenas um capítulo a parte, mas um livro completo a ele dedicado. Esse, contudo, não é o foco aqui. Como estamos a analisar a democracia no período indicado no tópico acima, o que nos interessa é verificar e buscar responder ao menos duas questões:

1. O impeachment é um procedimento extremo, finalístico, cujo desenvolvimento e conclusão se mostram extremamente desgastantes e, em assim sendo, por que tivemos dois procedimentos dessa natureza no Brasil no

¹⁵ Tradução livre do autor. Texto original: “No, her impeachment was not a coup, of any description. It took place over nine months, in strict accordance with the constitution and supervised by the supreme court, a majority of whose members were nominated by Ms Rousseff or Luiz Inácio Lula da Silva, her predecessor and the founding leader of her left-wing Workers Party (PT)”. *The Economist*, *The impeachment country*, 2016. <https://tinyurl.com/4t9zuhhb>

espaço de menos de 24 anos, ambos ocorridos em ambiente democrático?

2. O impedimento de Dilma, e isso é conclusão praticamente unânime, paralisou o país especialmente em 2015. Pode-se dizer que o país passou por verdadeira expiação, uma depuração, certamente não advinda somente do impeachment, mas também, de modo especial, das inúmeras prisões, delações e acusações oriundas da operação Lava-Jato. O saldo final é positivo para a jovem democracia brasileira ou não?

Busca-se aqui não exatamente uma resposta categórica para as questões acima, porém uma reflexão que possa servir, de algum modo, para nortear outras tantas reflexões possíveis, algo bastante natural quando se observa a complexidade da temática.

Para responder à primeira questão, mostra-se vital diferenciar – ainda que de modo sucinto e objetivo – os processos de impedimento de Collor e Dilma. Há, claro, pontos de contato. Os pontos de diferenciação, nada obstante, se colocam de modo natural no contexto de uma análise como essa.

Collor foi o primeiro presidente eleito democraticamente, após praticamente trinta anos. Isso porque o último presidente eleito pelo voto popular foi Jânio Quadros em 1960. Com a renúncia de Jânio, assumiu o governo o seu vice, João Goulart, apeado do poder, contudo, em 1964 por força de um golpe militar que instaurou um verdadeiro regime de exceção cuja vigência se estendeu até 1985, ano em que o Presidente da República escolhido pelo colégio eleitoral (eleição indireta), morre ante de tomar posse e a presidência é assumida por seu vice, José Sarney.

Sarney governa até 1989, ano em que se realiza, assim, a primeira eleição popular para escolha do presidente da república em trinta anos. Fernando Collor de Mello é eleito com uma plataforma de

ideias muito ampla, notabilizando-se na campanha como sendo o “caçador de marajás”.

Sua juventude, aliada à busca do novo, a ótima *performance* de Collor na televisão, bem como o momento de renovação vivido pelo país certamente explicam em parte sua vitória no pleito eleitoral, devendo se considerar, também, a pouca afeição do eleitor brasileiro a uma análise mais objetiva dos candidatos de um modo geral, ao menos naquele momento.

Collor, contudo, era integrante de um partido novo e com pouca expressão na cena política, o PRN, o que explica em boa parte sua pouca articulação com o Congresso Nacional, especialmente a Câmara de Deputados, algo determinante para seu afastamento da Presidência da República.

Em comum com Dilma, Collor foi igualmente tragado por diversas acusações de corrupção, uso de “caixa 2” em sua campanha, além do famigerado “esquema PC Farias”, menção ao tesoureiro da campanha de Collor, Paulo César Farias. Segundo denúncias, Farias cobraria uma espécie de propina padrão de 10% sobre quaisquer contratações governamentais, partilhando o produto daí advindo com Collor e outros colaboradores.

O impeachment de Collor foi o resultado de um somatório de diversos elementos, alguns mais objetivos outros claramente imponderáveis. No campo objetivo podemos colocar a gravidade dos fatos e das denúncias envolvendo seu nome, assim como a ausência de uma rede política capaz de lhe proporcionar uma proteção, mínima que fosse. Essa rede sempre foi pequena, mas com o desgaste contínuo do governo Collor, foi ficando ainda menor e mais frágil. Isso foi determinante para o desenlace do impedimento no Congresso.

No campo dos aspectos imponderáveis, destacamos ao menos três: inicialmente, o maior e principal delator de todo o esquema de corrupção foi ninguém menos que Pedro Collor, irmão do presidente. Certamente, ter que lidar com uma questão política e ao

mesmo tempo familiar revelou-se como um desafio ao mesmo tempo inédito e difícil para Fernando Collor.

Outro aspecto subjetivo, e imprevisível, foi a participação popular crescente nos protestos de rua contra Collor e seu governo. E, dentro deste aspecto, adquiriu especial relevo os estudantes transformados em pelo menos um dos grandes protagonistas das manifestações populares, personificando os famosos “caras-pintadas”.

Por fim, não se pode deixar de lado o estilo pessoal de Collor, propositalmente direcionado para alguém firme, resoluto, destemido, como sua campanha sempre fez questão de destacar. No desenvolvimento do processo de *impeachment*, talvez tivesse sido de mais valia a Collor adotar um tom mais conciliador, exercer alguma auto-crítica. Claro que estamos aqui no campo das hipóteses, afinal, nunca se saberá se essa eventual mudança geraria alguma diferença concreta em favor do presidente ao final afastado.

Podemos concluir, assim, que a somatória dos elementos acima gerou como resultado o impeachment de Collor. Esquemáticamente, podemos colocar do seguinte modo: democracia incipiente + governo frágil e mal articulado com o Congresso + denúncias de corrupção + estilo pessoal de Collor + pressão popular = *impeachment*.

Já Dilma tomou parte num processo de *impeachment* com uma dinâmica bastante diferente daquela observada no caso Collor, ao menos em alguns pontos. Um primeiro e fundamental ponto a favor de Dilma vem a ser justamente sua sustentação política, muito maior, mais forte e mais ampla do que a de Collor.

Objetivamente, o Partido dos Trabalhadores havia conseguido a eleição de Lula para a Presidência da República por dois mandatos (2003-2010) e Dilma, por sua vez, já havia cumprido um mandato na presidência (2011-2014). No momento em que Dilma é reeleita (2015-2018), portanto, seu partido (PT) era simplesmente o segundo maior partido do país, contando com 1.590.000 filiados, atrás apenas

do PMDB, com 2.350.000. Essa é certamente uma diferença considerável a separar as situações de Collor e Dilma.

Outro aspecto diferenciador entre os dois casos em análise são as campanhas eleitorais respectivas. Em 1989, o próprio clima político-social no Brasil era de extrema receptividade a uma eleição presidencial que, ao cabo e ao fim, obviamente teve o clima de disputa próprio das eleições, especialmente para Presidente da República, mas transcorreu, digamos, dentro de marcos aceitáveis de enfrentamento.

A eleição de 2014 foi não apenas acirrada em sua disputa, mas apresentou uma agressividade inédita, algo que adquiriu uma dimensão amplificada com o uso das redes sociais. Foi também uma eleição que trouxe um elemento de alta imponderabilidade, que veio a ser a morte do candidato Eduardo Campos, em plena campanha, num acidente de avião ocorrido em Santos. A entrada de sua vice na campanha, Marina Silva, apenas acirrou ainda os ânimos já exaltados por parte de Aécio Neves do PSDB e de Dilma Rousseff, pelo PT.

Há, claro, pontos de contato entre Collor e Dilma referentemente aos seus respectivos impedimentos. Um primeiro ponto bastante evidente são as acusações de corrupção, devendo se registrar, contudo, que Dilma não foi acusada e nem envolvida em atos de corrupção como sendo uma partícipe pessoal de tais atos, muito embora o maior dos focos de corrupção em seu governo, o chamado “Petrolão” – envolvendo a empresa estatal Petrobrás numa série de irregularidades, malversação e desvio de verba pública, propinas, má gestão dolosa, dentre outras práticas deletérias – tivesse sido, em tese, criado e posto em marcha sob seu conhecimento ou, pelo menos, sua tolerância.

Um outro ponto de contato entre os dois impedimentos ora comentados foi a pressão popular, maior e mais forte no caso de Dilma. Neste ponto, deve-se acrescentar todo um desgaste de doze anos de governo petista, aliás, um desgaste que qualquer governo com tanta duração experimental de algum modo, mas, no caso, essa fadiga política foi especialmente majorada pelo enfrentamento

profundo, agressivo como já se disse, observado na campanha de 2014 entre as candidaturas existentes, especialmente a polarização PSDB x PT.

Jairo Pimentel, pesquisador da USP, em pesquisa de campo realizada nas manifestações populares de 15 de março e 12 de abril, ambas de 2015, especificamente na cidade de São Paulo, apurou alguns dados interessantes relativamente ao perfil dos manifestantes e, no ponto que nos interessa mais de perto agora, sobre que demandas os motivavam a se manifestar. Vejamos:¹⁶

A primeira hipótese é de descontentamento em relação à corrupção e de fato foi a razão mais citada pelos entrevistados (41%). Em segundo lugar vem a hipótese econômica de que o descontentamento seria derivado da má gestão de Dilma durante seu primeiro mandato, que inclusive a levou a fazer ajustes fiscais no começo de seu segundo mandato (com 19%). Em terceiro lugar aparece a hipótese de estelionato eleitoral (com 16%). Em quarto a hipótese de que o movimento seria um “terceiro turno”, pelo não reconhecimento do merecimento de sua vitória em novembro (14%). Por fim, a última hipótese se refere a hipótese de antipetismo, mensurada pela ideia de que o PT já está há muito tempo no poder (com 10%).

E conclui o pesquisador em foco:

Assim, os dados indicam que a corrupção é de fato o motivo principal para descontentamento dos entrevistados, entretanto, outras razões de desempenho do PT e de Dilma na presidência

¹⁶ PIMENTEL, Jairo, “Impeachment, Oposição e Autoritarismo – o perfil e demanda dos manifestantes em São Paulo”, *Em Debate*, Belo Horizonte, 2015, n. 2, v.7, pp.15-22

também aparecem com força como motivação para pedir o impeachment.

No caso de Dilma, a força das denúncias, delações e prisões da operação Lava-Jato, envolvendo antigos colaboradores de seu governo, políticos de sua base, além de empresas (especialmente empreiteiras) com um relacionamento amplo e profundo com o próprio PT, certamente trabalharam como elementos que foram agravando e aprofundando a crise governamental cada vez mais. Isso, aliado a um eleitorado que se sentia derrotado por uma margem mínima – refere-se aqui aos eleitores dos outros candidatos, mas especialmente de Aécio Neves – acabou formando a base de um caldo político-cultural cada vez mais desfavorável à Dilma.

No campo subjetivo, há aspectos comuns a serem considerados. Se Collor era arrogante e prepotente, e isso certamente o prejudicou, Dilma revelou alguma soberba e muita inabilidade para lidar com a situação como um todo. A estratégia adotada pelo PT, por Dilma e seu governo foi o enfrentamento, e isso mesmo em momentos em que a composição, a cessão, o “passo atrás”, poderia ser mais efetivo. Sobre o ponto ora destacado, Eduardo Costa Pinto comenta o seguinte:¹⁷

A presidenta realmente achou que poderia enquadrar a cena política e o bloco no poder. Ela acreditou que o seu poder estatal (sua posição de presidente) decorria de uma força própria (ao estilo weberiano) distinta do poder de classe que possibilitaria a realização de mudanças estruturais. Bastaria um desenho de especialistas, destituídos de interesses de classe, e a vontade política do governante para realizar mudanças mais amplas. Doce ilusão!

¹⁷ COSTA PINTO, Eduardo, *Dilma: de “coração valente” à “presidenta acuada”*, Academia, 2015.
<https://tinyurl.com/umkjnaip>

Respondendo de modo objetivo à pergunta, ou seja, por que tivemos dois procedimentos dessa natureza no Brasil no espaço de menos de 24 anos, ambos ocorridos em ambiente democrático, parece-nos que a resposta natural é que a estrutura política e principalmente o modo de se fazer política não se modificaram substancialmente no período de tempo em foco.

O presidencialismo de coalização aqui vigente, formado por um laço de mútua dependência entre o Presidente da República e o Congresso, uma estrutura na qual o governante loteia os cargos públicos de livre nomeação entre os congressistas que o apoiarão – a chamada “base de sustentação do governo” – e estes, por sua vez, se comprometem a aprovar tudo o que o governante enviar ao mesmo Congresso, fragiliza o sistema como um todo e o torna instável.

Referentemente à segunda questão, sobre se o saldo do *impeachment* de Dilma é positivo, especificamente para a jovem democracia brasileira, quer parecer que não, muito embora a análise a partir dessa conclusão deva ser posta de modo claro.

Como aspectos positivos desse processo como um todo, vimos um país em transe, como já dito, mas não houve sequer indícios de qualquer tipo de ruptura, notadamente um golpe – militar ou não.

As teses, algumas expressamente antagônicas, foram expostas e defendidas por seus prosélitos com ampla liberdade. Especialmente as manifestações de rua, a favor ou contra o *impeachment*, foram desenvolvidas em ambiente de tensão, de enfrentamento ideológico, mas sem episódios mais extremos ou de violência física.

As instituições, ainda que sob críticas, seguiram funcionando de modo regular. Apenas para ilustrar, veja-se que a defesa de Dilma teve assegurado um direito de defesa o mais amplamente possível, inclusive ultrapassando as previsões legais, senão vejamos: manifestou-se quando a comissão do *impeachment* foi instalada na Câmara dos Deputados e voltou a se manifestar ao final dos trabalhos nesta comissão; manifestou-se no plenário da mesma Câmara antes da votação do prosseguimento do procedimento de

impeachment; no Senado, tudo o que ocorreu na Câmara se repetiu na mesma comissão formada por senadores e, por fim, defesa prévia, oitiva de testemunhas e alegações finais articuladas com ampla liberdade.

IV. O PAPEL DA IMPRENSA NO *IMPEACHMENT* DE DILMA: ¿ATUAÇÃO DEMOCRÁTICA?

Há quem defenda um papel definitivo da imprensa e dos meios de comunicação no desfecho final do impedimento de Dilma.¹⁸ Certamente houve “reforço nas tintas” por parte especialmente da grande imprensa, mas não se viu, e isso é importante registrar, criação de fatos ou boatos sobre os quais a mesma imprensa se manifestaria depois.

A própria situação, em si mesma, fornecia os fatos sobre os quais a imprensa se manifestava em seguida. E nada foi cerceado neste campo também. Opiniões de parte a parte foram veiculadas com liberdade, algo especialmente observado nas mídias sociais e na internet de um modo geral.

¹⁸ A professora da PUC/GO, Cileide Alves, escreveu artigo em que busca analisar se três grandes jornais, “O Globo”, “Folha de São Paulo” e “O Estado de São Paulo” apoiaram ou não o *impeachment* de Dilma. A conclusão da professora é que esses jornais apoiaram sim o impedimento da então presidente: “*Trocem-se as palavras comunismo e totalitarismo de 64 e por lulopetismo e bolivarianismo. Formou-se, assim, o novo quadro ideológico que novamente uniu jornais, empresários, parte da população e políticos contra esta ameaça moderna que seria representada pelo governo de Dilma Rousseff. Na comparação dos editoriais de 1992 com os de 2016, desta vez os jornais não tentaram fazer apenas a crônica dos fatos jornalísticos. Eles mesmos se tornaram porta-vozes dos setores que defendem o impeachment, tomando partido a favor de um dos lados (aqui cabe ressaltar a posição mais neutra da Folha)*”. ALVES, Cileide, “Jornais apoiaram o impeachment de Dilma?”, *Revista Panorama*, edição on line, 2016, n. 1, v. 6, pp. 56-64.

Não se nega certas tendenciosidades notadamente dos jornais e revistas impressos, bem como da TV, inclusive com algum sensacionalismo.¹⁹ Contudo, a pauta veio de fontes não controladas por esses órgãos, veio da rua, do Ministério Público, da Polícia, do Judiciário, do Legislativo, e mesmo do Executivo que, como dito acima, exibiu algumas inabilidades neste processo como um todo que se revelaram fatais ao final.

Obviamente há posicionamentos diferenciados neste tema, defendendo um papel determinante da mídia a favor do impeachment de Dilma, decorrente inclusive de uma concentração dos meios de comunicação entre poucas empresas, a maioria constituída por grupos familiares.²⁰ Neste mesmo sentido, e

¹⁹ Sobre o ponto destacado: “(...) podemos perceber o sensacionalismo sendo usado nas reportagens para construir ‘personagens’ do enredo político. O destinatário é transportado para o momento da ação e é levado para dentro da cabeça das principais figuras políticas do país: como agem com os mais íntimos, o que pensam, como reagem seus assessores. Apesar de serem construídos como uma coluna ou artigo político, o espaço destinado os textos na edição é juntamente com reportagens e matérias. Os escândalos da Lava Jato e do impeachment são fortemente explorados e o foco do texto deixa de ser o fato jornalístico, para se tornar as emoções e desejos dos ‘personagens’”. MENDES DE CARVALHO, Maria, “O jornalismo político e o sensacionalismo: uma análise da cobertura do início do processo de impeachment de Dilma Rousseff”. Trabalho apresentado na Divisão Temática de Jornalismo, da Intercom Júnior – XII Jornada de Iniciação Científica em Comunicação, evento componente do XXXIX Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação. <https://tinyurl.com/3npkjp2b>

²⁰ O relator da Organização das Nações Unidas para a Liberdade de Opinião e Expressão, Frank William La Rue, fez críticas à concentração de imprensa no Brasil e na América Latina, e afirmou que pretende fazer uma visita oficial ao país em breve. “A concentração de mídias traz concentração de poder político e isso atenta não só contra o direito à diversidade, mas também contra a democracia”, destacou Frank. No Brasil, além da crescente participação de empresas de telefonia no setor de comunicação, também foram debatidas a ligação de políticos com canais de TV e rádios, “muitos deles beneficiados com concessões públicas”.

especificamente quanto ao impedimento em destaque, dois pesquisadores observam que:²¹

A mídia no Brasil é comandada por um pequeno grupo de famílias que decide o destino da comunicação no país. É este seleto grupo que escolhe o que a maioria da população merece saber e nem sempre os interesses dessa hegemonia favorecem as informações noticiadas.

E concluem:

Tanto o telespectador, o ouvinte, o leitor ou o internauta são levados a entender o fato de um ponto de vista único que é quase sempre o ponto de vista das próprias empresas jornalísticas que detêm uma ideologia conveniente aos seus objetivos. A forma de compreensão dos fatos também está de acordo com interesses políticos e particulares, que muitas vezes, são contrários ao interesse do público.

Ainda quanto às diversas nulidades, ou irregularidades, ou abusos, ou ilegalidades cuja existência foi e ainda é defendida por muitos dos que se postaram contrariamente ao *impeachment*, inicialmente é preciso cautela tanto na análise quanto nas conclusões. Isso porque tais itens são, por sua natureza, itens afetos ao campo jurídico e, no caso, estamos falando de um processo 70 volumes e mais de 14.000 páginas.

Disponível em: SANTINI, Daniel, *Relator da ONU para Liberdade de Expressão critica concentração de mídia no Brasil*, Repórter Brasil, 2013. <https://tinyurl.com/3y6jd2rm>

²¹ CARDOSO, Yasmin Ribeiro Gatto e; SOUZA, Rafael Bellan Rodrigues de, *Dilma, uma “presidente fora de si”: o impeachment como um processo patriarcal, sexista e midiático*. <https://tinyurl.com/bdvx2h4r>

Nota-se, assim, que as críticas e as invectivas pugnando nulidades, irregularidades e até cerceamento de defesa em desfavor de Dilma, seguem um caminho mais de adesão ideológica às teses de defesa da ex-presidente, o que pode ser adotado, com sinal trocado, em favor do impeachment se adotarmos a linha de argumentação da acusação.

A existência ou inexistência do crime de responsabilidade é um tema de mérito que não pode ser ombreado a uma nulidade. Um processo de impeachment será desenvolvido de modo jurídico em sua forma (judiciariforme), mas esse mérito é analisado de um ponto de vista político. E não se pode dizer que havia uma gritante ausência de crime de responsabilidade a partir do momento em que a existência deste foi fundamentada pela acusação, assim como sua ausência foi articulada pela defesa de Dilma. Estamos diante, pois, não de uma nulidade jurídica, mas de um antagonismo de teses, algo bastante típico de qualquer processo dessa natureza.²²

Prosseguindo, é claro evidente que os advogados de Dilma podem alegar quaisquer matérias e argumentos potencialmente ou concretamente vantajosos aos interesses de sua constituinte. Nada obstante, ao se exteriorizar tais elementos, ou seja, colocá-los fora do processo para uma análise tanto quanto possível isenta, eventuais idiosincrasias devem ser expurgadas para ceder espaço a uma visão mais objetiva.

Um exemplo do acima exposto é verificar se houve ou não ampla defesa em favor da ex-presidente. Como se sabe, o inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal garante a todos não apenas, de modo genérico, direito de defender-se, mas que possa fazê-lo do modo mais amplo possível.

²² Um bom exemplo de uma certa retórica ideológica aplicada a uma análise do *impeachment* é o artigo intitulado “*Desmitificando quatro argumentos em favor do impeachment de Dilma Rousseff*”, de autoria de Victor Cezar Rodrigues da Silva Costa, publicado no site “Justificando”, em que o autor, partindo de uma base analítica cujas premissas são assumidamente marxistas, procura afastar os fundamentos que serviram de base ao processo de *impeachment* de Dilma. <https://tinyurl.com/5cyy3k4s>

No caso em análise, verifica-se que uma primeira manifestação da defesa de Dilma se deu na comissão de análise do pedido de impeachment instalada na Câmara dos Deputados. Essa defesa se deu em dois momentos: no início, quando instalada a comissão, e no final quando encerrado os trabalhos de tal órgão e encaminhamento para votação entre os seus integrantes. Também em face das oitivas e depoimentos havidos nesta comissão, pôde a defesa de Dilma se manifestar livremente, inclusive com perguntas.

Uma vez encaminhado ao plenário da Câmara dos Deputados o parecer da comissão antes citada, para sua formal apreciação, também nesta ocasião, antes da votação, a defesa de Dilma se manifestou uma vez mais. Encaminhada, por fim, ao Senado Federal a autorização para abertura de processo de impeachment, os advogados da ex-presidente tiveram as mesmas oportunidades já registradas junto à Câmara dos Deputados, tanto na comissão formada no Senado, quanto depois, no plenário, especialmente em relação à votação final, não sendo demais registrar que foram ouvidas em favor de Dilma testemunhas altamente qualificadas.²³

A higidez de um processo dessa natureza não pode ser medida a partir de seu resultado. Se Dilma fosse inocentada, se teria promovido justiça ou tomado o melhor caminho e, em sentido contrário, estaríamos frente a uma flagrante nulidade? Esse não parece ser o parâmetro mais adequado para se aferir este tipo de situação.

Uma crítica bastante interessante formulada contra o processo de impedimento de Dilma foi a de se enxergar em seu nascedouro e desenvolvimento uma motivação puramente política, tomando-se a expressão como política partidária. O impeachment, por essa linha interpretativa, teria sido fruto de um concerto, ou de um golpe mesmo, de natureza parlamentar e, lateralmente, seria também

²³ As testemunhas de defesa foram o economista Luiz Gonzaga de Mello Belluzzo; o consultor jurídico Geraldo Luiz Mascarenhas Prado; o ex-ministro da Fazenda Nelson Barbosa; a ex-secretária de Orçamento Federal Esther Dweck; o ex-secretário executivo do Ministério da Educação no governo de Dilma Rousseff Luiz Cláudio Costa; e o advogado e o professor Ricardo Lodi.

resultado de um uma espécie de vingança ou chantagem do então presidente da Câmara dos Deputados, Eduardo Cunha.

Começando pelo final, Eduardo Cunha realmente pode ser responsabilizado por ter posto em pauta algo que estava “engavetado”. Isso, porém, tem de ser visto em sua real dimensão. Cunha não tinha, àquela altura, condições políticas de formar uma maioria de parlamentares a votarem contra Dilma e a favor do impeachment. Tanto não tinha que logo adiante, pouco tempo depois, foi cassado por votação de seus pares, em plenário, por quebra de decoro parlamentar.

Por fim, um aspecto a ser levado em conta, e pouco encontrado nas análises contrárias ao impeachment em foco, é a pressão popular. Somente no primeiro semestre de 2015, foram registradas ao menos três grandes manifestações em caráter nacional, bem como outras menores, todas em apoio ao afastamento de Dilma.

Certamente isso pesou em favor do acatamento do impeachment em referência, todo ele conduzido no Congresso Nacional Brasileiro em que seus integrantes, via de regra, agem não apenas em defesa de seus próprios interesses, bem como procuram espelhar a vontade de seus eleitores.

V. CONCLUSÕES

A democracia brasileira, numa perspectiva histórica, mostra-se invariavelmente claudicante. Apenas de 1950 para os dias atuais, vemos que em 1954 a morte de Getúlio Vargas, em agosto daquele ano, se deu em meio a uma conjuração civil-militar com características muito semelhantes ao movimento de março de 1964.

Entre um período e outro, tivemos, inclusive, a dificuldade de Juscelino Kubitschek em assumir o cargo de Presidente da República e, ainda em 1962, a mesma dificuldade foi vivida por João Goulart quando da assunção ao poder ante a renúncia de Jânio Quadros. Na sequência, tivemos o Golpe Militar de 1964 que

pulverizou quaisquer esperanças democráticas até seu ocaso, em 1985.

Já na vivência plena da democracia, a partir de 1990, observa-se que o primeiro Presidente da República eleito diretamente pelo voto popular após tantos anos de exceção, Fernando Collor de Mello, sofre impeachment em 1992. Impossível, assim, não se concluir pela inconstância de nossa democracia.

O que se observou, a partir de 2013, foi uma insatisfação generalizada da população com a classe política em geral, em manifestações de claro viés apartidário e até mesmo desprovidas de ideologia política definida. Esse movimento, contudo, não foi adequadamente compreendido pelos políticos, desaguando numa eleição, a de 2014, marcada pela agressividade, pela inexistência de um debate real de ideias e pela situação econômica nacional com sinais já evidentes de fadiga.

Objetivamente, não se elege um presidente para retirá-lo posteriormente, menos ainda sob os auspícios de um processo de impedimento de extremo desgaste não apenas para os diretamente envolvidos, mas para toda a sociedade. O aspecto positivo, neste contexto, foi a observância dos ritos, da ampla defesa, pleno acesso ao Poder Judiciário, mas não se pode, repita-se, aceitar como regular ou corriqueiro um evento dessa natureza.

A reforma política se exhibe como algo obrigatório agora. E muito embora isso seja quase uma constatação acaciana, segue-se sem saber se os políticos, notadamente os integrantes atuais do Congresso Nacional, veem este projeto com a mesma premência e profundidade que a população.

Concluindo, é em momentos agudos que a academia deve prestar-se a refletir sobre os fatos e acontecimentos com a maior isenção possível, o que não significa descompromisso. Ao revés, são justamente momentos como os vividos num passado recente, e ainda experimentados no presente, aqueles aptos a gerar condições de se articular um real compromisso com a construção de uma democracia mais consistente, real e dinâmica para o nosso país.

VI. REFERÊNCIAS

Doutrina

- BOITO JUNIOR, Armando, “Governos Lula: a nova burguesia nacional no poder”, in: BOITO JR., A; GALVÃO, A. (Orgs.), *Política e classes sociais no Brasil dos anos 2000*, Alameda Casa Editorial, São Paulo, 2012.
- CARDOSO, Yasmin Ribeiro Gatto e; SOUZA, Rafael Bellan Rodrigues de, *Dilma, uma “presidente fora de si”: o impeachment como um processo patriarcal, sexista e midiático*. <https://tinyurl.com/bdvx2h4r>
- FARIA, José Eduardo, *Poder e Legitimidade: uma introdução à política do direito*, EDUSP, São Paulo, 1976.
- HUMBERT, Georges, *Por que o impeachment não é golpe*. <https://georgeshumbert.jusbrasil.com.br/artigos/255273833/por-que-o-impeachment-nao-e-golpe>
- MINHOTO, Antonio Celso Baeta, *Teoria Geral de Direito Público*, Juarez de Oliveira, São Paulo, 2004.
- NAVES, Márcio Bilharinho, *Marx: ciência e revolução*, Moderna, São Paulo, 2000.
- NINO, Carlos S., *Derecho, moral y política*, Ariel, Barcelona, 1994.
- RODRIGUES DA SILVA COSTA, Victor Cezar, *Desmitificando quatro argumentos em favor do impeachment de Dilma Rousseff*. <https://tinyurl.com/5cyy3k4s>
- VILLALÓN, Pedro Cruz, Legitimidade da justiça constitucional e princípio da maioria, in “*Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*”, 10º aniversário do Tribunal Constitucional, Coimbra, Coimbra, 1995.
- WEBER, Max, *Ciência e Política: duas vocações*, Cultrix, São Paulo, 1993.

Hemerografia

- ALVES, Cileide, “Jornais apoiaram o impeachment de Dilma?”, *Revista Panorama*, edição on line, 2016, n. 1, v. 6, pp. 56-64.

DA GLÓRIA GOHN, Maria, *A sociedade brasileira em movimento: vozes das ruas e seus ecos políticos e sociais*.
<https://tinyurl.com/4ymfr84m>

MENDES DE CARVALHO, Maria, “O jornalismo político e o sensacionalismo: uma análise da cobertura do início do processo de impeachment de Dilma Rousseff”. Trabalho apresentado na Divisão Temática de Jornalismo, da Intercom Júnior – XII Jornada de Iniciação Científica em Comunicação, evento componente do XXXIX Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação.
<https://tinyurl.com/3npkjp2b>

PIMENTEL, Jairo, “Impeachment, Oposição e Autoritarismo – o perfil e demanda dos manifestantes em São Paulo”, *Em Debate*, Belo Horizonte, 2015, n. 2, v.7, pp. 15-22

Páginas de internet

Agência Senado, *Onze ações questionam o julgamento do impeachment de Dilma Rousseff no STF*, 2016.
<https://tinyurl.com/mu3yr6me>

BBC News Brasil, *Protestos globais crescem com perda de fé na política e no Estado, diz 'Observer'*, 2013.
<https://tinyurl.com/43pu92dp>

Blog do Tarso, *Jurista Pedro Serrano emite parecer contra o Impeachment de Dilma*, 2015. <https://tinyurl.com/yb9n7xus>

COSTA PINTO, Eduardo, *Dilma: de “coração valente” à “presidenta acuada”*, Academia, 2015.
<https://tinyurl.com/umkjinajp>

EBC tv Brasil. <https://tinyurl.com/yxyp4jyd>

Globo.com, *Dilma é hostilizada durante abertura da Copa do Mundo em São Paulo*, 2014. <https://tinyurl.com/92a3tesd>

<http://www.mapadademocracia.org.br/entenda-o-golpe/>

<https://tinyurl.com/5cakw682>

<https://tinyurl.com/mshp2d87>

<https://tinyurl.com/yhm9vjta>

RIBEIRO, Ricardo Lodi, *Pedaladas hermenêuticas no pedido de impeachment de Dilma Rousseff*, 2015.
<https://tinyurl.com/4pzafunb>

SALIBA, Maurício Gonçalves e; SANTIAGO, Brunna Rabelo, *Bailarinas não fazem política? Análise da violência de gênero presente no processo de impeachment de Dilma Rousseff*.

<http://apps.unibrasil.com.br/ojs235/index.php/rdfd/article/view/916/482>.

SANTINI, Daniel, *Relator da ONU para Liberdade de Expressão critica concentração de mídia no Brasil*, Repórter Brasil, 2013. <https://tinyurl.com/3y6jd2rm>

The Economist, *The impeachment country*, 2016. <https://tinyurl.com/4t9zuhhb>

PRISIÓN Y OTRAS MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES CONTRA CANDIDATOS EN VÍSPERAS DE LAS ELECCIONES EN BRASIL

ADRIANO SANT'ANA PEDRA*

SUMARIO: *I. Introducción: planteamiento del problema. II. Protección del medio ambiente electoral. III. Inmunidad electoral frente a medidas cautelares. IV. Detención, prisión y medidas cautelares personales en perjuicio de candidatos. V. Consideraciones finales. VI. Referencias.*

I. INTRODUCCIÓN: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Las decisiones judiciales que involucran a candidatos políticos pueden tener un impacto significativo en las elecciones, al influir, en cierta medida, en la percepción pública y el comportamiento de los votantes. Cuando un candidato es objeto de una medida cautelar, especialmente en casos de delitos de gran repercusión, la noticia tiende a difundirse rápidamente a través de los medios de comunicación y redes sociales. Esta exposición negativa puede minar la confianza de los electores en el candidato, comprometer su imagen y disminuir sus posibilidades de éxito en las urnas.

* Profesor de la Facultad de Derecho de Vitória (pregrado, maestría y doctorado); Doctor en Derecho Constitucional (PUC/SP); Máster en Derechos y Garantías Fundamentales (FDV); Máster en Física Cuántica (UFES); Postdoctorado realizado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Coimbra; Procurador Federal (AGU); Juez Titular del Tribunal Regional Electoral de Espírito Santo. Contacto: adrianopedra@fdv.br

El Código Electoral brasileño, en su artículo 236, § 1º, establece una protección especial para los candidatos durante el período electoral, al prohibir su detención o arresto en los 15 (quince) días previos a la elección, salvo en casos de flagrante delito. Esta norma tiene como objetivo asegurar la integridad del proceso electoral y evitar que los candidatos sean estigmatizados y perjudicados indebidamente en sus campañas.

Sin embargo, la legislación no aborda explícitamente la aplicación de otras medidas cautelares personales, como las previstas en los artículos 282 y 319 del Código de Proceso Penal: comparecencia periódica ante el juez, prohibición de acceso o presencia en determinados lugares, prohibición de mantener contacto con ciertas personas, prohibición de ausentarse de la comarca, reclusión domiciliaria en el período nocturno y en días de descanso, suspensión del ejercicio de función pública o de actividad económica o financiera, internación provisional, fianza y monitoreo electrónico.

Las decisiones judiciales en este sentido pueden ser útiles para asegurar la integridad y la justicia del proceso electoral. Pueden actuar como un mecanismo de control, asegurando que los candidatos que no cumplen con los requisitos legales o que están involucrados en prácticas ilícitas sean apartados de la contienda electoral. Esto puede fortalecer la democracia al promover la responsabilidad y la transparencia.

No obstante, el momento y la ejecución de estas decisiones son cruciales, pues las intervenciones judiciales próximas a la fecha de las elecciones pueden desestabilizar la dinámica electoral, influir indebidamente en la opinión pública y, en consecuencia, en el resultado de las elecciones.

De ahí la necesidad de un análisis profundo sobre la posibilidad o prohibición de aplicar tales medidas cautelares contra candidatos en este período sensible. Este estudio se propone examinar la compatibilidad de estas medidas cautelares con los principios constitucionales pertinentes. Además, se discutirá el impacto

potencial de estas medidas en la integridad del proceso electoral y en la garantía de los derechos políticos de los candidatos.

Al explorar estas cuestiones, se busca ofrecer una comprensión integral de los límites y posibilidades en relación con la imposición de prisión y otras medidas cautelares personales, contribuyendo al debate sobre la mejor forma de equilibrar la protección de los derechos de los candidatos con la necesidad de garantizar el orden público.

II. PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE ELECTORAL

Los derechos políticos constituyen el poder que tienen los ciudadanos activos de participar, directa o indirectamente, en las decisiones de su Estado. Son derechos públicos subjetivos que invisten al individuo del status civitatis, conformándose como instrumentos que buscan disciplinar las formas de actuación de la soberanía popular, permitiendo el ejercicio de la libertad de participación en los asuntos políticos del Estado.

Según José Joaquim Gomes Canotilho y Vital Moreira,¹ los derechos políticos (o de participación política) son derechos de ciudadanía, es decir, derechos de los individuos en tanto ciudadanos, como miembros de la “república”, lo que equivale a decir, de la colectividad políticamente organizada, y son al mismo tiempo parte integrante y garantía del principio democrático, garantizado constitucionalmente.

André Ramos Tavares² enseña que los derechos políticos conforman el conjunto de reglas destinadas a reglamentar el ejercicio de la soberanía popular, constituyendo el conjunto de

¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, MOREIRA, Vital, *Constituição da República portuguesa anotada*, Coimbra, Coimbra, 2007, v. I, p. 664.

² TAVARES, André Ramos, *Curso de direito constitucional*, 5. ed., Saraiva, São Paulo, 2007, p. 718.

normas que disciplinan la intervención, directa o indirecta, en el poder.

Según establece la Constitución brasileña de 1988, en su artículo 14, *caput*, la soberanía popular será ejercida por sufragio universal y por voto directo y secreto, con valor igual para todos y, conforme a la ley, mediante plebiscito, referéndum e iniciativa popular. Según la misma Constitución, pueden enumerarse como derechos políticos, en una lista no exhaustiva: el derecho al voto en elecciones, plebiscitos y referendos, la elegibilidad, la iniciativa popular, la acción popular, la organización y participación en partidos políticos.

El constitucionalista portugués Jorge Miranda³ considera que el sufragio es el derecho político máximo, porque a través de él los ciudadanos eligen a los gobernantes y, así, directa o indirectamente, las principales coordenadas de la política del Estado, y añade que, junto a él, existen “derechos políticos menores”, como el derecho de petición, el derecho a la información política, el derecho a la participación en actividades subordinadas del Estado, el derecho a la acción popular, el derecho a la iniciativa legislativa, el derecho a la iniciativa de referéndum, el derecho de candidatura, el derecho de acceso a cargos políticos y el derecho de participación en asambleas populares.

Los derechos políticos deben ejercerse en un entorno saludable y equilibrado. Es decir, el medio ambiente es un concepto transdisciplinario que abarca factores químicos y biológicos, pero también sociales y tecnológicos.⁴ El art. 3º, I, de la Ley nº 6.938/1981, que dispone sobre la Política Nacional del Medio

³ MIRANDA, Jorge, *Manual de direito constitucional*, Coimbra: Coimbra, 2007, t. VII, pp. 100-109.

⁴ ABREU, Arthur Emanuel Leal y PEDRA, Adriano Sant'Ana, “Desinformação, remoção de conteúdo da internet e o dever fundamental de proteção do meio ambiente digital equilibrado”, *In: PAZÓ, Cristina, CASEMIRO, Diego y POLTRONIERI, Fernando (org.), Direitos fundamentais e internet: práticas conectadas, escolhas referenciadas e sentidos antagônicos*, UFSB, Porto Seguro, 2023, p. 20.

Ambiente, presenta la definición jurídica de medio ambiente como “el conjunto de condiciones, leyes, influencias e interacciones de orden físico, químico y biológico que permite, alberga y regula la vida en todas sus formas”.

A su vez, la Constitución Federal tutela el medio ambiente en su art. 225: “Todos tienen derecho a un medio ambiente ecológicamente equilibrado, bien de uso común del pueblo y esencial para una calidad de vida saludable, imponiéndose al Poder Público y a la colectividad el deber de defenderlo y preservarlo para las presentes y futuras generaciones”. Frente a esta previsión constitucional, se identifica el derecho fundamental al medio ambiente equilibrado, que se extiende a diversas dimensiones esenciales del ejercicio de la ciudadanía⁵, incluyendo la promoción del equilibrio electoral.

Sobre la dimensión objetiva e institucional del proceso electoral, vale la pena destacar las palabras del Ministro Ricardo Lewandowski:⁶ El proceso electoral en una democracia, deriva su legitimidad de un conjunto de procedimientos, perfeccionados de tiempo en tiempo, que tienen como finalidad evitar, en la medida de lo posible, deformaciones y desequilibrios, otorgando la mayor credibilidad posible a su resultado final.

Así como la idea de equilibrio puede extenderse al medio ambiente electoral, este también debe ser protegido para garantizar elecciones justas y democráticas, y las medidas cautelares que afecten a los candidatos necesitan ser analizadas desde la perspectiva de la preservación de dicho equilibrio.

⁵ COLNAGO, Cláudio de Oliveira Santos y PEDRA, Adriano Sant’Ana, “Direito ao esquecimento no meio ambiente digital: a arquitetura como força de regulação e os deveres dos prestadores e serviços na internet”, en FIGUEIREDO, Marcelo y CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira (org.), *30 anos da Constituição brasileira: reflexões atuais*, D’Plácido, Belo Horizonte, 2018, p. 172.

⁶ ADI 3.741, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, j. em 6.8.2006, DJ 23.2.2007, fls. 192-193.

El medio ambiente electoral debe protegerse de diversos factores que perjudiquen su equilibrio e integridad. Uno de estos factores es la imposición de medidas cautelares, como las previstas en los artículos 282 y 319 del Código de Proceso Penal, en perjuicio de candidatos. Tales medidas tienen como objetivo asegurar el orden público y la efectividad del proceso penal; no obstante, su aplicación durante el período electoral requiere un análisis cuidadoso para garantizar que no se comprometa el equilibrio del certamen.

Las medidas cautelares pueden impactar significativamente la campaña de un candidato, ya que ciertas restricciones pueden perjudicar la equidad del proceso electoral. Por lo tanto, la aplicación de dichas medidas debe ser cuidadosamente ponderada para evitar interferencias indebidas en la dinámica electoral.

Las medidas cautelares que impongan restricciones desproporcionadas a determinados candidatos pueden generar un desequilibrio en la competencia electoral y favorecer injustamente a algunos en detrimento de otros. Esto refuerza la necesidad de un análisis equilibrado y proporcional en su aplicación.

En el contexto electoral, la protección del equilibrio y la integridad del medio ambiente electoral debe ser una prioridad. La imposición de medidas cautelares a candidatos debe hacerse con cautela, asegurando que tales medidas no perjudiquen injustamente la participación de los candidatos en el proceso electoral. Por eso, la imposición de medidas cautelares contra candidatos durante el período electoral debe ser cuidadosamente analizada a la luz de los principios constitucionales y de la legislación electoral. Solo así será posible asegurar que el ambiente electoral permanezca equilibrado, justo y democrático.

III. INMUNIDAD ELECTORAL FRENTE A MEDIDAS CAUTELARES

La promoción de un ambiente electoral saludable y equilibrado es esencial para garantizar una democracia robusta y legítima. Para

que eso se concrete, es imperativo que los candidatos cuenten con garantías que aseguren una contienda justa y equitativa.

Se entiende por “garantías electorales”: (a) la propia arquitectura del Estado Democrático de Derecho, que abarca la libertad, la igualdad, la pluralidad, la libre manifestación del pensamiento, la soberanía y la participación popular, entre otros derechos fundamentales; (b) la organización de la Justicia Electoral como ente autónomo, independiente y especializado en la gestión de las elecciones y en la resolución de los conflictos surgidos en ese ámbito; (c) el marco normativo que asegura la normalidad y la legitimidad de las elecciones.⁷

Aline Osório⁸ destaca que, para que los resultados de las elecciones sean legítimos, es necesario garantizar: la igualdad política entre los ciudadanos, la igualdad de oportunidades – o paridad de armas – entre candidatos y partidos en la disputa por cargos políticos, la legitimidad del proceso electoral y la libertad de expresión política y electoral.

Este escenario se fundamenta en principios constitucionales fundamentales que orientan el sistema jurídico brasileño y refuerzan la necesidad de un trato equitativo durante todo el proceso electoral.

El principio de isonomía, consagrado en el artículo 5º de la Constitución Federal, garantiza que todos son iguales ante la ley, sin distinción de ninguna naturaleza. Aplicado al contexto electoral, este principio impone que todos los candidatos deben tener las mismas oportunidades y condiciones para la contienda, evitando cualquier forma de interferencia o favorecimiento indebido. La igualdad de condiciones es la base para una competencia justa y equilibrada, esencial para la elección legítima de representantes por parte del pueblo.

⁷ GOMES, José Jairo, *Direito eleitoral*, 4. ed., Del Rey, 2009, Belo Horizonte, p. 380.

⁸ OSÓRIO, Aline, *Direito eleitoral e liberdade de expressão*, 2. ed., Fórum, Belo Horizonte, 2022, p. 119.

En el mismo sentido, Luiz Fux y Carlos Frazão⁹ destacan la importancia de la igualdad de oportunidades como una exigencia de neutralidad por parte del Estado frente a los actores de la competencia electoral (es decir, partidos, candidatos y coaliciones), a fin de evitar la formulación de diseños y arreglos que favorezcan a determinados actores en detrimento de otros.

Otro pilar fundamental es el principio de presunción de inocencia, también previsto en el artículo 5º de la Constitución. Este principio asegura que nadie será considerado culpable hasta que haya una sentencia penal condenatoria firme. En el contexto electoral, significa que los candidatos no pueden ser perjudicados ni sufrir sanciones con base en acusaciones no comprobadas. Este derecho es vital para proteger a los candidatos contra posibles abusos y medidas excesivas que puedan surgir durante la campaña.

El principio de legalidad, establecido en el artículo 5º, II, de la Constitución, determina que nadie será obligado a hacer o dejar de hacer algo sino en virtud de ley. En un entorno electoral, este principio exige que todas las reglas y procedimientos estén claramente definidos y se sigan estrictamente, garantizando transparencia y previsibilidad. Esto permite a los candidatos planificar y conducir sus campañas dentro de un marco jurídico estable y conocido, sin sorpresas ni arbitrariedades que puedan comprometer la equidad de la contienda.

La soberanía popular, establecida en el artículo 1º de la Constitución, es el fundamento de toda autoridad política y refuerza la idea de que el poder emana del pueblo. En un proceso electoral, la soberanía popular se manifiesta en la elección libre y consciente de los votantes. Para que esta elección sea genuina, es esencial que los candidatos tengan las condiciones necesarias para comunicar sus ideas y propuestas sin restricciones indebidas, permitiendo que los electores tomen decisiones informadas.

⁹ FUX, Luiz y FRAZÃO, Carlos Eduardo, *Novos paradigmas do direito eleitoral*, Fórum, Belo Horizonte, 2016, p. 119.

A partir de estos principios, surge la necesidad de un sistema de garantías específicas para los candidatos, asegurando que puedan ejercer plenamente sus derechos y deberes electorales. Este sistema de garantías puede concebirse como una “inmunidad electoral”, una protección especial que poseen los candidatos durante el período más sensible de la campaña electoral: su “recta final”. La inmunidad electoral tiene como objetivo proteger a los candidatos contra acciones que puedan perjudicar injustamente su candidatura o manipular la voluntad popular. A este respecto, así lo dispone el Código Electoral brasileño:

Art. 236. Ninguna autoridad podrá, desde cinco (5) días antes y hasta cuarenta y ocho (48) horas después del cierre de la elección, arrestar o detener a ningún elector, salvo en flagrante delito, en virtud de sentencia penal condenatoria por delito inafianzable o por desobedecer un salvoconducto.

§ 1º Los miembros de las mesas receptoras y los fiscales de partido, durante el ejercicio de sus funciones, no podrán ser detenidos ni arrestados, salvo en caso de flagrante delito; esta misma garantía se extiende a los candidatos desde quince (15) días antes de la elección.

§ 2º En caso de detención, el arrestado será inmediatamente conducido ante el juez competente, quien, si verifica la ilegalidad de la detención, la revocará y promoverá la responsabilidad del agresor.

Como se observa, el artículo 236, § 1º, del Código Electoral establece una protección especial para los candidatos durante el período electoral. Dispone que, en los quince (15) días anteriores a las elecciones y en las cuarenta y ocho (48) horas posteriores, los candidatos solo podrán ser arrestados en caso de flagrante delito o por sentencia condenatoria por delito inafianzable. Esta norma tiene como finalidad evitar influencias indebidas en el resultado

electoral y garantizar que los candidatos puedan participar plenamente en el proceso sin interferencias arbitrarias.

La inmunidad electoral, por tanto, no significa impunidad, sino una protección contra abusos y prácticas desleales que puedan comprometer la integridad del proceso electoral. Abarca la garantía de que los candidatos puedan ejercer libremente sus actividades de campaña, siempre que estén en conformidad con las leyes y regulaciones vigentes. Asimismo, asegura que eventuales denuncias o acusaciones se tramiten con la debida cautela y respeto al debido proceso legal, evitando estigmatizaciones y juicios precipitados.

La implementación de esta inmunidad requiere un aparato institucional robusto y eficaz, capaz de monitorear y cohibir prácticas electorales indebidas, al mismo tiempo que protege los derechos fundamentales de los candidatos. Esto implica la actuación vigilante del Poder Judicial, del Ministerio Público y de los demás órganos competentes, en un esfuerzo coordinado por garantizar el equilibrio del proceso electoral.

La inmunidad electoral – temporal y circunstancial – deriva de los principios constitucionales en el ámbito específico de las elecciones. Busca equilibrar la necesidad de un entorno electoral justo con la protección de los derechos individuales de los candidatos, promoviendo una democracia más sólida y representativa. A través de esta inmunidad, se asegura que las elecciones reflejen verdaderamente la voluntad popular, legitimando el proceso democrático y fortaleciendo las instituciones republicanas.

De esta forma, la inmunidad electoral es un instrumento esencial para garantizar que los candidatos puedan participar de un proceso justo y equilibrado, preservando la integridad de la contienda y la confianza del electorado en el sistema democrático. Al resguardar los principios de igualdad, presunción de inocencia, legalidad y soberanía popular, esta inmunidad contribuye a la construcción de un ambiente electoral saludable, donde la voluntad del pueblo pueda expresarse libremente y con total legitimidad.

IV. DETENCIÓN, PRISIÓN Y MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES EN PERJUICIO DE CANDIDATOS

El análisis sobre la aplicación de medidas cautelares contra candidatos en el período de quince días antes de las elecciones —y hasta cuarenta y ocho horas después— requiere la interpretación conjunta del artículo 236, § 1º, del Código Electoral, con los artículos 282 y 319 del Código de Proceso Penal, además de la propia Constitución. Este examen debe considerar la necesidad de garantizar la integridad del proceso electoral y los derechos fundamentales de los candidatos.

Artículo 319. Son medidas cautelares distintas de la prisión:

I - comparecencia periódica ante el juez, en el plazo y condiciones fijadas por este, para informar y justificar actividades;

II - prohibición de acceso o de presencia en determinados lugares, cuando, por circunstancias relacionadas con el hecho, deba el imputado o acusado mantenerse alejado de dichos lugares para evitar el riesgo de nuevas infracciones;

III - prohibición de mantener contacto con determinada persona, cuando, por circunstancias relacionadas con el hecho, deba mantenerse alejado de ella;

IV - prohibición de ausentarse del distrito judicial cuando la permanencia sea conveniente o necesaria para la investigación o la instrucción;

V - reclusión domiciliaria en período nocturno y en días no laborables, cuando el imputado o acusado tenga residencia y trabajo fijos;

VI - suspensión del ejercicio de función pública o de actividad de naturaleza económica o financiera, cuando exista justo motivo para temer que dicha función sea utilizada para la comisión de infracciones penales;

VII - internación provisional del acusado en casos de delitos cometidos con violencia o grave amenaza, cuando los peritos concluyan que es inimputable o semi-imputable (art. 26 del Código Penal) y exista riesgo de reiteración;

VIII - fianza, en los delitos que la admitan, para asegurar la comparecencia a actos del proceso, evitar la obstrucción de su desarrollo o en caso de resistencia injustificada a una orden judicial;

IX - monitoreo electrónico.

[...]

§ 4º La fianza se aplicará de acuerdo con las disposiciones del Capítulo VI de este Título, pudiendo ser acumulada con otras medidas cautelares.

Tales medidas deben respetar los principios de necesidad y adecuación. El artículo 282 dispone que las medidas cautelares deben aplicarse para asegurar la aplicación de la ley penal, la investigación o la instrucción penal, y para evitar la comisión de nuevas infracciones. Deben ser adecuadas a la gravedad del delito, a las circunstancias del hecho y a las condiciones personales del imputado o acusado.

Ante lo expuesto, es fundamental armonizar las normas electorales con las del Código de Proceso Penal para determinar si —y cómo— pueden aplicarse medidas cautelares contra candidatos en el período sensible de quince días antes y cuarenta y ocho horas después de las elecciones. La aplicación de estas medidas debe ser restrictiva, considerando la protección especial prevista para los candidatos.

Existe una presunción legal de que la detención o prisión de un candidato dentro de los quince días previos a las elecciones —o hasta cuarenta y ocho horas después— lo perjudica y desequilibra la disputa. Como cada vuelta es una elección, en aquellos casos en que haya dos vueltas de votación, el período entre la primera y la

segunda debe estar íntegramente cubierto por esta protección (artículos 28, 29, II y 77 de la Constitución).

Sin embargo, también se puede verificar perjuicio al candidato y desequilibrio en la contienda electoral cuando se aplican otras medidas cautelares, como, por ejemplo: la suspensión del ejercicio de función pública, especialmente si se trata de un cargo electivo;¹⁰ la prohibición de salir del distrito judicial, en elecciones cuya circunscripción abarca el Estado o el país; o la prohibición de acceso o permanencia en ciertos lugares, cuando la presencia en estos sea necesaria para su campaña, como en mítines o reuniones públicas.

Así, están vedadas las medidas cautelares personales que puedan impactar negativamente en la capacidad del candidato de participar libremente en la campaña electoral, conforme a la ley, y que comprometan la equidad del proceso electoral.

No obstante, como la inmunidad electoral es una protección excepcional concedida al candidato, es posible aplicar medidas cautelares menos gravosas que no perjudiquen el equilibrio electoral, como la comparecencia periódica ante el juez, siempre que esta no obstaculice el desarrollo de la campaña electoral. Dicha medida debe aplicarse con precaución, de modo que no interfiera indebidamente en la agenda del candidato ni en su capacidad de interactuar con los electores. La periodicidad y el lugar de comparecencia deben ser definidos de forma tal que se minimice el impacto sobre las actividades de campaña del candidato.

En síntesis, la aplicación de medidas cautelares contra candidatos en el período de quince días antes y cuarenta y ocho horas después de las elecciones debe hacerse con extremo cuidado y solo cuando sea estrictamente necesario. Medidas como la prisión y la suspensión del ejercicio de función pública están

¹⁰ Cabe señalar que esta situación es abordada en la Demanda de Incumplimiento de Precepto Fundamental – ADPF nº 1017, que aún no fue juzgada por el Supremo Tribunal Federal.

prohibidas durante este período, a fin de proteger la integridad del proceso electoral y asegurar la igualdad de condiciones entre los candidatos.

Medidas menos gravosas, como la comparecencia periódica ante el juez, pueden ser aplicadas siempre que no comprometan la campaña del candidato, garantizando así la aplicación de la ley penal sin perjudicar el equilibrio de la contienda electoral.

En todo caso, la imposición de medidas cautelares personales debe estar debidamente fundamentada, especialmente respecto al período electoral, explicitando las razones por las que se adoptan en ese momento sensible de la campaña, y no antes o después de este, evaluando los impactos electorales que puedan causar.

V. CONSIDERACIONES FINALES

Las decisiones judiciales que afectan a candidatos durante el período electoral exigen una ponderación cuidadosa entre la aplicación de medidas cautelares y la protección del equilibrio y la integridad del proceso electoral. La protección especial conferida por el Código Electoral brasileño refleja la necesidad de preservar la equidad y la legitimidad de las elecciones, evitando que decisiones judiciales interfieran de manera desproporcionada en la percepción pública y en el comportamiento de los votantes. Sin embargo, la ausencia de una previsión legal explícita sobre la inmunidad electoral en relación con otras medidas cautelares — además de la prisión— exige un análisis cuidadoso al respecto.

La integridad del ambiente electoral es crucial para el mantenimiento de un proceso democrático saludable. Las medidas cautelares, al impactar directamente en la campaña de un candidato, pueden perjudicar la equidad del certamen si no son aplicadas con la debida cautela. Por tanto, es esencial que tales medidas se consideren a la luz de los principios constitucionales y del impacto potencial que puedan tener en la disputa electoral. El objetivo debe ser siempre garantizar que las elecciones sean justas, democráticas y representativas de la voluntad popular.

La inmunidad electoral, temporal y circunstancial, funciona como una protección necesaria para asegurar que los candidatos puedan participar plenamente en el proceso electoral sin ser injustamente perjudicados por decisiones judiciales en momentos sensibles de la contienda. Esta idea refuerza la importancia de tratar a los candidatos de forma equitativa y de garantizar que cualquier intervención judicial sea proporcional y justificada. La inmunidad no significa impunidad, sino la necesidad de un cuidado especial durante un período crítico para preservar la confianza de los electores en el sistema democrático.

Así, la aplicación de medidas cautelares durante el período electoral debe realizarse con extrema prudencia y con una fundamentación sólida, garantizando que dichas medidas no comprometan injustamente la capacidad de los candidatos de llevar adelante sus campañas. Solo mediante un análisis riguroso y una aplicación criteriosa de las normas pertinentes se puede garantizar un proceso electoral justo y equilibrado, que refleje verdaderamente la voluntad del pueblo y fortalezca las instituciones democráticas.

VI. REFERENCIAS

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes y MOREIRA, Vital, *Constituição da República portuguesa anotada*, v. I, Coimbra, Coimbra, 2007.
- FIGUEIREDO, Marcelo y PORTES DE CERQUEIRA, César, Joaquim (org.), *30 anos da Constituição brasileira: reflexões atuais*, D'Plácido, Belo Horizonte, 2018.
- FUX, Luiz y FRAZÃO, Carlos Eduardo, *Novos paradigmas do direito eleitoral*, Fórum, Belo Horizonte, 2016.
- GOMES, José Jairo, *Direito eleitoral*, 4. ed., Del Rey, Belo Horizonte, 2009.
- KROHLING, Aloísio y FERREIRA, Dirce Nazaré de Andrade (org.), *Filosofia do direito: novos rumos*, Juruá, Curitiba, 2012.
- MIRANDA, Jorge, *Manual de direito constitucional*, tomo VII, Coimbra, Coimbra, 2007.

- OSÓRIO, Aline, *Direito eleitoral e liberdade de expressão*, 2. ed., Fórum, Belo Horizonte, 2022.
- PAZÓ, Cristina, CASEMIRO, Diego y POLTRONIERI, Fernando (org.), *Direitos fundamentais e internet: práticas conectadas, escolhas referenciadas e sentidos antagônicos*, UFSB, Porto Seguro, 2023.
- TAVARES, André Ramos, *Curso de direito constitucional*, 5. ed., Saraiva, São Paulo, 2007.

CAPÍTULO III

DERECHOS HUMANOS, JUSTICIA AMBIENTAL Y VULNERABILIDAD ESTRUCTURAL

ACESSO À JUSTIÇA POR CONSUMIDORES HIPOSSUFICIENTES E HIPERVULNERÁVEIS NO BRASIL: DESAFIOS E POSSÍVEIS SOLUÇÕES

FELIPE KIRCHNER*

FERNANDA NUNES BARBOSA**

SUMÁRIO: I. *Introdução: consumidores vulneráveis, hipossuficientes e hipervulneráveis.* II. *Breves considerações sobre o acesso à justiça e sua evolução histórica.* III. *Desafios do acesso à justiça para consumidores no Brasil.* IV. *Algumas soluções estatais e não estatais possíveis.* V. *Conclusão.* VI. *Referências.*

I. INTRODUÇÃO: CONSUMIDORES VULNERÁVEIS, HIPOSSUFICIENTES E HIPERVULNERÁVEIS

A garantia constitucional da isonomia, que significa tratar desigualmente os desiguais na medida de sua desigualdade,

* Doutor em Direito Privado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Professor da graduação da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Defensor Público no Estado do Rio Grande do Sul. Coordenador do Balcão do Consumidor da Escola de Direito da PUCRS. Contato: felipe.kirchner@pucrs.br.

** Doutora em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professora da graduação e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Professora da graduação da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Coordenadora do Grupo de Pesquisa em Direito do Consumidor da PUCRS. Advogada. Contato: fernanda.barbosa@pucrs.br.

corresponde a um dos objetivos pretendidos pelo Código de Defesa do Consumidor brasileiro (Lei nº 8.078/1990), que em seu art. 4º, inc. I, reconhece a vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo, advindo daí uma proteção especial que engloba, entre outros aspectos,¹ a possibilidade de inversão do ônus da prova *ope judicis* como direito básico do consumidor (art. 6º, inc. VIII) quando forem verossímeis suas alegações ou quando for ele hipossuficiente². Advém daí que vulnerabilidade e hipossuficiência não correspondem, tecnicamente, ao mesmo critério³ na legislação

¹ A Ministra do Superior Tribunal de Justiça (STJ) Nancy Andrighi bem destacou, em decisão proferida em sede de Recurso Repetitivo, que: “A opção pelo foro de domicílio do consumidor (direito processual) prevista no art. 101, I, do CDC, em detrimento do foro de domicílio do réu (art. 46 do CPC), é uma faculdade processual conferida ao consumidor para as ações de responsabilidade do fornecedor de produtos e serviços em razão da existência de vulnerabilidade inata nas relações de consumo. Busca-se, mediante tal benefício legislativo, privilegiar o acesso à justiça ao indivíduo que se encontra em situação de desequilíbrio.” E que: “A inversão do ônus da prova prevista no art. 6º, VIII, do CDC não pode ser objeto de sub-rogação pela seguradora por se tratar de prerrogativa processual que decorre, diretamente, da condição de consumidor.” BRASIL. STJ. REsp 2092308/SP. Recurso Repetitivo. Tema Repetitivo 1.282. Rel. Min. Nancy Andrighi. Corte Especial. J. 19/02/2025. DJEN 25/02/2025.

² “Nas hipóteses em que o consumidor está impossibilitado de ler ou escrever, acentua-se a hipossuficiência natural do mercado de consumo, inviabilizando o efetivo acesso e conhecimento às cláusulas e obrigações pactuadas por escrito, de modo que a atuação de terceiro (a rogo ou por procuração pública) passa a ser fundamental para manifestação inequívoca do consentimento.” BRASIL. STJ. REsp 1862324/CE, Rel. Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE, J. 15/12/2020.

³ Acerca da vulnerabilidade, Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem sustentam que “a vulnerabilidade é mais um estado da pessoa, um estado inerente de risco ou um sinal de confrontação excessiva de interesses identificado no mercado, é uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação. A vulnerabilidade não é, pois, o fundamento das regras de proteção do sujeito mais fraco, é apenas a ‘explicação’ destas regras ou da

brasileira de proteção ao consumidor. A primeira, de caráter material, qualifica a própria relação jurídica; a segunda, de caráter procedimental, tem sua verificação estabelecida no caso concreto, após o reconhecimento da aplicação da legislação protetiva ao agente econômico. Cabe registrar, a título de curiosidade, que após um período em que se reconheceu a possibilidade da inversão do ônus da prova como regra de julgamento, os tribunais passaram a entender, adequadamente, tratar-se, em verdade, de regra de instrução.⁴

Como se sabe, alguns indivíduos e/ou grupos possuem especiais dificuldades em serem respeitados ou em exercer com plenitude seus direitos tanto perante os fornecedores como perante o sistema de justiça, em razão do contexto fático e/ou jurídico em que estão inseridos. Três enquadramentos levam à caracterização da chamada

atuação do legislador, é a técnica para se aplicar bem, é a noção instrumental que guia e ilumina a aplicação destas normas protetivas e reequilibradoras, à procura do fundamento da Igualdade e da Justiça equitativa.” MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa, *O Novo Direito Privado e a Proteção dos Vulneráveis*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2012, p. 117.

- ⁴ Assim, exemplificativamente: “AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO. INDENIZAÇÃO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. REGRA DE INSTRUÇÃO. COMPROVAÇÃO MÍNIMA DOS FATOS ALEGADOS. SÚMULAS 7 E 83 DO STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. É assente nesta Corte Superior o entendimento de que a inversão do ônus da prova é regra de instrução e não de julgamento. 2. “A jurisprudência desta Corte Superior se posiciona no sentido de que a inversão do ônus da prova não dispensa a comprovação mínima, pela parte autora, dos fatos constitutivos do seu direito” (AgInt no Resp 1.717.781/RO, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 05/06/2018, DJe de 15/06/2018). 3. Rever o acórdão recorrido e acolher a pretensão recursal demandaria a alteração do conjunto fático-probatório dos autos, o que é inviável nesta via especial ante o óbice da Súmula 7 do STJ. 4. Agravo interno não provido.” BRASIL. STJ. AgInt no AREsp 1951076/ES; REL. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO; J. 21/02/2022; DJe 25/02/2022.

hipervulnerabilidade (também chamada de vulnerabilidade agravada ou de vulnerabilidade organizacional): (i) cumulação de circunstâncias pessoais (sobreposição de vulnerabilidades); (ii) relevância de circunstâncias externas (inserção da pessoa em contexto social, cultural, ambiental, regional ou situacional); (iii) exercício de direitos essenciais e/ou fundamentais. O reconhecimento da condição de hipervulnerabilidade impõe ao menos duas consequências: (i) ampliação das atribuições de instituições públicas e privadas, conforme já decidido pelos tribunais pátrios (REsp 1.064.009/Benjamin, REsp 1.264.116/Benjamin, REsp 931.513/Benjamin, AgInt no AREsp 1.688.809/Assusete e AI 70034602201/TJRS/Canibal); o aumento da intervenção judicial, administrativa e política e da tutela jurídica, mesmo em regimes tutelares como o CDC, ampliando o campo de proteção diferenciado já garantido.

No âmbito da principal lei de proteção e defesa do consumidor no Brasil, dispositivo de significativa relevância para a operacionalização dos direitos de consumidores e consumidoras vulneráveis, hipossuficientes e hipervulneráveis no cotidiano, e sua consequente efetivação, é o art. 5º do CDC,⁵ que assim prescreve:

“Art. 5º Para a execução da Política Nacional das Relações de Consumo, contará o poder público com os seguintes instrumentos, entre outros: I - manutenção de assistência jurídica,

⁵ Dado que o Código de Defesa do Consumidor brasileiro é uma lei que reflete o mercado e seus desafios do final dos anos 1980, uma comissão de juristas foi nomeada para proceder à sua atualização em 2012. Até o momento, o Projeto de Lei sobre o Superendividamento, que introduziu o CAPÍTULO VI-A - DA PREVENÇÃO E DO TRATAMENTO DO SUPERENDIVIDAMENTO (Incluído pela Lei nº 14.181, de 2021) no CDC já foi aprovado e entrou em vigor, carecendo ainda de aprovação o Projeto de Lei que incluirá um capítulo específico sobre o comércio eletrônico (PL 3514/2015, da Câmara dos Deputados, anterior PL 281/2012, do Senado Federal). Disponível em: <https://tinyurl.com/57jxe5bj>. Acesso em 25 maio, 2025.

integral e gratuita para o consumidor carente; II - instituição de Promotorias de Justiça de Defesa do Consumidor, no âmbito do Ministério Público; III - criação de delegacias de polícia especializadas no atendimento de consumidores vítimas de infrações penais de consumo; IV - criação de Juizados Especiais de Pequenas Causas e Varas Especializadas para a solução de litígios de consumo; V - concessão de estímulos à criação e desenvolvimento das Associações de Defesa do Consumidor. VI - instituição de mecanismos de prevenção e tratamento extrajudicial e judicial do superendividamento e de proteção do consumidor pessoa natural; (Incluído pela Lei nº 14.181, de 2021) VII - instituição de núcleos de conciliação e mediação de conflitos oriundos de superendividamento. (Incluído pela Lei nº 14.181, de 2021) § 1º (Vetado). § 2º (Vetado).

Ao abordar a forma de execução da Política Nacional das Relações de Consumo, o CDC aponta uma série de caminhos em um rol apenas exemplificativo (*numerus apertus*), iniciando pela referência à manutenção de assistência jurídica, integral e gratuita para o consumidor carente, mas não se limitando a ela, uma vez que é inegável que o acesso à Justiça não se restringe ao simples acesso (econômico⁶) a um dos poderes da República. Da Exposição de

⁶ Cabe destacar, inclusive, que para as ciências sociais hoje a pobreza deixou de ser um conceito material (econômico) e passou a ser um conceito multidimensional, a qual envolve também ética, bem-estar, saúde, educação, território, cuidado, política etc. O que ocorre é que só se pode medir aquilo que é econômico. O afeto, o respeito, a atenção a um familiar, por exemplo, isso tudo não se pode medir, mas também gera pobreza, pois é tempo dedicado a algo que não pode ser mensurado a partir de um critério objetivo. Percebe-se também aí a “feminização da pobreza”, conceito cunhado por Diana Pearce (1978) e que significaria, em última análise, mulheres que são pobres por serem mulheres, ao chefiarem famílias sozinhas, cuidando dos filhos especialmente após rompimentos conjugais.

Motivos do Código de Processo Civil brasileiro de 2015, que substituiu a codificação de 1973, colhe-se justamente o propósito do Código, com seu potencial de “gerar um processo mais célere, mais justo, porque mais rente às necessidades sociais e muito menos complexo”, sendo este último aspecto “mais um passo decisivo para afastar os obstáculos para o acesso à Justiça, a que comumente se alude, isto é, a duração do processo, seu alto custo e a excessiva formalidade”.⁷

Assim, entende-se como sendo uma novidade da nova codificação perante o aprofundamento das regras relativas as técnicas autocompositivas e ao reconhecimento do contexto social e da cultura de litigância. Contudo, uma leitura acurada do CPC/73 já indicava a priorização da conciliação, conforme se infere das regras dos artigos 125, 277, 331, 447 a 449 da codificação processual, bem como de outras disposições sistêmicas, do que é exemplo as disposições da Lei 9.099/95, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e que em seus artigos inaugurais já apontava para a oralidade, a simplicidade, a informalidade, a economia processual e a celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação (art. 2º).

Com efeito, o acesso à justiça também passa pelo fortalecimento das instituições públicas e das associações privadas, pela modernização legislativa, pela implementação de políticas públicas de educação da população em relação a seus direitos e deveres, especialmente aquela mais carente, pela disponibilização de diferentes canais de atendimento de denúncias e solução de conflitos, haja vista as especificidades dos consumidores e a habitual sobreposição de vulnerabilidades, entre outras medidas.

Tarefas de cuidado e atenção, as quais costumam ser atribuídas ao gênero feminino em sociedades patriarcais como as latinas. PEARCE, Diana. *The Feminization of Poverty: Women. Work and Welfare*, *The Urban and Social Change Review* (Special Issue on Women and Work), v. 11, p. 28-36, 1978.

⁷ Código de processo civil e normas correlatas. – 7ª ed., Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, Brasília, 2015. Disponível em: 001041135.pdf. Acesso em 29 maio, 2025.

O presente artigo busca apontar alguns desafios do acesso à justiça para consumidores no Brasil e algumas soluções estatais e não estatais encontradas, considerando a experiência de seus autores no âmbito da educação superior e de atividades essenciais à justiça, a saber: defensoria pública e advocacia privada.

II. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O ACESSO À JUSTIÇA E SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Em um breve recorte histórico centrado nas diferentes visões de Estado nascidas após a Revolução Francesa – já sob o signo do direito contemporâneo, matizado pela influência dos pensamentos liberal e cartesiano e pela evolução da massificação e da despersonalização das relações sociais, traços marcantes das relações socioeconômicas no sistema capitalista,⁸ – pode-se analisar que, no Estado Liberal, o protagonismo das ações estava com o Poder Legislativo, na condição de responsável pela concretização dos atributos inerentes ao regime democrático, por meio da previsão de direitos até então inexistentes, em especial para grupos sociais incluídos por meio da cláusula da igualdade formal. Como ao Estado cabia apenas garantir a titularidade formal dos direitos, o acesso à justiça não se apresentava como sendo uma problemática significativa.

Já no período do Estado Social ganha prevalência a atuação do Poder Executivo, uma vez que a sociedade passou a exigir medidas concretas do “governo” para a concretização dos direitos sociais já positivados nas cartas constitucionais (ex. saúde, educação,

⁸ Dowbor assinala a inadequação de se chamar capitalista ao “rentista” contemporâneo que, longe de investir na produção, coloca seu dinheiro em produtos financeiros ou lucra com mais dividendos sobre ações que ele mesmo recompra. Embora não seja nova a exploração da sociedade por sujeitos improdutivos, aponta o economista, é novo o fato de “o processo ter atingido dimensões que transformam o conjunto da sociedade”. DOWBOR, Ladislau. *Resgatar a Função Social da Economia: uma questão de dignidade humana*, Editora Elefante, São Paulo, 2022, pp. 31-34.

trabalho, lazer, moradia, segurança, etc.)⁹. No entanto, no contexto do Estado Democrático de Direito, o protagonismo se volta ao Poder Judiciário e, conseqüentemente, às Instituições autônomas que compõem o sistema de justiça, como é o caso da Defensoria Pública.¹⁰

A razão desta virada centra-se, em grande medida, na insuficiência das políticas públicas e na inserção da realização de uma justiça substantiva no conteúdo normativo teleológico dos textos constitucionais, do que é um ótimo exemplo o viés programático da Constituição Federal de 1988 que, sem sombra de dúvidas, agregou ao discurso político (e jurídico) um componente revolucionário de transformação do *status quo* nacional (artigos 1^o¹¹ e 3^o¹² da CRFB/88), o que se coaduna com o caráter naturalmente

⁹ Refere Cappelletti que o acesso à justiça passou a ser concebido como o direito de acesso substancial ao Judiciário para a proteção de direitos individuais e sociais no contexto do welfare state. CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant, *Acesso à Justiça*, Sergio Antonio Fabris, Porto Alegre, 1988. pp. 9-11.

¹⁰ Importante mencionar que, juntamente com a Defensoria Pública, ocupam a condição de essencialidade à administração da justiça a atividade do Ministério Público (artigo 127), da Advocacia Privada (artigo 133) e da Advocacia Pública, ainda que sem a expressa referência nos artigos 131 e 132 da Constituição Federal.

¹¹ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”

¹² “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

ideológico da atuação da Defensoria Pública. Essas circunstâncias levaram os Poderes e as Instituições ligadas à administração da justiça a desempenharem um papel atuante na concretização das políticas públicas, o que encurtou severamente as fronteiras entre a Política e o Direito, redundando no que foi chamado de movimento de judicialização da política, referente ao deslocamento do centro de decisão dos Poderes Legislativo e Executivo para o plano da jurisdição constitucional. Como a jurisdição assume o papel de efetivação do “estado de bem estar social” (tem direitos efetivos apenas quem consegue acessar a justiça), a questão do acesso à realização de direitos torna-se importante para a caracterização de uma verdadeira democracia, ganhando enorme relevância em nível político e social.

Assim, a partir da segunda metade do Século XX, a questão central do Direito deslocou-se da preocupação com a efetivação de direitos para a efetividade da tutela prestada pelo Estado,¹³ a partir do que o Direito passou a ser visto não mais pela ótica dos seus “produtores”, mas sim pela perspectiva dos seus “consumidores” dos serviços jurisdicionais, principalmente dos “necessitados”, que carecem da ordem constituída para alcançar um status digno de cidadania.¹⁴

¹³ Como refere Bobbio, o desafio do sistema jurídico já não era o de prever ou fundamentar direitos, mas sim o de “impedir que, apesar de solenes declarações, eles sejam continuamente violados” BOBBIO, Norberto, *A Era do Direito*, Campos, Rio de Janeiro, 1992, pp. 24-25.

¹⁴ No que concerne à dificuldade dos “necessitados” acessarem a jurisdição, Boaventura dos Santos Souza refere que as populações de baixa renda hesitam mais que as classes economicamente abastadas em recorrer aos tribunais. As razões apontadas pelo sociólogo português são a desconfiança em relação aos serviços advocatícios que eram prestados por profissionais com pouca experiência e mal remunerados (fator superado com o recente processo de estruturação das Defensorias Públicas no Brasil), uma situação generalizada de dependência e insegurança que produz o temor de represálias ao ato de recorrer-se aos tribunais (algo muito comum no Brasil no que concerne à Justiça Trabalhista, onde os empregados possuem o temor de não mais conseguirem emprego após processarem seus antigos empregadores) e o fato de que o

Toda pessoa, independentemente do tipo de vulnerabilidade (econômica, psicológica, geracional etc.), incapacidade ou deficiência que apresente, possui a possibilidade inata de se desenvolver enquanto tal, na sua própria singularidade. Essa capacidade, declarada direito em textos constitucionais e internacionais, deve ser instrumentalizada através do oferecimento de mecanismos que possibilitem exercê-la de forma plena. O acesso à justiça, em todos os seus níveis e para todos, é sem dúvida um desses mecanismos, cabendo ao Estado implementá-la. Como defendeu Albert Einstein em seus escritos de *Como Vejo o Mundo*, “nada é mais prejudicial, para o prestígio da lei e do Estado, do que promulgar leis sem ter os meios para fazê-la respeitar”.¹⁵

Uma atuação voltada a concretizar o acesso à justiça e proteger os interesses individuais e coletivos tem pautado a atuação da Defensoria Pública em todo o Brasil, que trata desta temática como sendo de fundamental importância. A Instituição Defensoria Pública, seus agentes e servidores encontram-se em um *locus* privilegiado devido à proximidade com a sociedade e com os conflitos sociais, razão pela qual dentre as Instituições que compõem o sistema de justiça é a que está mais bem preparada para entender os anseios dos necessitados e da sociedade. Nessa perspectiva, a garantia fundamental do acesso à justiça ganha contornos mais abrangentes.

III. DESAFIOS DO ACESSO À JUSTIÇA PARA CONSUMIDORES NO BRASIL

Um dos grandes entraves ao direito de acesso à justiça em suas múltiplas dimensões reside na *cultura da litigância*, que atinge não apenas o cidadão, que com espantosa naturalidade abdica da tarefa

reconhecimento do problema como jurídico e o desejo de recorrer aos tribunais para resolvê-lo não seria suficiente para que a iniciativa de fato seja tomada. SANTOS, Boaventura dos Souza, *Pela Mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*, Afrontamento, Porto, 1994.

¹⁵ EINSTEIN, Albert, *Como Vejo o Mundo*, Trad. H. P. de Almeida. [ed. especial], Nova Fronteira, Rio de Janeiro, 2015, p. 41.

de resolver seus próprios conflitos e transfere o poder decisório sobre sua vida a terceiros (v.g. Juiz), mas principalmente os operadores jurídicos, treinados desde os bancos acadêmicos para litigarem e derrotarem (processual ou dialeticamente) a parte adversa, esta comumente reconhecida como sendo “o adversário”, em nítida visão de um paradigma centrado na consequência ganha-perde.

Atualmente o processo judicial não facilita a comunicação entre as partes que ocupam os polos opostos na demanda e, invariavelmente, obtém sua solução por meio das assertivas do ganhar-perder ou perder-perder. As características comuns que precisam ser combatidas são: (i) distinção entre eles e nós, o que afasta autor e réu; (ii) esforços envidados contra a outra parte numa atmosfera de vitória plena ou de derrota total; (iii) parcialidade sobre visão do problema, não se vislumbrando soluções que atendam às necessidades de todas as partes envolvidas no conflito; (iv) conflitos personalizados, o que acirra a disputa interna por meio de subjetivações; (v) partes orientadas e armadas para o conflito.¹⁶

O movimento da judicialização dos conflitos é um fenômeno multifatorial, dentro do qual, sem qualquer pretensão exaustiva, se destacam os seguintes aspectos: (i) ambiência cultural focada na procura do Poder Judiciário para resolução das lides; (ii) facilitação estrutural da judicialização; (iii) sobrecarga de trabalho dos profissionais do direito (v.g. Defensores Públicos e Juízes), impeditiva da destinação de tempo para atividades de mediação e conciliação; (iv) falta de estruturação dos órgãos para os processos de solução negociada, em termos de condições materiais e de pessoal (número e capacitação de agentes); (v) incentivo para a litigância pelos grandes demandados (v.g. Estado e grandes

¹⁶ LERER, Silvio. *Vamos a Mediar: guia prático de procedimentos, técnicas, herramientas y habilidades para el manejo de conflictos*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2011. p. 23. *Apud*: KIRCHNER, Felipe; ROSENBLATT, Ana; BARBOSA, Rafael Vinheiro Monteiro; CAVALCANTI, Ricardo Russel Brandão; OLIVEIRA, Igor Lima Goettenauer de (Org.), *Manual de Mediação para a Defensoria Pública*, Fundação Universidade de Brasília, Brasília, 2014.

fornecedores), tendo em vista a demora do processo e o baixo valor das condenações;¹⁷ (vi) viés estatal interventivo que mitiga a autodeterminação e a autonomia do cidadão, não o reconhecendo como protagonista na condução de sua vida e de suas relações e como sujeito capaz pela tomada de decisões e de ser responsável por estas e por suas consequências; (vii) ausência histórica de políticas públicas voltadas à resolução consensual dos conflitos, sendo predominante o mecanismo da solução adjudicada por meio da sentença judicial; (viii) interesses corporativos que se centram na figura monopolística dos operadores jurídicos, relegando o cidadão envolvido no conflito (seus interesses e perspectivas) a figuração secundária no ato de aplicação do Direito; (ix) dificuldade do Direito – enquanto ciência ainda não liberta dos matizes positivistas que

¹⁷ Veja-se que o CDC, em 1990, previa a multa civil ou indenização punitiva para os fornecedores e fora vetada, e sequer em seus projetos de atualização ela está presente. Na ocasião, a sanção veio prevista em três dispositivos, os quais foram vetados com a seguinte Razão de Veto: “O art. 12 e outras normas já dispõem de modo cabal sobre a (sic) reparação do dano sofrido pelo consumidor. Os dispositivos ora vetados criam a figura da “multa civil”, sempre de valor expressivo, sem que sejam definidas a sua destinação e finalidade”. Na Mensagem de veto 664, de 11 de setembro de 1990, tem-se o texto dos Arts. 16, 45 e § 3º do art. 52: “Art. 16 - Se comprovada a alta periculosidade do produto ou do serviço que provocou o dano, ou grave imprudência, negligência ou imperícia do fornecedor, será devida multa civil de até um milhão de vezes o Bônus do Tesouro Nacional - BTN, ou Índice equivalente que venha substituí-lo, na ação proposta por qualquer dos legitimados à defesa do consumidor em juízo [encontramos esses legitimados no art. 82 do CDC], a critério do juiz, de acordo com a gravidade e proporção do dano, bem como a situação econômica do responsável”. “Art. 45 - As infrações ao disposto neste Capítulo, além de perdas e danos, indenização por danos morais, perda dos juros e outras sanções cabíveis, ficam sujeitas à multa de natureza civil, proporcional à gravidade da infração e à condição econômica do infrator, cominada pelo juiz na ação proposta por qualquer dos legitimados à defesa do consumidor em juízo”. Art. 52 – “§ 3º - O fornecedor ficará sujeito a multa civil e perda dos juros, além de outras sanções cabíveis, se descumprir o disposto neste artigo”. Disponível em: <https://tinyurl.com/ukcdm425>. Acesso em 01 maio, 2025.

secularmente conformaram seu viés contemporâneo – e de seus operadores em privilegiar as circunstancialidades e a concreção dos conflitos sociais, o que relega as ações, emoções e percepções que conformam o conflito social a pressupostos secundários da narrativa que forma o Nomos jurídico e as decisões judicializadas.¹⁸

¹⁸ Pretendendo regular os existenciais da vida humana (v.g.: nascimento, morte, relações afetivas, etc.), o Direito se apropria da riqueza dos fatos sociais (por serem constituídos e moldados pelos sonhos, esperanças, dramas, tragédias, culpas e esforços feitos e desfeitos na experiência sociocultural dos seres humanos), procurando (re)construir a realidade por intermédio de uma linguagem (discurso jurídico) pobre por ser meramente normativa e dedutivista, limitando as possibilidades da condição social conforme certos padrões (descompasso entre o campo jurídico e o social), o que alija da atividade hermenêutica determinadas circunstâncias fáticas que são imprescindíveis à correta análise da questão. Nesse sentido a lição de Ben-Hur Rava: “Na verdade os conflitos que se produzem estão na cena social, portanto fora do espectro linguístico, mas que são trazidos para o interior da ciência e da dogmática jurídica, como forma de relativizar este mesmo conflito, dissimulando a tensão e amalgamando os comportamentos através de um ‘discurso jurídico oficial’, que ‘aparentemente’ não apresenta contradições e, muito menos, fissuras. (...) A linguagem e, mais especificamente, a linguagem jurídica está a serviço do status quo do Estado e do poder, que usam o direito como uma espécie de adaptador social da realidade às suas finalidades ideologizadas que se apresentam escondidas ou reprimidas”. RAVA, Ben-Hur, “A Crise do Direito e do Estado como Crise Hermenêutica”, *Revista da Associação dos Juizes do Estado do Rio Grande do Sul (AJURIS)*, n. 101, mar. 2006, pp. 31-32. Refere Boaventura de Sousa Santos que a mediação é capaz de subverter a separação entre o conflito processado e o conflito real, a qual domina a estrutura processual do direito estatal, sendo a principal responsável pela superficialização da conflituosidade social na sua expressão jurídica. SANTOS, Boaventura de Souza, *O Discurso e o Poder*, Fabris, Porto Alegre, 1988, p. 23. No mesmo sentido, Elidio Resta refere que a mediação e a conciliação tem o poder de “desmanchar a lide”. RESTA, Eligio, *O Direito Fraterno*, EDUNISC, Santa Cruz do Sul, 2004, p. 119.

Outro desafio reside na *comunicação de informações jurídicas* aos consumidores acerca de quais direitos (e deveres) possui e como e onde exercê-los. Como direito fundamental presente no ordenamento jurídico brasileiro, possui caráter tanto individual como coletivo, abrigando interesses particulares e sociais. De outra parte, constitui direito subjetivo, tanto público como privado – uma vez que oponível tanto em face do Estado como frente a particulares – e qualificado como essencial à pessoa humana, cuja proteção configura um dos pilares do Estado Democrático de Direito.

A verificação de que o direito à mais ampla informação não está contido apenas em legislações infraconstitucionais, mas também nas Constituições democráticas mais recentes, como direito fundamental, também denota que seus efeitos não se restringem à ordem privada dos sujeitos. José Geraldo Brito Filomeno,¹⁹ ao tratar do consumidor cidadão (enfoque político), define: “A ‘cidadania’ não significa apenas, consoante sua raiz latina, a qualidade daquele que detém ‘direitos políticos’, mas de quem participa das decisões procurando transformar uma realidade”. Sustenta, com base nessa afirmação, o despropósito do veto presidencial ao inc. IX do art. 6º do CDC, o qual propugnava ser direito básico dos consumidores “a participação e consulta na formulação das políticas que os afetam diretamente, e a representação de seus interesses por intermédio das entidades públicas ou privadas de defesa do consumidor”. O veto assim se justificava:

o dispositivo contraria o princípio da democracia representativa ao assegurar, de forma ampla, o direito de participação na formulação das políticas que afetam diretamente o consumidor. O exercício do poder pelo voto faz-se por intermédio de representantes legitimamente eleitos,

¹⁹ FILOMENO, Geraldo Brito, “Consumidor e Cidadania: agente político e econômico”, *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v.10, n. 40, pp. 261-265, out./dez. 2001, pp. 263.

excetuadas as situações previstas expressamente na Constituição (CF, art. 61, par. 2).²⁰

Soma-se a isso *questões estruturais* que por vezes dificultam para o consumidor chegar a um órgão do sistema que possa lhe auxiliar em sua demanda, seja por razões de mobilidade urbana (ou por ausência de recursos para seu próprio deslocamento via transporte público), seja por ausência de conexão com a Internet que lhe permita acessar uma plataforma que forneça o mesmo serviço (ou educação digital para alcançar os resultados que ela proporciona). Do século XVIII para cá, o culto ao livre mercado vem ofuscando o inafastável papel do Estado de promotor de infraestrutura mínima de desenvolvimento de atividades e de vida aos seus cidadãos, além de garantidor contra fraudes, violências e toda forma de abuso do poder econômico. Ainda que se possa argumentar contra o protagonismo estatal a partir da menção aos altos índices de corrupção presentes em alguns países, a administração da Justiça e a garantia de seu acesso (inclusive no que toca a questões elementares como aspectos físicos de geografia), a todas as pessoas é uma das condições mais essenciais das democracias e da própria ideia de justiça moderna.

Como direitos fundamentais que são, o direito do consumidor e o direito de acesso à justiça necessitam de instrumentos que os fortaleçam e garantam. O investimento estatal na afirmação e na garantia de direitos é condição indispensável para a sua efetivação, a exemplo do que se verifica com os chamados direitos de primeira geração (ou dimensão). Tanto liberdade quanto igualdade são direitos que possuem um custo (social e orçamentário), que deve ser suportado pelo Estado (ou seja, por toda a sociedade). De fato, “na medida em que a garantia dos direitos depende da vigilância judicial, os direitos custam no mínimo o montante necessário para

²⁰ FILOMENO, Geraldo Brito. “Consumidor e Cidadania: agente político e econômico”, *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 10, n. 40, pp. 261-265, out./dez. 2001, p. 263.

recrutar, treinar, fornecer, pagar e (como não?) monitorar os órgãos judiciais que guardam nossos direitos básicos”.²¹

O procedimento, nesse contexto, deve passar a ter uma relevância indiscutível como espaço de construção da decisão, destacando-se seu aspecto instrumental e de busca pela maior proximidade com o direito material que se pretende realizar. No que respeita às partes que compõem o processo, a norma deve abandonar qualquer olhar que os enxergue pelo viés abstrato, impondo uma visão concreta dos sujeitos no alcance das pretensões de paridade de tratamento e de efetividade do contraditório, o que depende da compensação das desigualdades fáticas. Ademais, como já salientado, a codificação processual hoje enxerga autor e réu como parceiros que buscam uma decisão judicial eficiente e justa, abandonando o viés adversativo, individualista e não cooperativo que permeava o CPC/73, impondo deveres de cooperação, lealdade e probidade.

Para consumidores vulneráveis, hipossuficientes e hipervulneráveis, a Defensoria Pública aparece como a Instituição de Estado prioritária para enfrentar esses desafios e onde os modelos não adversariais podem alcançar seu real potencial. Sendo a grande porta de entrada da população ao sistema de justiça, compete a esta instituição o primeiro e adequado encaminhamento do conflito para um método não adversativo, buscando mitigar o conflito, diminuir seus custos para a parte hipossuficiente e promover cidadania por meio da amplificação do protagonismo dos sujeitos envolvidos.

A vinculação entre a Defensoria Pública e os meios de resolução consensual de conflitos é ontológica e umbilical. Analisar tais técnicas implica em falar, necessariamente, da garantia fundamental do acesso à justiça, prevista no artigo 5º, inciso LXXIV, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88),²² o que torna necessária a contextualização do papel da Defensoria Pública

²¹ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R., *O custo dos direitos: por que a liberdade depende dos impostos?*, Martins Fontes, São Paulo, 2019, p. 32.

²² “Art. 5º - LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

no processo de estabelecimento dos meios alternativos à solução judicial dos conflitos sociais. Esta vinculação temática decorre não apenas do fato de que a Instituição foi criada constitucionalmente para a concretização da garantia do acesso à justiça, mas também porque nasceu vocacionada para este mister, como demonstra o imperativo legal de suas atribuições, previstas no artigo 4º, inciso II, da Lei Complementar 80/94 (com a redação dada pela LC 132/09). Esta norma é uma decorrência lógica do sistema da assistência integral previsto constitucionalmente (artigos 5º, LXXIV e 134, da CRFB/88), sendo natural a atuação do Defensor Público na condição de mediador e de conciliador.

Por fim, cabe destacar a importância de reduzir-se o excesso de judicialização e de fomentar uma cultura em torno da resolução dos conflitos pelo diálogo e pelo consenso. A visão de futuro que se deve ter para a crise do sistema de justiça é a de que a justiça está para além do processo, e que poder acessá-la de forma integral é também pensar em formas alternativas ao processo tradicional sem, todavia, excluí-lo. A partir de uma perspectiva sociológica, Eligio Resta aponta para a ideia de um *direito fraterno*, que é “um direito *jurado em conjunto* por irmãos, homens e mulheres, através de um pacto, no qual se ‘decide compartilhar’ regras mínimas de convivência”. Nesse sentido, indica a sua *convencionalidade* e o seu *olhar direcionado ao futuro*. “O seu oposto é o ‘direito paterno’, que é o direito imposto pelo ‘pai senhor da guerra’, pelo qual se ‘deve’, unicamente, jurar (*ius iurandum*).” E segue: “A *coniuratio* dos irmãos não é *contra* o pai ou um soberano, um tirano, um inimigo, mas é *para* uma convivência compartilhada, livre da soberania e da inimizade. Isto é jurado junto, mas não é produto de uma *congiora*”.²³

²³ Conforme ensina Eligio Resta, “retornamos àquele binômio constituído de direito e fraternidade que, prima pobre da modernidade, recoloca em jogo um modelo de regra da comunidade política; modelo não vencedor, mas possível. É uma parte do *direito vivente* o qual, não necessariamente, deva sempre se exaurir no *direito vencedor*.” RESTA, Eligio. O direito fraterno [recurso eletrônico]. 2ª Edição. Tradução de: Bernardo Baccon Gehlen, Fabiana Marion Spengler e Sandra Regina Martini. Essere nel Mondo, Santa Cruz do Sul, 2020.

IV. ALGUMAS SOLUÇÕES ESTATAIS E NÃO ESTATAIS POSSÍVEIS

Com o objetivo de construir cidadania, evitar a judicialização dos conflitos e a sobrecarga do sistema de proteção ao consumidor²⁴ e instaurar a responsabilidade da própria pessoa na resolução de suas demandas, projetos como o “Balcão do Consumidor” têm

²⁴ BRASIL. CDC (Lei nº 8.078/1990). Do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (arts. 105 e 106). “Art. 105. Integram o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC), os órgãos federais, estaduais, do Distrito Federal e municipais e as entidades privadas de defesa do consumidor.” E: “Art. 106. O Departamento Nacional de Defesa do Consumidor, da Secretaria Nacional de Direito Econômico (MJ), ou órgão federal que venha substituí-lo, é organismo de coordenação da política do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, cabendo-lhe: I - planejar, elaborar, propor, coordenar e executar a política nacional de proteção ao consumidor; II - receber, analisar, avaliar e encaminhar consultas, denúncias ou sugestões apresentadas por entidades representativas ou pessoas jurídicas de direito público ou privado; III - prestar aos consumidores orientação permanente sobre seus direitos e garantias; IV - informar, conscientizar e motivar o consumidor através dos diferentes meios de comunicação; V - solicitar à polícia judiciária a instauração de inquérito policial para a apreciação de delito contra os consumidores, nos termos da legislação vigente; VI - representar ao Ministério Público competente para fins de adoção de medidas processuais no âmbito de suas atribuições; VII - levar ao conhecimento dos órgãos competentes as infrações de ordem administrativa que violarem os interesses difusos, coletivos, ou individuais dos consumidores; VIII - solicitar o concurso de órgãos e entidades da União, Estados, do Distrito Federal e Municípios, bem como auxiliar a fiscalização de preços, abastecimento, quantidade e segurança de bens e serviços; IX - incentivar, inclusive com recursos financeiros e outros programas especiais, a formação de entidades de defesa do consumidor pela população e pelos órgãos públicos estaduais e municipais; X - (Vetado). XI - (Vetado). XII - (Vetado) XIII - desenvolver outras atividades compatíveis com suas finalidades. Parágrafo único. Para a consecução de seus objetivos, o Departamento Nacional de Defesa do Consumidor poderá solicitar o concurso de órgãos e entidades de notória especialização técnico-científica.”

aproximado a academia de órgãos do sistema de proteção do consumidor, como os PROCONs (Programa de Proteção e Defesa do Consumidor), com objetivos tanto de desconstruir a cultura do litígio entre os estudantes de Direito e apresentá-los a soluções alternativas para a solução de conflitos, quanto também entre a própria população atendida.²⁵ Além disso, o tratamento em perspectiva coletiva das demandas é uma questão de vital importância para a resolução dos conflitos de consumo, com ganhos em termos de racionalidade de tempo, de pessoal e de economia e possibilidade de maior isonomia nas decisões se comparado ao tratamento individual de demandas.

Nesse cenário, desenvolve-se com os alunos que estão em seu processo de formação ações permanentes que envolvem: (i) identificação de demandas coletivas; (ii) utilização de ferramentas de solução coletiva (ex.: mutirões, recomendações e ações transindividuais); (iii) encaminhamento de casos para legitimados coletivos (v.g., utilização da parceria institucional com a Defensoria Pública do RS). Nesse sentido, a ampliação das parcerias institucionais é um compromisso que deve ser assumido por todos (academia, poder público e sociedade civil).

O Brasil tem apostado nos últimos anos em soluções consensuais para a composição de conflitos, com destaque para a Lei nº 13.105/2015 (Código de Processo Civil) e a Lei nº 13.140/2015, que dispôs sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.²⁶ Os tribunais vêm criando, a partir de então,

²⁵ O projeto e seus reflexos positivos tanto para acadêmicos do curso de Direito como para a população atingida e para o sistema de proteção e defesa do consumidor podem ser observados em: BARBOSA, Fernanda Nunes; KIRCHNER, Felipe, “Balcão do consumidor da Escola de Direito da PUC/RS: construindo pontes com a comunidade”, *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 155, ano 33. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2024.

²⁶ Contudo, a utilização destas novas metodologias também carece de democratização. Atualmente se verifica um claro movimento de fuga do processo, conduzida principalmente pelos grandes fornecedores e pela população mais abastada, setores que se

centros judiciais de solução consensual de conflitos, os chamados CEJUSCs, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação, pré-processuais e processuais, e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição (art. 24, *caput*, da Lei nº 13.140/2015).

Em 2025, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) brasileiro inaugurou seu centro para promoção de acordo e conciliação em processos no referido Tribunal. Nele podem ser recebidos pedidos diretamente formulados por meio de representantes das partes ou de ministros da Corte que identifiquem processos que possam ser objeto de solução consensual e sugerir ao relator o envio ao Centro, havendo a concordância das partes. Na sequência, fixa-se dia e hora para o comparecimento ao Cejusc para a primeira sessão de mediação que, resultando em acordo, é encaminhado ao relator para homologação. Caso contrário, o processo continua até decisão final.

Cabe lembrar aqui que buscar o sistema de justiça não é uma escolha para os milhares de consumidores que chegam ao Poder Judiciário anualmente pelas diferentes vias. É uma necessidade diante de uma história de violação, de abuso, de negativa de direito. É preciso desmistificar a narrativa não raras vezes presente no debate público acerca das chamadas “ações em massa” ou do suposto “excesso de judicialização”, como também já houve em tempos passados com a então chamada “indústria do dano moral” no Brasil. Trata-se, pois, de narrativa que serve aos grandes litigantes para acusar consumidores de sobrecarga do sistema e mesmo de seu uso abusivo e que tem encontrado alguma ressonância em certos setores da sociedade.

Alternativas não estatais que têm se mostrado de grande valia para o consumidor na solução de suas demandas individuais são

utilizam de arbitragem, conciliação, mediação e técnicas de negociação com mais facilidade devido a condição econômica, estrutura e informação.

plataformas como o “Reclame Aqui”,²⁷ o “Resolve Juizado”²⁸ e o “Consumidor.gov”.²⁹ Enquanto as duas primeiras são plataformas

²⁷ Veja-se em: <https://tinyurl.com/2f9jc5n5>. “O Reclame AQUI é um canal muito importante para que o consumidor consiga resolver os seus problemas com as empresas, mas muito mais do que isso, o Reclame AQUI é um site de pesquisa usado por milhões de consumidores antes de fazerem uma compra ou fecharem um negócio, por isso é muito importante que algumas orientações básicas sejam seguidas, para que o processo de reclamação seja justo e honesto! A reputação das empresas é calculada de forma automatizada pelo Reclame AQUI, não havendo interferência manual na apuração dos dados ou atualização dos índices. Saiba mais como calcular a sua reputação clicando AQUI. O Banco de dados do Reclame AQUI é totalmente sigiloso e não comercializável e os dados das empresas e dos consumidores que estão cadastrados no site servem apenas para possibilitar o acesso e atendimento entre as duas partes. O Reclame AQUI fará a seu critério a divulgação na mídia e encaminhamento das reclamações aos órgãos e autoridades que possam colaborar na defesa dos interesses coletivos. Todas as informações de origem das mensagens dos consumidores ficam armazenadas no nosso banco de dados e todo o conteúdo público do site é indexado automaticamente pelo Google e outros buscadores. Sempre lembrando que os seus dados pessoais não são expostos publicamente, desde que não sejam inseridos por consumidor ou empresa no corpo do texto público. Se seus dados estão expostos clique AQUI. O Reclame AQUI não aceita participações anônimas ou registradas como apelidos, pois todas as reclamações são assinadas e de responsabilidade dos interessados. Você também não deve postar reclamações contra pessoas físicas ou de caráter político. É importante saber que temos um Termo de Uso e que todo usuário deve conhecê-lo”.

²⁸ Veja-se em: <https://tinyurl.com/3zd7r28r>. “O Resolve Juizado funciona de maneira simples e prática. Você faz a sua reclamação diretamente na nossa plataforma, explicando o problema de forma clara. Com base nas informações fornecidas, nossa inteligência artificial gera automaticamente uma petição inicial completa, incluindo as disposições legais e jurisprudências mais favoráveis ao seu caso. Além disso, a plataforma orienta sobre: Onde protocolar a petição no Juizado Especial mais próximo. Quais documentos anexar para que o processo seja aceito sem complicações. Em poucos passos, você tem em mãos um documento pronto para ser

privadas, a última é uma plataforma pública, de responsabilidade da Secretaria Nacional do Consumidor (SENACON) do Ministério da Justiça, que é a responsável pela sua gestão e disponibilização, bem como pela articulação com demais órgãos e entidades do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor.

Todas as três plataformas acima buscam promover a interlocução entre consumidores e fornecedores de maneira rápida, desburocratizada e fácil. Para se ter uma ideia, só a plataforma Consumidor.gov tem, atualmente, cerca de 80% das reclamações registradas solucionadas pelas empresas, que respondem as demandas dos consumidores em um prazo médio de 7 dias. A criação desta plataforma, conforme consta em seu sítio eletrônico, guarda relação com o disposto no artigo 4º, inc. V, da Lei 8.078/1990, que afirma o princípio da “educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo”; e no artigo 7º, incisos I, II e III do Decreto 7.963/2013, que, por sua vez, dispõe:

Art. 7º O eixo de fortalecimento do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor será composto, dentre outras, pelas seguintes políticas e ações: I - estímulo à interiorização e ampliação do atendimento ao consumidor, por meio de parcerias com Estados e Municípios; II - promoção da participação social junto ao

protocolado, sem precisar de um advogado. Tudo de forma rápida, acessível e segura, facilitando o acesso à Justiça para qualquer cidadão.”

- ²⁹ Veja-se em: <https://tinyurl.com/jhznecz>. “Por se tratar de um serviço provido e mantido pelo Estado, com ênfase na interatividade entre consumidores e fornecedores para redução de conflitos de consumo, a participação de empresas no Consumidor.gov.br, só é permitida àqueles que aderem formalmente ao serviço, mediante assinatura de termo no qual se comprometem em conhecer, analisar e investir todos os esforços disponíveis para a solução dos problemas apresentados. O consumidor, por sua vez, deve se identificar adequadamente e comprometer-se a apresentar todos os dados e informações relativas à reclamação relatada”.

*Sistema Nacional de Defesa do Consumidor; e
III - fortalecimento da atuação dos Procons na
proteção dos direitos dos consumidores.*

Em outros termos, cabe registrar que o Brasil integra a Organização Internacional de Associações de Consumidores de Países, Territórios e Regiões Administrativas de Língua Oficial Portuguesa, composta por nove integrantes, a saber: Brasil, Portugal, Angola, Moçambique, Cabo Verde, Guiné-Bissau, São Tomé e Príncipe, Macau e Timor Leste. Conforme o art. 1º do estatuto da Organização, ela é constituída como uma associação de direito privado de âmbito internacional, sem fins lucrativos, que adota a denominação de *Consumare*,³⁰ e tem como propósito a troca de experiências, a valorização da defesa do consumidor, a afirmação da sociedade civil, a valorização da cidadania, o aumento e a melhoria da informação a todos os cidadãos, a melhoria do funcionamento dos mercados, bem como o incentivo e a fiscalização para que as empresas sejam mais cumpridoras da Lei e com maior qualidade no seu desempenho.³¹

³⁰ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DE ASSOCIAÇÕES DE CONSUMIDORES DE LÍNGUA PORTUGUESA, *Estatuto*, Portugal, 2014. Disponível em: <https://abre.ai/k7Fc>. Acesso em: 23 set. 2024.

³¹ Como “Considerandos” da Associação, têm-se: “a) A dimensão global, social, cultural, política, ambiental e económica do consumo; b) O forte contributo que a defesa dos direitos dos consumidores pode dar à democracia, pelo reforço da cidadania obtido através da participação dos cidadãos nas decisões políticas e económicas; c) Que as economias de mercado exigem que os cidadãos se tornem parte activa, mais esclarecidos e mais conscientes do exercício dos seus direitos; d) Que a defesa dos direitos e interesses dos consumidores contribui para um maior equilíbrio na distribuição dos benefícios do mercado; e) A urgência, económica e social, de conferir maior visibilidade e solução aos problemas dos consumidores; f) Que é do interesse comum reforçar a cooperação e os laços de colaboração entre associações de consumidores dos países, territórios e regiões administrativas de língua oficial portuguesa, criando os mecanismos e os modelos que melhor sirvam a troca de experiências e conhecimentos; g) Que as associações de consumidores de língua portuguesa enfrentam nas

A participação do Brasil em associações internacionais, seu protagonismo científico e a solidez de sua legislação protetiva no que tange ao direito do consumidor e seu aceso à justiça constituem razão de otimismo para os desafios que o futuro apresenta.

V. CONCLUSÃO

O acesso à justiça, compreendido como direito humano, direito fundamental e direito da personalidade, é pressuposto do exercício pleno da cidadania e assume especial relevância quando examinado sob a ótica da proteção do consumidor em sociedades marcadas por profundas desigualdades sociais, econômicas e informacionais. A vulnerabilidade, a hipossuficiência e a hipervulnerabilidade, embora sejam conceitos juridicamente distintos, se encontram entrelaçadas no cotidiano dos consumidores brasileiros, os quais, diante da ascendente complexidade das relações de consumo contemporâneas, que importam na transferência de novos e excessivos riscos aos consumidores, frequentemente se deparam com barreiras estruturais, culturais e institucionais que obstaculizam o exercício pleno e efetivo de seus direitos.

Ao longo deste artigo, buscou-se demonstrar que os desafios enfrentados por consumidores no Brasil não decorrem apenas da insuficiência de recursos econômicos, mas também da persistência de um modelo de justiça adversarial e da incipiente difusão de mecanismos autocompositivos e coletivos de solução de conflitos. A cultura da litigiosidade, somada à assimetria entre fornecedores e consumidores e à ausência de políticas públicas eficazes de educação para o consumo e para os direitos, contribui para a perpetuação de um cenário de exclusão e silenciamento de parcelas significativas da população.

suas diferentes geografias desafios de crescimento e de afirmação do movimento de defesa dos consumidores cujo debate pode contribuir para a melhoria de soluções e concertação de posições comuns; h) A posição privilegiada da língua portuguesa enquanto um dos idiomas mais falados no mundo, como instrumento de cooperação e desenvolvimento e de afirmação do movimento internacional de defesa dos consumidores”.

Nesse contexto, destacam-se como caminhos promissores as iniciativas de educação jurídica comunitária, o fortalecimento da Defensoria Pública enquanto vetor de acesso democrático à ordem jurídica justa, a valorização dos meios consensuais de resolução de conflitos e o tratamento coletivo das demandas repetitivas, além da construção de redes colaborativas entre academia, Estado e sociedade civil. Tais estratégias não apenas desafogam o sistema judicial, mas promovem o protagonismo dos consumidores na defesa de seus interesses.

Por fim, impõe-se reconhecer que o direito do consumidor não se esgota na positivação normativa de garantias, sendo necessário um esforço contínuo de transformação das estruturas de poder, das práticas institucionais e da cultura jurídica dominante. A consolidação de uma justiça verdadeiramente acessível e sensível às vulnerabilidades requer não apenas a ampliação de instrumentos normativos e procedimentais, mas, sobretudo, o compromisso ético e político com a promoção da dignidade da pessoa humana nas relações de consumo.

VI. REFERÊNCIAS

Doutrina

- BOBBIO, Norberto, *A era do direito*, Campos, Rio de Janeiro, 1992.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant, *Acceso a la justicia*, Sergio Antonio Fabris, Porto Alegre, 1988.
- DOWBOR, Ladislau, *Resgatar a Função Social da Economia: uma questão de dignidade humana*, Editora Elefante, São Paulo, 2022.
- EINSTEIN, Alberto, *Como Vejo o Mundo*. Tradicional. HP de Almeida, [ed. especial], Nova Fronteira, Rio de Janeiro, 2015.
- HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R., *O custo dos direitos: por que a liberdade depende dos impostos?*, Martins Fontes, São Paulo, 2019.
- KIRCHNER, Felipe; ROSENBLATT, Ana; BARBOSA, Rafael Vinheiro Monteiro; CAVALCANTI, Ricardo Russel

- Brandão; OLIVEIRA, Igor Lima Goettenauer de (Org.), *Manual de Mediação para a Defensoria Pública*, Fundação Universidade de Brasília, Brasília, 2014.
- MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa, *O Novo Direito Privado e a Proteção dos Vulneráveis*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2012.
- RESTA, Eligio, *O direito fraterno*, 2ª Edición, Traducción de: Bernardo Baccon Gehlen, Fabiana Marion Spengler y Sandra Regina Martini, Essere nel mondo, Santa Cruz do Sul, 2020.
- RESTA, Eligio, *O Direito Fraterno*, EDUNISC, Santa Cruz do Sul, 2004.
- SANTOS, Boaventura de Souza, *O Discurso e o Poder*, Fabris, Porto Alegre, 1988.
- SANTOS, Boaventura dos Souza, *Pela Mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*, Afrontamento, Oporto, 1994.

Hemerografia

- BARBOSA, Fernanda Nunes; KIRCHNER, Felipe, “Balcão do consumidor da Escola de Direito da PUC/RS: construindo pontes com a comunidade”, *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 155, ano 33, Ed. RT, set./out, São Paulo, 2024.
- PEARCE, Diana, “The Feminization of Poverty: Women, Work and Welfare”, *The Urban and Social Change Review (Special Issue on Women and Work)*, 1978, v. 11, pp. 28-36.
- RAVA, Ben-Hur, “A Crise do Direito e do Estado como Crise Hermenêutica”, *Revista da Associação dos Juizes do Estado do Rio Grande do Sul (AJURIS)*, 2006, n. 101.

Legislação

- CDC (Lei nº 8.078/1990). <https://tinyurl.com/48kr3pyw>.
- Código de processo civil e normas correlatas*, 7ª ed. Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, Brasília, 2015. 001041135.pdf
- Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. <https://tinyurl.com/5n7udxxm>

Acesso à justiça por consumidores hipossuficientes e hipervulneráveis...

Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994.
<https://tinyurl.com/bdpdpnx5>

Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. <https://tinyurl.com/5hfrkpzd>

Lei nº 14.181, de 1 de julho de 2021. <https://tinyurl.com/2jpmtdtaz>

Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.
<https://tinyurl.com/36b55sf6>

Mensagem nº 664, de 11 de setembro de 1990.
<https://tinyurl.com/ukcdm425>

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DE ASSOCIAÇÕES DE
CONSUMIDORES DE LÍNGUA PORTUGUESA,
Estatuto, Portugal, 2014. <https://abre.ai/k7Fc>

PL 281/2012, do Senado Federal. <https://tinyurl.com/57jxe5bj>

STJ. REsp 2092308/SP. Recurso Repetitivo. Tema Repetitivo 1.282.
Rel. Min. Nancy Andrighi. Corte Especial. J. 19/02/2025.
DJEN 25/02/2025.

CAPÍTULO IV

**INNOVACIONES JURÍDICAS, DESJUDICIALIZACIÓN Y
JUSTICIA DIGITAL**

LA PRUEBA ELECTRÓNICA EN MÉXICO

MARÍA MACARITA ELIZONDO GASPERÍN*

SUMARIO: I. *Nota Introductoria.* II. *Concepto y características.* III. *Clases de pruebas electrónicas.* IV. *Ofrecimiento y conservación.* V. *Desahogo y valoración de la prueba electrónica.* VI. *Derechos y obligaciones en la era digital.* VII. *Desafíos legales en el uso de la inteligencia artificial y la digitalización.* VIII. *Conclusiones.* IX. *Fuentes y Anexo.*

I. NOTA INTRODUCTORIA

Es muy grato participar en este II Congreso Internacional del Colegio de Doctores en Ciencias Jurídicas de Iberoamérica y más cuando se trata de un evento en Homenaje a un gran jurista y amigo de *larga data*, al Dr. Hugo Carlos Carrasco Soulé López. En esta

* Doctora en Derecho con mención honorífica y medalla al mérito universitario por la UNAM. Especialista en Justicia Constitucional, con más de 35 años de experiencia en el servicio público y la academia. Cuenta con la Medalla al Mérito Judicial Federal como Magistrada Federal (México) al que fue designada por la Cámara de Senadores. Su último cargo fue ser Consejera Electoral del Instituto Federal Electoral nombrada por la Cámara de Diputados. Actualmente es consultora internacional e investigadora y académica universitaria, autora de varios libros y numerosos artículos de investigación. Contacto: macaritae@gmail.com

ocasión la intención es dejar constancia del impacto que produce el avance tecnológico en el derecho procesal.

Con la denominada Inteligencia Artificial (IA), nos encontramos inmersos en la fuerza imparable de la Cuarta Revolución Industrial, la que ha gestado la modernización digital en la vida económica, social, y de todo tipo, que obviamente plantea desafíos y nuevos retos.

Impulsar el uso estratégico de la IA es una prioridad para todos los sectores de la sociedad, dado el avance de las tecnologías emergentes, a lo que no estamos ajenos los abogados.

Es necesario implementar las mejores prácticas en el uso ético y responsable de la inteligencia artificial, y su impacto en justicia, así como su articulación con los profesionales usuarios. Es innegable que en la actualidad las pretensiones de las partes expuestas en sus demandas o escritos iniciales busquen ser acreditadas con audios, correos electrónicos, archivos digitales o en la nube o con documentos firmados electrónicamente, y todo ello es un desafío para los procesalistas y para quienes imparten justicia. Estas líneas se centran en el aspecto regulatorio en México.

Se analizan algunos elementos que caracterizan la prueba electrónica, así como su ofrecimiento, desahogo y valoración con el objetivo inicial de servir de referente para docentes y colegas procesalistas iberoamericanos.

Al final, el lector podrá apreciar algunas reflexiones sobre el derecho de acceso a los entornos digitales, las últimas reformas constitucionales en materia de digitalización y las políticas públicas obligadas para el impulso en el uso de las tecnologías de la información y comunicación (Tic's) que garanticen, entre otros, el acceso seguro, neutral y sin discriminación de ningún tipo para disminuir y erradicar la brecha digital en razón de etnia, género y geolocalización, entre otras.

II. CONCEPTO Y CARACTERISTICAS

La prueba electrónica es aquella información contenida en un medio o dispositivo electrónico¹ que nos permite demostrar un hecho o circunstancia.

También es conocida bajo las denominaciones de prueba digital, prueba informática, prueba tecnológica, *tecno*-prueba o *e*-prueba. Referirse a ella es hacer alusión a las Tic's.

“...definimos a la prueba electrónica como aquella prueba cimentada en la información o datos, con valor probatorio, que se encuentran insertos dentro de un dispositivo electrónico, o que hubiera sido transmitida por un medio afín, a través de la cual se adquiere el conocimiento sobre la ocurrencia o no de hechos que las partes hayan afirmado como fundamento de sus derechos, o cuestionado, y que deban ser invocados dentro de un proceso judicial”.²

“...el documento digital es en si mismo, un modo de expresión de la voluntad donde quedará plasmado uno o más actos jurídicos, entendiéndose por tales los hechos humanos, voluntarios o conscientes y lícitos, que tienen por fin inmediato establecer entre las personas relaciones jurídicas, crear, modificar o entinguir derechos y obligaciones, con la

¹ Cfr. SANCHIS CRESPO, C., “La prueba en soporte electrónico”, citado por Pinto Fernando y Pujol Purificación, *La Prueba en la era digital*, Ed. Wolters Kluwer, Madrid, 2017, p. 26.

² Vid. BIELLI, Gastón Enrique y ORDOÑEZ, Carlos, *La Prueba Electrónica. Teoría y Práctica*, Ed. Thomson Reuters LA LEY. Argentina, 2019, p. 35.

*salvedad que su concepción en un formato informático-digital”.*³

A nuestro parecer la tecno-prueba está compuesta de tres elementos:

1. Un elemento tangible originario: compuesto por un *hardware* como podría ser la memoria RAM, el disco duro, una fuente de alimentación, un procesador o CPU, Unidad óptica, etc
2. Un elemento intangible creador: el software o metadatos, sistema operativo, programas, aplicaciones, Google drive y archivos electrónicos.
3. Un elemento reproductor, de almacenamiento o derivado: que puede ser tangible como la impresión en papel, la reproducción en USB, en CD u otros medios; o puede llegar a ser intangible como multimedia la Nube (*icloud*), *digital editions*, Google docs, Google play, etc.

La prueba electrónica, a diferencia de la prueba tradicionalmente conocida, tiene por lo general las siguientes características:⁴

- a) Intangible: la información se encuentra en formato electrónico que utiliza un código binario.
- b) Mutable: está sujeta a la posibilidad de ser modificada total o parcialmente en cualquier momento.
- c) Deleble: puede ser borrada o destruida tanto la evidencia electrónica intangible como los elementos tangibles de su reproducción.
- d) Dependiente: el código binario del formato electrónico que contiene la información requiere de su decodificación o transformación al lenguaje alfabético o alfanumérico a través de programas especiales de la época en que fue

³ *Ibidem*, p. 103.

⁴ La prueba electrónica además es parcial e intrusiva a dicho de Pinto Fernando y Pujol Purificación. *Cfr: La Prueba en la era digital*, op. cit., p. 27.

creado por lo que le impacta la vertiginosa obsolescencia tecnológica.

- e) Costosa: requiere de la infraestructura técnica y de expertos en sistemas para que pueda ser aportada al proceso y pueda demostrar la veracidad, integridad, autenticidad de su existencia o su modificación.

Los documentos digitales⁵ se caracterizan además porque pueden ser fácilmente:

- Modificables: alterados;
- Volátiles: pueden ser sustraídos o extraídos;
- Clonables: ser copiados de un soporte a otro;
- Identificables: con una secuencia algorítmica única que permite su individualización;
- Rastreables: dejan un rastro digital para ser descubierta y seguida;
- Durables: mucho mayor que el soporte de papel, aunque la obsolescencia tecnológica les impacta con gran velocidad.
- Recuperables: aunque dicho documento electrónico sea borrado o eliminado y no se vea, se encuentra dentro del sistema.
- Asegurables: pueden ser objeto de medidas de seguridad y certificación que resguarden su identidad, autoría e inalterabilidad.

III. CLASES DE PRUEBAS ELECTRÓNICAS

Con independencia del vertiginoso avance de la tecnología, a la fecha de elaboración de estas líneas, podemos referir que entre las pruebas electrónicas (que son mayormente identificadas por los

⁵ BIELLI, Gastón Enrique y ORDOÑEZ, Carlos, *op. cit.*, pp. 105-108.

usuarios, y que suelen ser ofrecidas y valoradas en juicio para dirimir una controversia), están:⁶

1. Documentos electrónicos: aquellos que han substituido al papel y se contienen y reproducen en medios electrónicos (ópticos o magnéticos), como por ejemplo las facturas electrónicas y los contratos con firma digital.
2. Correos electrónicos: aquellos que substituyeron a las cartas, telegramas, incluso el teléfono y constituyen la mensajería remota por internet sobre textos privados digitalizados. Los usuarios de los llamados *e-mail* cuentan con un buzón identificado y una dirección electrónica concreta que puede contar con acuse de recibo.
3. Redes sociales: constituidas por programas de comunicación instantánea, por ejemplo el WhatsApp, Skype, Facebook, Twitter, Messenger, Instagram, etc.
4. SMS (Short message Service): constituidas en sus orígenes por mensajes cortos de texto y a los que con el tiempo se han incorporado sonidos e imágenes y que son remitidos y alojados en un dispositivo de telefonía móvil.
5. Páginas WEB: documentos, imágenes y sonido gubernamentales (públicos) o empresariales y de terceros (privados) a los que se puede tener acceso por internet mediante la identificación de un enlace y con el necesario apoyo de un navegador como lo son: Internet explorer, netscape, Mozilla, Firefox, Google Chrome, Safari, etc.
6. Grabaciones de imágenes y sonido. Videos o audiograbaciones que reproducen conversaciones y/o imágenes entre dos o más personas con su código de verificación o certificación.

Cabe referir que la extensión que debe ocupar esta investigación nos limita a desarrollar con detalle la problemática que revisten cada una de dichas pruebas, sin embargo, dejaremos anotadas algunas reflexiones marginalmente de su regulación en México.

⁶ Cfr. Pinto Fernando y Pujol Purificación, *La Prueba en la era digital*. op. cit., pp. 38-73.

El Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares reconoce en su artículo 335 que existen además otros medios de prueba “...ejemplificativamente, videos, fotografías, cintas cinematográficas, disquetes o discos compactos, de sistemas computacionales, grabaciones de imágenes y sonidos, así como la información generada o comunicada que conste en medios electrónicos, magnéticos, ópticos, u otros medios de reproducción; o bien, copias digitales, impresiones de documentos electrónicos...”.⁷

Es importante distinguir entre los documentos digitalizados y los documentos electrónicos: 1. Los primeros son documentos originales que se convierten en un archivo electrónico a través de la reproducción gráfica (por escaneo o por fotografía) mediante la acción denominada *digitalización*, se trata pues de la acción de convertir un documento impreso en un documento electrónico; 2. Los segundos, esto es, los documentos electrónicos son aquellos que han sido generados, consultados, modificados o procesados por medios electrónicos en los que, a nivel federal, se utiliza la firma electrónica avanzada (FIREL) para realizar trámites o proporcionar servicios para la certificación de la identidad del solicitante, de ahí quienes sostengan que “...todos los documentos originales se pueden convertir en documentos digitales, pero no todos los documentos electrónicos pueden tener la calidad de documentos originales”.^{8,9} Cabe precisar que la FIREL, en un documento electrónico o en su caso en un mensaje de datos, satisface el

⁷ MASSÉ MORENO, Luis Raymundo (coord.), *Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares, Comentado y correlacionado*, Gallardo Ediciones, p. 115.

⁸ Vid. NIETO ROA, Dulce María, *Implicaciones Jurídicas de los documentos digitales*, Consejo de la Judicatura Federal, consultables en <https://tinyurl.com/4hf58au7>

⁹ Acuerdo General 12/2020 del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal que regula la integración y trámite del expediente electrónico y el uso de videoconferencias en todos los asuntos competencia de los órganos jurisdiccionales a cargo del propio Consejo, Última Reforma en el Diario Oficial de la Federación del 28 de octubre del 2022. <https://tinyurl.com/5x5k3yc3>

principio de la equivalencia funcional, del mismo modo que su firma es como si se tratara de la firma autógrafa plasmada en los documentos impresos.

Son sumamente descriptivos los considerandos del siguiente Acuerdo General del Consejo de la Judicatura Federal,¹⁰ a saber:

“DECIMO. El Pleno del Consejo de la Judicatura Federal estima que ha llegado el momento de asumir que la aplicación de la tecnología permite dar un paso sin precedentes en su compromiso con el uso responsable de las tecnologías y con la reducción del consumo de papel y demás insumos que vienen asociados a ello, razón por la cual se propone eliminar casi en su totalidad la generación de documentos físicos. Al respecto, se reconoce que subsisten disposiciones normativas como la establecida en el artículo 3o, párrafo sexto, de la Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que exigen la coincidencia entre los expedientes físicos y su digitalización, para su consulta por las partes en los juicios respectivos.

“Esta disposición normativa partió de un contexto en que un expediente físico se debía digitalizar para volverlo electrónico, por lo que,

¹⁰ Acuerdo General del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, que abroga los acuerdos de contingencia por COVID-19 y reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones relativas a la utilización de medios electrónicos y soluciones digitales como ejes rectores del nuevo esquema de trabajo en las áreas administrativas y órganos jurisdiccionales del propio Consejo, publicado en el Diario Oficial de la Federación del 28 de octubre del 2022. <https://tinyurl.com/2c64kb8k>

asumiendo la prevalencia de los documentos “en papel”, resultaba fundamental que se cotejaran ambos expedientes para garantizar que su consulta fuese integral en cualquier modalidad.

“En la actualidad, los medios electrónicos y soluciones digitales han permitido desarrollar procedimientos que, en su origen, son y se desarrollan de forma electrónica. Por ello, la integridad del expediente electrónico radica en que el contenido de las promociones, los acuerdos, resoluciones o sentencias y los correspondientes registros administrativos, se generen de manera electrónica, utilizando los medios y soluciones digitales que brinden certeza jurídica. Dado que el trámite electrónico, hoy en día, no es la digitalización del expediente físico, el procedimiento y la integración del expediente electrónico se cumplen a través del uso de los medios y soluciones digitales implementadas en el Poder Judicial de la Federación.

“Adicionalmente, la colocación de equipos de cómputo para uso de las personas justiciables en cada órgano jurisdiccional ha permitido que, sin excepciones, quienes acudan a consultar su expediente puedan hacerlo desde el Sistema Electrónico del Consejo, sin necesidad de contar con un expediente físico en sus manos.

“Al respecto, las políticas del Consejo de la Judicatura Federal garantizan tanto la integridad del expediente electrónico como el que todas las personas puedan tramitar sus asuntos y consultar su expediente electrónico, ya sea a través del Portal de Servicios en Línea o mediante el uso de los equipos dispuestos para tal efecto en cada órgano jurisdiccional. Consecuentemente, el presente Acuerdo

constituye el paso faltante para reducir al mínimo la generación de papel en la impartición de justicia a nivel federal, privilegiando el uso de tecnologías en el quehacer jurisdiccional, en el resguardo de la información y en los procesos de revisión estadística, visitas y, en general, cualesquiera otros que representen interacciones con las personas justiciables, otras autoridades o con el propio Consejo de la Judicatura Federal”.

“DÉCIMO PRIMERO. Dentro de las instituciones del Estado mexicano, se identifican esfuerzos significativos para hacer la gestión más eficiente a través de implementación de medios electrónicos y soluciones tecnológicas. Ejemplo de ello son: (i) el servicio "Soy México. Tu Acta de Nacimiento en Línea", del Gobierno Federal, que permite obtener el Acta de Nacimiento mediante cualquier dispositivo con internet, las 24 horas del día, los 365 días del año, dentro o fuera del país, facilitando la obtención del documento que garantiza la identidad de las personas mexicanas; (ii) la creación de un modelo unificado de atención ciudadana en el Gobierno de la Ciudad de México, mediante la simplificación de trámites por digitalización de la renovación de la tarjeta de circulación, licencia de conducir, ventanilla única de construcción, seguro de desempleo, todo lo cual se tradujo en una disminución del 40% en los trámites para la ciudadanía y un ahorro significativo de recursos públicos; y (iii) el Servicio de Administración Tributaria, que ha impulsado el uso de servicios electrónicos y herramientas digitales como el SAT ID, SAT Móvil, Oficina Virtual, Fila Virtual, Centro de Atención Remota para el Contribuyente, entre otros;

“DÉCIMO SEGUNDO. En consonancia con lo anterior, se considera que el marco legal establecido en la reforma a la Ley de Amparo de 2013, que prevé la elaboración de duplicados de los incidentes de suspensión en juicios de amparo indirecto debe interpretarse, de manera armonizada, con la existencia del expediente electrónico; en consecuencia, la formación de un duplicado de carácter físico, puede ser sustituido, en términos el artículo 128 en relación con el 3, ambos de la Ley de Amparo y lo dispuesto en los numerales que regulan el trámite de actuación de los recursos de queja y revisión, por una versión electrónica de dicho incidente.

Esto es así, ya que para el trámite del recurso de queja no es necesario la formación de duplicado; y tratándose de la réplica del cuaderno incidental con motivo de la presentación del recurso de revisión, que pudiera promoverse en contra de lo resuelto en la suspensión definitiva, éste puede ser sustituido por la versión digital del duplicado disponible en el juzgado”.

IV. OFRECIMIENTO Y CONSERVACIÓN

¿Estamos preparados para la nueva era de la justicia digital?
¿Sabemos cómo ofrecer las pruebas electrónicas para incorporarlas al proceso judicial o en su caso oponernos a ellas? En la academia ¿con seguridad podremos reconocer la existencia autónoma del Derecho Procesal Informático?.¹¹

¹¹ El Derecho Procesal Informático es “...aquella rama innovadora del derecho procesal que rige el conjunto de actos mediante los cuales se constituye, se determina un proceso judicial, pero con la particularidad que el mismo se encuentra íntegramente influenciado

Coincido en que la realidad supera al derecho positivo, nos encontramos ya reformulando el derecho procesal en todas sus ramas, pues como lo dijera Ángel Doblado Pérez, Juez Decano de Zaragoza:

*“Los viejos cimientos del derecho clásico se están moviendo. Y junto a ello, está la desconfianza ante el concepto de ciberseguridad, sobre si es un mito o una realidad. Parece ser que todo es manipulable, y nos preguntamos si tendremos medios de auxilio técnico suficientes para detectar lo que es dubitable e indubitable, lícito o contaminado”.*¹²

¿Sabemos entonces recoger y custodiar una prueba electrónica para garantizar no solo su autenticidad, validez y eficacia procesal, sino incluso su existencia frente a la velocidad del avance y obsolescencia tecnológica?

Este avance tecnológico nos impacta a todos, y nos obliga a implicarnos en la era de la justicia digital y la tramitación de estos medios electrónicos.

“Los extraordinarios avances producidos en los últimos años en las tecnologías de big data y en las disciplinas de aprendizaje automático (machine learning) y procesamiento del lenguaje natural han permitido el desarrollo de un amplio abanico de sistemas de “inteligencia artificial jurídica”, capaces de automatizar o semi-automatizar diversas tareas legales que

por la aplicación de los avances y herramientas tecnológicas disponibles”. Vid. BIELLI, Gastón Enrique y ORDOÑEZ, Carlos (coords.), *La Prueba Electrónica. Teoría y Práctica*, Thomson Reuters LA LEY, Argentina, 2019, p. 31.

¹² Prólogo a la obra *La prueba electrónica Validez y Eficacia Procesal*, coordinada por OLIVA LEON, Ricardo y otro, p. 13.

*hasta hace poco era sencillamente inimaginable que pudieran dejar de ser realizadas por profesionales jurídicos expertos”.*¹³

Como ya se dijo, una de las características de la prueba electrónica es su mutabilidad (también identificada por algunos tratadistas como volatilidad), lo que hace difícil y azaroso poderla ofrecer y aportar al proceso. Incluso la UNESCO ha prendido los focos de alerta respecto al peligro de perder lo que ha denominado patrimonio digital, y emitió la Carta sobre la preservación del Patrimonio Digital, con el objeto de ayudar a la conservación, el progreso y la difusión del saber -que al estar digitalizado constituye un patrimonio en peligro de desaparición y de afectación para las siguientes generaciones-, proclamó entre sus principios los que se resumen a continuación:¹⁴

- El patrimonio digital se integra con recursos únicos fruto del saber o la expresión de los seres humanos. Los objetos digitales pueden ser textos, bases de datos, imágenes fijas o en movimiento, grabaciones sonoras, material gráfico, programas informáticos o páginas web, entre otros muchos formatos posibles dentro de un vasto repertorio de diversidad creciente. A menudo son efímeros y su conservación requiere un trabajo específico de producción, mantenimiento y gestión digno de protección y conservación en beneficio de las generaciones actuales y futuras. (Artículo 1. Alcance)
- Debe garantizarse la protección de la información delicada o privada contra cualquier intrusión, que guarde un justo equilibrio entre los derechos legítimos de los creadores y

¹³ SOLAR CAYÓN, José Ignacio, *Inteligencia Artificial y Justicia Digital*, en GARRIDO MARTÍN, Joaquín y otro, (Coord.), *Inteligencia Artificial y Filosofía del Derecho*, Gobierno de España Ediciones Laborum, Murcia, 2022, p. 382.

¹⁴ Carta adoptada el 15 de octubre de 2003, en París, Francia. Consultable en <https://tinyurl.com/4hv2ns7m>

otros derechohabientes con el acceso e interés del público. (Art. 2. Acceso al patrimonio digital)

- El patrimonio digital del mundo corre el peligro de perderse para la posteridad por la rápida obsolescencia de los equipos y programas informáticos y la falta de legislación respectiva. (Artículo 3. El peligro de la pérdida)
- El patrimonio digital no está sujeto a límites temporales, geográficos, culturales o de formato. Cualquier persona del mundo es un usuario en potencia. (Art. 9. Preservar el patrimonio Cultural)
- La preservación del patrimonio digital exige un esfuerzo constante por parte de gobiernos, creadores, editores, industriales del sector e instituciones que se ocupen del patrimonio. Ante la actual *brecha digital* es necesario reforzar la cooperación y la solidaridad internacionales para que todos los países puedan garantizar la creación, difusión y preservación de su patrimonio digital, así como el acceso al mismo. (Artículo 11. Alianzas y cooperación)

De esta forma, la Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno reconoció la necesidad de abordar a nivel iberoamericano esta problemática que la etiquetó de acuciante actualidad y de enorme importancia para el ejercicio de los derechos, por lo que aprobó la Carta Iberoamericana de Principios y Derechos en Entornos Digitales. En esta carta se sostiene que los derechos de todas las personas deben ser garantizados, respetados y protegidos en los entornos digitales inclusivos, abiertos y centrados en el ser humano;¹⁵ más adelante precisaremos esos derechos fundamentales a ser protegidos.

¹⁵ Aprobada el 25 de marzo del 2023. <https://tinyurl.com/ynyy4bvp>. Vid. VILLEGAS MORENO, José Luis, “Principios y derechos en entornos digitales: a propósito de la Carta iberoamericana”, en VALCÁRCEL, Patricia y HÉRNANDEZ Francisco (Coords.), *El Derecho Administrativo en la era de la inteligencia artificial*, INAP, Madrid, 2024, p. 662.

Por su parte un grupo independiente de expertos de alto nivel sobre inteligencia artificial, creado por la Comisión Europea en junio de 2018, propuso algunas directrices éticas para una IA Fiable¹⁶ y estableció en consecuencia tres componentes a satisfacer y que deben actuar en armonía simultáneamente: a) debe ser lícita que garanticen el respeto de todas las leyes y reglamentos aplicables; b) ética para asegurar el cumplimiento de los principios y valores éticos; y c) robusta desde el punto de vista técnico como social, puesto que los sistemas de IA, incluso si las intenciones son buenas pueden provocar daños accidentales.

¿Pero a todo ello, en la práctica forense cómo deben ofrecerse esta clase de pruebas electrónicas, para que cumplan con esos requisitos y tutelen esos derechos? En la promoción inicial en la que se ofrezca esta clase de pruebas, deberá de precisarse:¹⁷

1. Fecha y hora en que se obtuvo la información o en su caso la debida certificación
2. Detalles del ente o corporación que suscribió electrónicamente el certificado.
3. La fuente o página específica desde la cual se obtuvo la captura.
4. El sitio Web al que pertenece en su caso la página.
5. El código de verificación del documento
6. La IP desde la cual se consultó el documento
7. La URL de verificación
8. El agente empleado para la consulta
9. Otros datos vinculantes que sean necesarios consignar.

Sobre el particular se sugiere la consulta detallada de la Norma Oficial Mexicana NOM-151-SCFI-2016, requisitos que deben

¹⁶ COMISION EUROPEA. AI, Directrices éticas para una IA Fiable. Grupo independiente de expertos de alto nivel sobre inteligencia artificial creado por la comisión europea en junio de 2018, Bruselas, abril de 2019, p. 6.

¹⁷ BIELLI, Gastón Enrique y ORDOÑEZ, Carlos (Coords.), *op.cit.*, p. 93 y 94.

observarse para la conservación de mensajes de datos y digitalización de documentos (cancela la NOM-151-SCFI-2002) la cual fue publicada en el Diario Oficial de la Federación de fecha del 11 de mayo del 2021.¹⁸ Esta NOM establece los requisitos que deben observarse para la conservación de mensajes de datos y la digitalización de documentos en términos de lo dispuesto en los artículos 33, 38 y 49 del Código de Comercio. Esta NOM es de observancia general para los comerciantes que conserven mensajes de datos, así como digitalicen total o parcialmente la documentación relacionada y pretendan almacenar en un medio electrónico, óptico o de cualquier otra tecnología, información derivada de un acto de comercio, que se encuentre soportada en un medio físico; por tanto los comerciantes pueden migrar dicha información a una forma digital pero deberán observar para su conservación en forma digital, las disposiciones a que se refiere esta NOM. Se sugiere su lectura.

*“...los abogados no efectúan análisis técnico alguno sobre la prueba electrónica, siendo que estas tareas son propias de la experticia del perito que se hubiera designado en autos. Pero sí podría efectuar una investigación forense (por más simple que sea en su ejecución) al solo efecto de asistir al experto y aportar un mayor caudal de material probatorio, con objeto de que, al momento de efectuar su tarea en la etapa procesal oportuna, este pueda cumplimentarla con mayor eficacia”.*¹⁹

Lo que es importante es el protocolo de actuación que rodea una e-prueba con el objeto de salvaguardar la cadena de custodia -esto es, la secuencia de control, transferencia, análisis y disposición de

¹⁸ Vid. Secretaría de Economía, *NORMA Oficial Mexicana NOM-151-SCFI-2016*. <https://tinyurl.com/mruja3e9>

¹⁹ BIELLI, Gastón Enrique y ORDÓÑEZ, Carlos (Coords.), *op. cit.*, p. 163.

evidencia física o electrónica) de un documento digital o electrónico:²⁰

1. Fase de identificación: código del fabricante, marco, modelo de los elementos diferenciadores de los dispositivos electrónicos;
2. Fase de recolección: obtención efectiva de la evidencia, por ejemplo, del registro sonoro, filmico o videograbación, o del archivo electrónico y las subcarpetas contenedoras;
3. Fase de preservación, traslado y almacenamiento: aseguramiento para mantener la integridad de la evidencia informática, a través de diversas copias que sean necesarias (al menos una para cada parte a notificar y para el propio promovente y el juzgador);
4. Fase de presentación: precisar y detallar el procedimiento empleado para la obtención de la prueba electrónica, de sus orígenes, hasta el momento en que dicha evidencia fue reproducida, con esto se podrá igualmente advertir el origen lícito de la adquisición o si se trata de la llamada “*prueba envenenada*” o con identidades digitales falsas o que fueron obtenidas afectando la privacidad o derechos personalísimos del imputado o parte contraria (por ejemplo utilizando un dron o vehículo aéreo no tripulado, con sistema infrarrojo o calórico que visualiza a través de los muros).

*“Entonces, la parte que ofrezca un documento electrónico sin cadena de custodia, en la mayoría de los casos, deberá realizar un esfuerzo probatorio mucho más complejo, tendiente a demostrarle al juez que, pese a la falta de protección, la prueba se mantuvo intacta y no fue objeto de manipulaciones”.*²¹

²⁰ *Ibidem*, pp. 164 a 172 y 206 y 232.

²¹ *Ibidem*, p. 192.

¿La firma electrónica admite la validez del documento firmado electrónicamente como prueba o sólo acredita la identidad del firmante? ¿Se pueden manipular los hechos y actos jurídicos digitales?

“... la prueba de una comunicación bidireccional mediante cualquiera de los múltiples sistemas de mensajería instantánea debe ser abordada con todas las cautelas. La posibilidad de una manipulación de los archivos digitales mediante los que se materializa ese intercambio de ideas forma parte de la realidad de las cosas. El anonimato que autorizan tales sistemas y la libre creación de cuentas con una identidad fingida, hacen perfectamente posible aparentar una comunicación en la que un único usuario se relaciona consigo mismo. De ahí que la impugnación de la autenticidad de cualquiera de esas conversaciones, cuando son aportadas a la causa mediante archivos de impresión, desplaza la carga de la prueba hacia quien pretende aprovechar su idoneidad probatoria. Será indispensable en tal caso la práctica de una prueba pericial que identifique el verdadero origen de esa comunicación, la identidad de los interlocutores y, en fin, la integridad de su contenido”.²²

¿Tiene el mismo efecto probatorio un documento electrónico que su huella digital o que los metadatos?

²² Sentencia del 19 de mayo del 2015 del Tribunal Supremo, citada por ROSALES DE SALAMANCA RODRÍGUEZ, Francisco, “Validez y eficacia procesal de las evidencias digitales”, en OLIVA Ricardo y VALERO Sonsoles (Coords.), *La prueba electrónica Validez y Eficacia Procesal*, op. cit., p. 31.

La aportación al proceso judicial tan sólo de la impresión de una imagen, un mensaje en *WhatsApp* o en *e-mail* merma su valor probatorio en caso de oposición o impugnación de la contraparte pues habrá que considerar que:²³

1. La impresión no deja constancia de la integridad de los medios en que se almacenaba originalmente dicha información.
2. La impresión no permite su preservación a los efectos de posteriores comprobaciones e informes
3. La impresión solo facilita la lectura del contenido, pero es importante aportar el documento electrónico correspondiente a su *huella digital* o *hash*, es decir, la cadena alfanumérica hexadecimal generada a partir de la aplicación de un algoritmo que identifica de forma inequívoca dicho documento, para detectar inmediatamente el menor cambio con el original o bien realizar duplicados de dicho documento.
4. La sola impresión de un documento electrónico hace perder importante información asociada al mismo, de la llamada “*información invisible*” o “*información oculta*”, con datos criptográficos que en ocasiones resultan mucho más útiles (por ser técnicas matemáticas para cifrar información), pues son los que permiten identificar si el mensaje ha sido modificado en tránsito o una vez recibido. Un perito experto puede acceder a dicha información invisible u oculta e informar si se ha producido una alteración al mensaje inicial.

“Esto no debe llevarnos a una falta de esfuerzo en la aportación de nuestras pruebas, o en la impugnación de las pruebas de la parte contraria, porque de ello finalmente dependerá

²³ Vid. CARRASCO MAYANS, Sergio, “La alegalidad o limbo legal de la prueba electrónica”, en OLIVA, Ricardo y VALERO Sonsoles (Coords.), *La prueba electrónica Validez y Eficacia Procesal*, op. cit., pp. 40 a 49.

*la valoración que realice el Juez. En el ámbito de la prueba electrónica no debemos dar nada por sentado”.*²⁴

¿Cuáles son las reglas procesales que se aplican a la prueba electrónica?

Le son aplicables las reglas procesales generales sobre actividad probatoria, medios de prueba y resultados probatorios, pero además no debe descartarse que se trata de elementos que cuentan con ciertas y específicas particularidades y que en algunos casos se les aplica las normas referidas a los medios probatorios análogos (por tratarse de sonido, imagen, operaciones matemáticas, etc). En otros casos se requerirá: 1. La necesaria intervención de peritos informáticos que dictaminen sobre la originalidad, integridad y autenticación o manipulación de un medio de prueba electrónico, o 2. La intervención de un prestador de servicios de certificación que validan la identidad de una persona o entidad en ese entorno digital a través de la encriptación para asegurar la identidad del documento y el cumplimiento de las normas oficiales mexicanas (NOM) aplicables al caso.²⁵

Hay quienes han llegado a considerar que, para esta clase de pruebas, es de aplicarles además lo siguiente: ²⁶

1. La teoría de la carga probatoria dinámica, esto es, trasladada el peso de la misma sobre quien la ofrece (o a quien en

²⁴ *Ídem*, p. 49

²⁵ Cfr. OLIVA LEÓN, Ricardo, “La prueba electrónica envenenada”, en Oliva Ricardo y Valero Sonsoles (coords.), *op. cit.*, pp. 57 a 60 y Vid. NORMA OFICIAL MEXICANA NOM-151-SCFI-2016, REQUISITOS QUE DEBEN OBSERVARSE PARA LA CONSERVACIÓN DE MENSAJES DE DATOS Y DIGITALIZACIÓN DE DOCUMENTOS (CANCELA LA NOM-151-SCFI-2002). Diario Oficial de la Federación del 11 de mayo del 2021. <https://tinyurl.com/mruja3e9>

²⁶ Vid. BIELLI, Gastón Enrique y ORDOÑEZ, Carlos, *op. cit.* pp. 249 a 251.

principio se encuentra en mejores condiciones técnicas o fácticas de aportar los elementos necesarios de juicio, sea que se trate del actor o del demandado), por lo que el juez puede buscar una balanza o equilibrio entre las partes, mediante medidas para mejor proveer, frente a la insuficiencia de elementos de juicio que esclarezcan la verdad de los hechos.

2. Dado el carácter volátil y frágil de los documentos electrónicos, se puede solicitar al juzgador adelantar etapas procesales y en consecuencia la producción de prueba anticipada, con el objeto del aseguramiento y resguardo de la prueba.

V. DESAHOGO Y VALORACION DE LA PRUEBA ELECTRÓNICA

Si consideramos que cualquier dispositivo electrónico (como puede ser un ordenador o computadora, una tablet, un smartphone, un gps, un ipod, una cámara digital, etc.) tiene ficheros almacenados en su disco duro o en su memoria que le permiten funcionar para lo que fueron programados, obviamente pasa por alto el aspecto, formato, diseño o tamaño de dichos ficheros, pues es una verdad de perogrullo que todo fichero, de una forma o de otra, puede copiarse, moverse, borrarse y editarse.²⁷

“La prueba electrónica es hoy en día, desde mi punto de vista, la más “sospechosa” pues es la más susceptible de modificación, ya que no se adoptan de forma corriente ninguna precaución o cautela en su creación y conservación, y siempre, siempre, puede haber sido modificada por su creador tanto en su contenido (retoques)

²⁷ DOMÍNGUEZ MERINO, Oscar, “La necesidad de evidenciar lo evidente”, en OLIVA, Ricardo y VALERO, Sonsoles (Coords.), *La prueba electrónica Validez y Eficacia Procesal*, Juristas con futuro, España, 2016, p. 138.

como en la información adjunta al fichero (cambio en los metadatos).

“Dicha prueba digital ha de ser valorada y considerada junto con el resto de los elementos probatorios, pues la prueba digital no es ni más ni menos que cualquier otro medio de prueba. Así, si una fotografía digital o incluso un “pantallazo” o captura de pantalla, encaja con el resto de elementos probatorios puede ser perfectamente un medio válido de prueba. No obstante, si es el único medio de prueba, se debería sospechar (si no se admite de contrario, obviamente)”.²⁸

El Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares por su parte precisa en sus numerales 335 y 336 que las pruebas ofrecidas que requieren de dispositivos electrónicos para su reproducción o percepción o alguna traducción o interpretación técnica, se pueden admitir en juicio cuando el oferente proporcione las herramientas para su desahogo y si la reproducción atenta contra la intimidad de las personas o pone en riesgo información reservada, confidencial o secretos industriales, se deberán recibirse en audiencia privada e igualmente en su caso debe respetarse el principio de equivalencia funcional o no discriminación y de neutralidad tecnológica de todo documento electrónico, conforme a las reglas de la prueba documental, atendiendo a la naturaleza del mismo.

Las tecnopruebas tienen el mismo valor que cualquier prueba, necesita que se demuestre su autenticidad a través de un procedimiento de certificación que garantice no haber sido alterada. Así una firma electrónica avanzada tiene el mismo valor legal que una firma autógrafa.

²⁸ PERALES CAÑETE, Rafael, “Exiftool: ¿Los metadatos sirven de algo?”, en OLIVA, Ricardo y VALERO, Sonsoles (Coords.), *La prueba electrónica Validez y Eficacia Procesal*, op. cit., p. 115.

“Un documento digital firmado digitalmente es intangible, no se puede tocar como el papel, no se puede oler, no se puede arrugar, no se puede percibir al tacto. Pero, sin embargo, se encuentra ahí, y tiene el mismo valor legal y probatorio que el formato papel firmado ológrafamente”.²⁹

Por tanto, para que una prueba electrónica sea válida debe cumplir con ciertos requisitos vinculados a su integridad y a su autenticidad. El Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares precisa en su artículo 949 que las actuaciones y promociones judiciales contenidas en un mensaje de datos o documento electrónico suscritas con una firma electrónica avanzada amparada por un certificado digital vigente, garantiza la integridad del documento y produce los mismos efectos que las leyes otorgan a los documentos con firma autógrafa, teniendo el mismo valor probatorio.

En tiempos recientes, durante la onceava época de jurisprudencia se han emitido valiosos criterios judiciales sobre el tema, mismos que se incluyen al final de esta investigación en un cuadro que los agrupa y resume para facilitar al lector su consulta.

Las pruebas electrónicas en ocasiones requieren del medio de prueba a través de la cual puede demostrarse su autenticidad o para auxiliar a su correcta valoración. Así, la pericial informática es “...aquel medio de prueba a través del cual una persona emite una declaración de conocimiento sobre unos hechos, circunstancias o condiciones para lo que se requiere unos conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos”.³⁰ El perito emitirá un dictamen en el que se razone sobre su autenticidad o manipulación, sobre el estado de desarrollo (si se trata de un software) y demás condiciones de la prueba; por ejemplo, tratándose de un correo electrónico será

²⁹ Vid. BIELLI, Gastón Enrique y ORDOÑEZ, Carlos, *op.cit.*, p. 103.

³⁰ PINTO, Fernando y PUJOL, Purificación, *La Prueba en la era digital, op. cit.*, p. 75.

sobre el remitente, destinatario, asunto, contenido, geolocalización, además del análisis de los archivos adjuntos y demás metadatos.³¹

Estos medios de prueba son valorados según las reglas de la sana crítica atendiendo al resto de medios de prueba que se hayan practicado en juicio según la materia de que se trate y en ocasiones requieren de la comparecencia personal de los peritos informáticos para exponer, ampliar, aclarar el contenido de sus informes que debieron ratificar en su momento. Por ejemplo, los criterios judiciales sostienen que:

1. En materia laboral, una prueba documental obtenida por medios electrónicos "...para su desahogo y valoración deberá presentarse una impresión o copia del documento digital ofrecido y acompañarse de los datos mínimos para su localización, en el medio electrónico en que se encuentre, respecto del cual podrán designarse el o los peritos que se requieran para determinar si la información contenida en ese documento digital se encuentra íntegra e inalterada, tal como fue generada desde el primer momento, ubicándola en tiempo y espacio entre emisor y destinatario. Además, en caso de que la prueba en cuestión se encuentre en poder del oferente, éste deberá poner a disposición del o los peritos designados, los medios necesarios para emitir su dictamen, apercibido que, de no hacerlo, se decretará desierta la prueba, entre otras hipótesis.³²
2. En materia penal, la prueba electrónica o digital para que su aportación a un proceso penal pueda ser eficaz, la comunicación debe allegarse lícitamente, mediante autorización judicial para su intervención o a través del levantamiento del secreto por uno de sus participantes pues, de lo contrario, sería una prueba ilícita, por haber sido

³¹ *Ibidem*, pp. 75 a 102.

³² Tesis: VII.2o.T. J/1 L (11a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 8, diciembre de 2021, tomo III, p. 2193. Registro digital 2023914.

obtenida mediante violación a derechos fundamentales, con su consecuente nulidad y exclusión valorativa.³³

3. En materia mercantil, en caso de que los documentos electrónicos reúnan los requisitos de fiabilidad legalmente previstos, incluyendo la existencia de una firma electrónica avanzada, podrá aplicarse el criterio de equivalente funcional con los documentos que tienen soporte de papel, de manera que su valor probatorio será equivalente al de estos últimos. En caso de carecer de esa firma y haberse objetado su autenticidad, no podrá concedérseles dicho valor similar, aunque su estimación como prueba irá en aumento si en el contenido de los documentos electrónicos se encuentran elementos técnicos bastantes, a juicio del juzgador, para estimar altamente probable su autenticidad e inalterabilidad, o bien se complementan con otras probanzas, como la pericial en informática que evidencie tal fiabilidad.³⁴
4. En materia administrativa, un recibo de pago de impuestos realizado electrónicamente no carece, por tal circunstancia, de eficacia probatoria, ya que lo que se habrá de tomar en consideración, en su momento, son los datos que corroboren su fiabilidad, como son el código de captura y sello digital, y no elementos ajenos a la naturaleza de los documentos electrónicos, tales como si se trata del original de una impresión.³⁵

³³ Tesis: I.2o.P.49 P (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 38, enero de 2017, tomo IV, p. 2609. Registro digital 2013524.

³⁴ Tesis: I.4o.C.19 C (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro XIV, noviembre de 2012, tomo 3, p. 1856. Registro digital 2002142.

³⁵ Tesis: I.7o.A.410 A, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XXII, octubre de 2005, p. 2471. Registro digital 176863.

VI. DERECHOS Y OBLIGACIONES EN LA ERA DIGITAL

Los derechos fundamentales y en consecuencia los valores constitucionales subyacentes considerados base para una inteligencia artificial en la que se apoyan las pruebas electrónicas,³⁶ y que deben tutelarse, son:

1. El respeto a la dignidad humana lo que implica que no deben filtrarse, manipularse, o condicionarse, dado que debe protegerse la integridad física y mental de los seres humanos, el sentimiento de identidad personal y cultural;
2. Libertad individual vinculada en su caso con la libre expresión, el derecho a la privacidad y la vida privada, a la pseudonimidad, a no ser localizada y perfilada, de acceso a la información, a la propiedad intelectual en el entorno digital, a la herencia digital, al ocio en el ciberespacio, al uso en redes sociales, a la protección de datos personales, al tratamiento seguro de la información, a la portabilidad, a la ciberseguridad, a la imagen digital e identidad, al teletrabajo, a la desconexión digital;
3. Respeto a la justicia y el estado de Derecho, por lo que no deben socavar las deliberaciones humanas, y deben respetar las garantías procesales;
4. Igualdad, no discriminación y solidaridad lo que se traduce en que no se produzcan resultados sesgados que no son inclusivos.

Si bien desde el 1º de junio de 2011, la Asamblea General de la ONU reconoció el acceso universal a internet como un derecho humano, lo cierto es que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, hasta el once de junio de dos mil trece, previó en el párrafo tercero del artículo 6º la obligación del Estado de garantizar el acceso a las Tecnologías de la Información y

³⁶ COMISION EUROPEA. AI, Directrices éticas para una IA Fiable, *op. cit.*, pp. 11 a 13 e INAI. Carta de Derechos de la Persona en el Entorno Digital, Código de Buenas Prácticas, México, 2023.

Comunicación (TIC) por ser una herramienta que favorece el crecimiento y el progreso de la sociedad en su conjunto.³⁷

Cabe referir que en 2021 se emitió la Estrategia Digital Nacional 2021-2024 que estableció una hoja de ruta para la Administración Pública Federal en la mejora de los servicios digitales para el máximo aprovechamiento de los recursos y la disminución del gasto³⁸. En esa misma fecha igualmente se emitió, desde la Coordinación de Estrategia Digital Nacional adscrita a la Presidencia de la República, el Acuerdo por el que se emiten las políticas y disposiciones para impulsar el uso y aprovechamiento de la informática, el gobierno digital, las tecnologías de la información y comunicación, y la seguridad de la información en la Administración Pública Federal, el cual prevé la conformación del expediente para trámites y Servicios ante las Autoridades Administrativas Federales.³⁹

Y recientemente se dictaminó en la Cámara de Senadores la iniciativa presidencial de la nueva Ley en materia de

³⁷ Vid. ELIZONDO GASPERIN, María Macarita, El Acceso a la Justicia. Los juicios en Línea y la e-democracia, artículo entregado para su publicación al Prof. Dr. Michael César Silva Coordinador do Programa de Pesquisa da Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, editor da Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva ISSN nº 1678-8729 (Qualis B1) Belo Horizonte I Minas Gerais I Brasil, 10 de julio de 2020.

³⁸ ACUERDO por el que se expide la Estrategia Digital Nacional 2021-2024, publicado en el Diario Oficial de la Federación del 06 de septiembre de 2021. <https://tinyurl.com/yecejjut>

³⁹ ACUERDO por el que se emiten las políticas y disposiciones para impulsar el uso y aprovechamiento de la informática, el gobierno digital, las tecnologías de la información y comunicación, y la seguridad de la información en la Administración Pública Federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación del 06 de septiembre de 2021. <https://tinyurl.com/yecejjut>

Telecomunicación y Radiodifusión,⁴⁰ que precisa que la Agencia de Transformación Digital y Telecomunicaciones (creada como una nueva Secretaría de Estado mediante decreto de 28 de noviembre de 2024) debe asegurar el acceso a las TIC's y al internet para que no sea un privilegio, sino un derecho universal con enfoque en temas de transformación digital y conectividad, entre otros.

VII. DESAFÍOS LEGALES EN EL USO DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y LA DIGITALIZACIÓN

Sin duda, en América Latina, la impartición de justicia se ha caracterizado por décadas, entre otras cosas, por su lentitud, la sobrecarga de actuaciones, la desconfianza de los ciudadanos en el sistema judicial. En los últimos años se han adoptado caminos que han venido paulatinamente a solucionarlo mediante la aplicación de satisfactores basados en el avance de la tecnología tanto en el acceso a la justicia como en la tutela judicial efectiva.

“Un obstáculo para democratizar los beneficios de la IA es la falta de infraestructura digital. En América Latina predominan la falta de conectividad e importantes brechas entre grupos de población. Se estima que, en promedio, un 32 % de la población no accede a servicios de internet y que la diferencia entre áreas urbanas y rurales es de más de 30 puntos porcentuales: 71 % de la población tiene acceso en las primeras, frente al 37 % en las segundas (IICA, BID y Microsoft, 2020)”.

“El sector judicial es, además, el menos desarrollado digitalmente y el que registra un mayor retraso en la transición desde lo analógico a lo digital. Las investigaciones y

⁴⁰ Senado de la República, *Avanza en comisiones la expedición de la Ley en Materia de Telecomunicaciones y Radiodifusión*, 2025. <https://tinyurl.com/2s3bw8t4>

*estudios realizados muestran que uno de los obstáculos para la introducción de los sistemas de IA en América Latina es la arraigada aversión a los riesgos que caracteriza al sector de la justicia, usualmente asociada a procesos de innovación. El sector público se caracteriza, además, por aplicar sanciones cuando las tareas no se realizan con los procedimientos preestablecidos. Por esas razones, resulta muy difícil cambiar la cultura de las instituciones públicas para romper con el statu quo existente”.*⁴¹

El 15 de abril de 2025 se publicaron, en el Diario Oficial de la Federación, las reformas constitucionales a los artículos 25 y 73 en materia de simplificación administrativa y digitalización, con las que se pretende garantizar los principios constitucionales y democráticos vinculados al acceso equitativo a las tecnologías de la información y la comunicación y erradicar los hechos de corrupción que se generan por el exceso de trámites administrativos y la falta de sistematización, digitalización y coordinación entre dependencias y se tiene previsto se emita la nueva Ley Nacional para Eliminar Trámites Burocráticos y Corrupción que abrogue la Ley General de la Mejora Regulatoria, e igualmente se emitirá la Ley Nacional en materia de Simplificación Administrativa y Digitalización.

Estas reformas buscan la digitalización de trámites como una alternativa viable para reducir la burocracia y mejorar la interacción y confianza ciudadana con las instituciones, así como promover el desarrollo de capacidades tecnológicas propias en los tres órdenes de gobierno (Federal, Estatal y Municipal), que impulsen un sistema de gobierno digital y la adopción de tecnologías de la información y comunicación en los procedimientos gubernamentales.

⁴¹ BANCO DE DESARROLLO DE AMÉRICA LATINA, *Experiencia, datos e inteligencia artificial en el sector público*, CAF editores, 2021, p. 237.

A la fecha de elaboración de estas líneas de investigación (2025) cabe advertir que en México se tiene previsto, en un corto y mediano plazo, crear la Ventanilla digital Nacional, la Plataforma Nacional de Registros Públicos de la Propiedad, la Plataforma Nacional de Registros Civiles y la Plataforma Nacional Catastral.

En otras latitudes, existen referentes internacionales como Estonia, la India, Singapur y Chile, que cuentan con un sistema de gestión en línea de trámites que han dado un salto significativo para reducir la burocracia y mejorar la eficiencia administrativa.⁴²

Además de los avances regulatorios en Argentina y Colombia, otro caso particular es Chile donde desde hace siete años (2019) ya se cuenta con la Ley de Transformación Digital del Estado (la Ley No. 21, 180) que modifica las bases de los procedimientos administrativos y establece las comunicaciones y notificaciones electrónicas, digitalización de documentos y la aplicación del principio de interoperabilidad entre instituciones.⁴³

VIII.CONCLUSIONES

PRIMERA. La prueba electrónica es conocida también bajo las denominaciones de prueba digital, prueba informática, prueba tecnológica, tecno-prueba o e-prueba y es aquella información contenida en un medio o dispositivo electrónico que nos permite demostrar un hecho o circunstancia y se compone de un elemento tangible originario, un elemento intangible creador y un elemento reproductor, de almacenamiento o derivado.

Esta clase de prueba se caracteriza por ser intangible, mutable, deleble, dependiente, y costosa, mientras que los documentos digitales se caracterizan además porque pueden ser fácilmente

⁴² Vid. Dictámen de las Comisiones Unidas de la Cámara de Senadores de fecha 11 de marzo de 2025, p. 12.

⁴³ Gob digital Chile, *Ley de Transformación Digital del Estado*. <https://tinyurl.com/y38xcrc5>

modificables, volátiles, clonables, identificables, rastreables, durables, recuperables y asegurables.

SEGUNDA. Entre las pruebas electrónicas, que son mayormente identificadas por los usuarios, y que suelen ser ofrecidas y valoradas en juicio son: documentos electrónicos, correos electrónicos, los contenidos en redes sociales, SMS (Short message Service), páginas WEB, grabaciones de imágenes y sonido. videos, fotografías, cintas cinematográficas, disquetes o discos compactos, de sistemas computacionales, grabaciones de imágenes y sonidos, así como la información generada o comunicada que conste en medios electrónicos, magnéticos, ópticos, u otros medios de reproducción; o bien, copias digitales, impresiones de documentos electrónicos.

TERCERA. En un documento electrónico o en su caso en un mensaje de datos, donde se contenga la firma digital debe aplicarse el *principio de la equivalencia funcional*, es decir otorgar el mismo modo como si se tratara de la firma autógrafa plasmada en los documentos impresos.

Precisamente es la Norma Oficial Mexicana NOM-151-SCFI-2016 la que establece los requisitos que deben observarse para la conservación de mensajes de datos y la digitalización de documentos.

El oferente de un documento electrónico debe cuidar *la cadena de custodia* que es la secuencia de control, transferencia, análisis y disposición de evidencia física o electrónica de un documento digital o electrónico y debe seguir cuatro fases: de identificación, de recolección, de preservación, traslado y almacenamiento, y de presentación.

CUARTA. A estas pruebas le son aplicables las reglas procesales generales sobre actividad probatoria, medios de prueba y resultados probatorios, pero además no debe descartarse que en algunos casos se requerirá la necesaria intervención de peritos informáticos que dictaminen sobre la originalidad, integridad y autenticación o manipulación de un medio de prueba electrónico, o la intervención

de un prestador de servicios de certificación para asegurar el cumplimiento de las normas oficiales mexicanas aplicables.

QUINTA. Los derechos fundamentales y sus valores subyacentes en las que se apoyan las pruebas electrónicas son principalmente: el respeto a la dignidad humana, la libertad individual, el respeto a la justicia y el estado de Derecho, y la igualdad, no discriminación y solidaridad. Cabe advertir que la Asamblea General de la ONU reconoció el acceso universal a internet como un derecho humano. México lo tiene incorporado a su Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en el artículo 6 y se tiene previsto, en un corto y mediano plazo, crear en México la Ventanilla digital Nacional, la Plataforma Nacional de Registros Públicos de la Propiedad, la Plataforma Nacional de Registros Civiles y la Plataforma Nacional Catastral.

SEXTA. Entre los desafíos y nuevos retos, que sin duda plantea la modernización digital para los abogados, está el deber de implementar las mejores prácticas en el uso ético y responsable de la inteligencia artificial, y su impacto en la impartición de justicia. La academia universitaria tiene el deber de formar a las nuevas generaciones de abogados con un enfoque digital y del manejo de las Tic's, los sistemas algorítmicos y de inteligencia artificial. Es urgente la alfabetización digital de los estudiantes de derecho.

SÉPTIMA. Queda pendiente hacia adelante reflexionar sobre las responsabilidades de los sujetos que utilizan en los procesos judiciales la llamada inteligencia artificial generativa (como ChatGPT de Open AI, Gemini de Google y Bing de Microsoft), sea como elaboración de sus promociones, como medio probatorio, como redactor de los proyectos de acuerdos, resoluciones o sentencias e incluso por parte de la administración pública para la rendición de informes justificados de las autoridades.

Se recomienda que en el marco regulatorio en donde se incorporen novedades del uso y aplicación de las Tics en un proceso judicial o procedimiento jurisdiccional se incluya en sus disposiciones transitorias el texto que asegure no solo la

operatividad de los sistemas informáticos, sino que garanticen los protocolos de capacitación para que los usuarios (partes, peritos y los mismos juzgadores) tengan las habilidades y destrezas, para evitar sesgos generacionales en el uso de estas herramientas.

IX. FUENTES Y ANEXOS

- BANCO DE DESARROLLO DE AMÉRICA LATINA, *Experiencia, datos e inteligencia artificial en el sector público*, CAF editores, 2021.
- BIELLI, Gastón Enrique y otro, *La Prueba Electrónica, Teoría y Práctica*, Thomson Reuters LA LEY, Argentina, 2019.
- COMISIÓN EUROPEA, *AI, Directrices éticas para una IA Fiable. Grupo independiente de expertos de alto nivel sobre inteligencia artificial creado por la comisión europea en junio de 2018*, Bruselas, abril 2019.
- DICCIONARIO SOBRE INTELIGENCIA ARTIFICIAL, *100 conceptos claves sobre sistemas inteligentes*, TN/University, Cuadernos IA 2, marzo, 2024.
- ELIZONDO GASPERIN, María Macarita, *El Acceso a la Justicia, Los juicios en Línea y la e-democracia*, Obra inédita.
- INAI, *Carta de Derechos de la Persona en el Entorno Digital*, Código de Buenas Prácticas, México, 2023.
- JOAQUÍN GARRIDO, Martín y otro (Coords.), *Inteligencia Artificial y Filosofía del Derecho*, Gobierno de España, Ediciones Laborum, Murcia, 2022.
- NIETO ROA, Dulce María, *Implicaciones Jurídicas de los documentos digitales*, Consejo de la Judicatura Federal. <https://tinyurl.com/3wtmc578>
- OLIVA LEÓN, Ricardo y otro, *La prueba electrónica Validez y Eficacia Procesal*, Colección Desafíos Legales, Juristas con Futuro ebook, 2016.
- PINTO PALACIOS, Fernando y otro, *La Prueba en la era digital*, Wolters Kluwer, Madrid, 2017.
- SEGOB. *Acuerdo por el que se emiten las políticas y disposiciones para impulsar el uso y aprovechamiento de la informática, el gobierno digital, las tecnologías de la información y*

comunicación, y la seguridad de la información en la Administración Pública Federal, Diario Oficial de la Federación del 06 de septiembre de 2021. <https://tinyurl.com/y52hc4es>

VALCÁRCEL, Patricia y HÉNANDEZ Francisco (coords.), *El Derecho Administrativo en la era de la inteligencia artificial*, INAPAM, Madrid, España, 2024.

Legisgrafía

CARTA IBEROAMERICANA DE PRINCIPIOS Y DERECHOS EN ENTORNOS DIGITALES, aprobada el 25 de marzo del 2023. <https://tinyurl.com/ynyy4bvp>

CODIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS CIVILES Y FAMILIARES. Comentado y correlacionado, Gallardo Ediciones, México, 2024.

CONSEJO DE LA JUDICATURA FEDERAL, *Acuerdo General 12/2020 del Pleno*, Diario Oficial de la Federación del 28 de octubre del 2022. <https://tinyurl.com/5x5k3yc3>

DICTÁMEN DE LAS COMISIONES UNIDAS DE LA CÁMARA DE SENADORES, 11 de marzo de 2025.

NORMA OFICIAL MEXICANA NOM-151-SCFI-2016, *Requisitos que deben observarse para la conservación de mensajes de datos y digitalización de documentos (cancela la NOM-151-SCFI-2002)*, Diario Oficial de la Federación del 11 de mayo del 2021. <https://tinyurl.com/mruja3e9>

SEGOB, *Acuerdo General del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, que abroga los acuerdos de contingencia por COVID-19 y reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones relativas a la utilización de medios electrónicos y soluciones digitales como ejes rectores del nuevo esquema de trabajo en las áreas administrativas y órganos jurisdiccionales del propio Consejo*, 28 de octubre del 2022. <https://tinyurl.com/2c64kb8k>

SEGOB, *Diario Oficial de la Federación*, 06 de septiembre de 2021. <https://tinyurl.com/yecejjut>

SEGOB, *Estrategia Digital Nacional 2021-2024*, Diario Oficial de la Federación, 06 de septiembre de 2021.
<https://tinyurl.com/yecejut>

UNESCO, *Carta sobre la preservación del Patrimonio Digital*, 15 de octubre de 2003, en París, Francia,
<https://tinyurl.com/3x9mza49>

Jurisprudencia mexicana

Tesis: I.7o.A.410 A, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XXII, octubre de 2005. Registro digital 176863.

Tesis: I.2o.P.49 P (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 38, enero de 2017, tomo IV. Registro digital 2013524

Tesis: I.4o.C.19 C (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro XIV, noviembre de 2012, tomo 3. Registro digital 2002142.

Tesis: VII.2o.T. J/1 L (11a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 8, diciembre de 2021, tomo III. Registro digital 2023914.

ANEXO: SELECCIÓN DE CRITERIOS JUDICIALES

TEMA	TESIS
<u>Facturas Electrónicas</u> . Cuando en un juicio mercantil se reclama el pago por la entrega de los bienes o la prestación de los servicios y se pretende probarlo con una factura electrónica (CFDI), existe jurisprudencia que refiere que los CFDI son documentos privados unilaterales y, como tales, tienen valor probatorio indiciario, de modo que su eficacia demostrativa -para acreditar la acción de pago en el	Jurisprudencia, FACTURAS ELECTRÓNICAS (CFDI). SON DOCUMENTOS PRIVADOS CON VALOR PROBATORIO INDICIARIO QUE REQUIEREN ADMINICULACIÓN CON OTRAS PRUEBAS PARA ACREDITAR EL ACTO DE COMERCIO CUYO PAGO SE RECLAMA EN JUICIO MERCANTIL. Pleno Regional en Materias Administrativa y Civil de la Región Centro-Sur, con Residencia en la Ciudad de México, Contradicción de criterios 169/2024,

juicio mercantil- depende de que sean adminiculadas con otros elementos de autos. Lo anterior se refuerza si además son objetadas, de tal modo que por si solas no acreditan la materialidad de las operaciones comerciales. La validez fiscal de una factura electrónica como documental que contiene sellos digitales asegura el cumplimiento de requisitos tributarios y su valor probatorio indiciario será grave o leve según las particularidades del caso, como son los otros hechos probados o no controvertidos, objeciones u otros elementos probatorios que se desahoguen.	Registro digital: 2029953, Tesis: PR.A.C.CS. J/14 C (11a.), Undécima época, esta tesis se publicó el viernes 21 de febrero de 2025 a las 10:23 horas en el Semanario Judicial de la Federación y, por ende, se considera de aplicación obligatoria a partir del lunes 24 de febrero de 2025, para los efectos previstos en el punto noveno del Acuerdo General Plenario 1/2021
<u>Tarjetas Bancarias con Nip.</u> Cuando el usuario alega no haber realizado diversos pagos mediante el uso de su tarjeta bancaria autorizada a través de la digitalización del número de identificación personal (NIP), es el banco el que debe demostrar que fue el propio usuario quien realizó tales operaciones, en virtud de que las instituciones bancarias prestadoras del servicio son las que se encuentran en una posición dominante en la relación de consumo, por lo que están obligadas a garantizar la seguridad en todas las operaciones que se lleven a cabo con motivo de los contratos celebrados con sus clientes, pues son ellas las que	Jurisprudencia, NULIDAD DE PAGARÉ (VOUCHER). CARGA DE LA PRUEBA DE LAS OPERACIONES EFECTUADAS MEDIANTE EL USO DE TARJETA BANCARIA AUTORIZADAS A TRAVÉS DE LA DIGITACIÓN DEL NÚMERO DE IDENTIFICACIÓN PERSONAL (NIP) EN DISPOSITIVOS DENOMINADOS "TERMINAL PUNTO DE VENTA", Contradicción de tesis 128/2018, Primera Sala Suprema Corte de Justicia de la Nación, Registro digital: 2019919, Tesis: 1a./J. 16/2019 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 66, mayo de 2019, Tomo II, p. 1228.

cuentan con dispositivos y mecanismos que facilitan la aportación de pruebas, al ser las encargadas de la implementación de las medidas de seguridad a efecto de poder verificar no sólo los montos de las disposiciones o los cargos, sino la efectiva utilización de la tarjeta que cuenta con mecanismo chip y del número de identificación personal de los usuarios, pero una vez que la institución bancaria haya acreditado que no se vulneró el sistema durante la transacción y que tomó las medidas de seguridad necesarias; entonces la carga de la prueba se le revertirá al usuario quien tendrá el deber de desvirtuar lo aportado por aquélla.	
<u>Documentos y correos electrónicos.</u> En caso de que los documentos electrónicos reúnan los requisitos de fiabilidad legalmente previstos, incluyendo la existencia de una firma electrónica avanzada, podrá aplicarse el criterio de equivalente funcional con los documentos que tienen soporte de papel, de manera que su valor probatorio será equivalente al de estos últimos. En caso de carecer de esa firma y haberse objetado su autenticidad, los criterios judiciales refieren que no podrá concedérseles dicho valor similar, aunque su estimación	Tesis Aislada, DOCUMENTOS Y CORREOS ELECTRÓNICOS. SU VALORACIÓN EN MATERIA MERCANTIL, Registro digital: 2002142, Tesis: I.4o.C.19 C (10a.), Décima Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XIV, noviembre de 2012, Tomo 3, p.1856.

como prueba irá en aumento si en el contenido de los documentos electrónicos se encuentran elementos técnicos bastantes, a juicio del juzgador, para estimar altamente probable su autenticidad e inalterabilidad, o bien se complementan con otras probanzas, como la pericial en informática que evidencie tal fiabilidad. Por el contrario, decrecerá su valor probatorio a la calidad indiciaria si se trata de una impresión en papel del documento electrónico, que como copia del original recibirá el tratamiento procesal de esa clase de documentos simples, y se valorará en conjunto con las restantes pruebas aportadas al juicio para, en función de las circunstancias específicas, determinar su alcance demostrativo.	
<u>Firma electrónica avanzada y sello digital.</u> Las impresiones de documentos oficiales con firma electrónica avanzada y sello digital tienen el carácter de una prueba documental pública, pues son expedidas por funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones y dentro de los límites de su competencia. Lo anterior dado que los avances tecnológicos han logrado que mediante el uso de los sistemas de cómputo y el almacenamiento de información en el Internet, así	Tesis Aislada, PRUEBAS DOCUMENTALES PÚBLICAS. LAS IMPRESIONES DE DOCUMENTOS OFICIALES CON FIRMA ELECTRÓNICA AVANZADA Y SELLO DIGITAL TIENEN ESE CARÁCTER (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE VERACRUZ), SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SÉPTIMO CIRCUITO, Registro digital: 2022644, Tesis: VII.2o.C.238 C (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 82, enero de 2021, Tomo II, p.1357

como en las diversas redes institucionales de las dependencias gubernamentales, el registro de los datos inherentes a las personas sea más accesible y fácil de consultar, pues una vez capturada la información relacionada a una persona, los datos concernientes a ésta puedan visualizarse en las pantallas de los equipos de cómputo de forma directa accediendo mediante la red institucional que la dependencia a la que corresponda resguardar dicha información, o bien, reproducirse en discos ópticos y/o mediante impresión física.	
<u>Documentos digitalizados presentados como prueba de manera electrónica.</u> Los documentos digitalizados de su original, ofrecidos como prueba de manera electrónica en el juicio de amparo, no perderán su valor probatorio y deberán recibir el mismo tratamiento que si se hubieren presentado en su versión física, pudiendo en su caso ser objetados o requerido los originales para calificar su valor probatorio.	Tesis Aislada, DOCUMENTOS DIGITALIZADOS QUE SE INGRESAN COMO PRUEBAS AL EXPEDIENTE ELECTRÓNICO EN EL JUICIO DE AMPARO. EL ÓRGANO JURISDICCIONAL DEBE CONSIDERARLOS COMO SI SE HUBIERAN PRESENTADO EN SU VERSIÓN FÍSICA, SIN PERJUICIO DE QUE PUEDAN SER OBJETADOS POR LAS PARTES, Y SÓLO EXCEPCIONALMENTE, ANTES DE DEMERITAR SU VALOR PROBATORIO, REQUERIR AL OFERENTE EL DOCUMENTO FUENTE. Registro digital: 2022826, 1a. VIII/2021 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 84, marzo de 2021, Tomo II, p. 1227

DEL MONOPOLIO ESTATAL A LA DESJUDICIALIZACIÓN DE LA EJECUCIÓN CIVIL

AUGUSTO TANGER JARDIM^{*}
GUILHERME TANGER JARDIM^{**}
HANDEL MARTINS DIAS^{***}

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Bases teóricas vinculadas a la judicialización de la ejecución.* III. *Pasado y presente de la desjudicialización de la ejecución en Brasil.* IV. *Conclusión.* V. *Referencias.*

-
- * Doctor en Derecho por la Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Máster en Derecho por la Pontificia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Profesor de Pregrado y Posgrado en Derecho en la Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público. Abogado. Contacto: augusto_jardim@yahoo.com.br.
- ** Doctor en Derecho por la Università degli Studi Roma Tre. Máster en Derecho por la Pontificia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Profesor de Pregrado y Posgrado en Derecho en la Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público. Abogado. Contacto: guilherme.tangerjardim@gmail.com.
- *** Doctor en Derecho Procesal por la Universidade de São Paulo. Máster y especialista en Derecho Procesal por la Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Profesor de Derecho Procesal en los cursos de Pregrado, Especialización y Máster en Derecho de la Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público. Director en Brasil del Colegio de Abogados Procesalistas Latinoamericanos. Secretario General del Colegio de Doctores en Ciencias Jurídicas de la Iberoamérica. Vicepresidente para América del Sur de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional. Abogado. Contacto: handel.dias@fmp.com.br.

I. INTRODUCCIÓN

La centralización estatal de la actividad ejecutiva como prerrogativa exclusiva del Poder Judicial se consolidó en el ordenamiento jurídico brasileño como expresión del monopolio de la jurisdicción, cuyo origen se remonta a la formación del Estado moderno y al proceso de institucionalización de la función jurisdiccional. A partir de la prohibición de la autotutela y de la consagración del principio de la indeclinabilidad de la jurisdicción, se volvió natural la comprensión de que la realización forzada del derecho solo podría promoverse bajo el amparo del imperio estatal, mediante el ejercicio de la jurisdicción. Sin embargo, el desequilibrio estructural en el funcionamiento del sistema de justicia, agravado por el elevado número de procesos y por la ineficiencia crónica de las ejecuciones, ha dado lugar a la construcción de nuevos paradigmas orientados a superar el problema de la eficiencia de la ejecución, en particular por medio de la desjudicialización. La desjudicialización de la ejecución civil no constituye un fenómeno aislado ni reciente. Aunque aún incipiente, se trata de un movimiento que encuentra respaldo normativo en algunas experiencias y ha sido objeto de reflexión académica y de propuestas legislativas que desafían la ortodoxia de la ejecución como actividad eminentemente jurisdiccional.

En este contexto, el debate sobre los límites y posibilidades de la actuación de los agentes privados o delegados en la realización de actos ejecutivos adquiere relevancia, especialmente a la luz de la experiencia comparada y del imperativo constitucional de la duración razonable del proceso (Constitución Federal, art. 5º, LXXVIII). A pesar de los avances normativo y jurisprudencial en la materia, aún persisten importantes *impasses* doctrinales e institucionales en cuanto a la constitucionalidad, eficacia y legitimidad de la ejecución extrajudicial en sentido amplio, particularmente en lo que respecta al equilibrio entre los valores celeridad y seguridad jurídica. Así, se impone investigar cómo el sistema jurídico brasileño trata la tensión entre la preservación del control jurisdiccional sobre los actos ejecutivos y la progresiva ampliación de las vías extrajudiciales para la satisfacción de los derechos reconocidos. Mediante el método hipotético-deductivo y

el análisis de fuentes legislativas, doctrinarias y jurisprudenciales, el presente artículo se propone examinar críticamente el proceso de desjudicialización de la ejecución civil en Brasil, sus raíces teóricas, sus marcos normativos y sus perspectivas de consolidación futura, con especial atención a los Proyectos de Ley n° 4.257/2019 y n° 6.204/2019. El objetivo principal consiste en comprender si, y en qué medida, la ejecución extrajudicial puede representar una alternativa legítima y eficaz al modelo jurisdiccional clásico, sin comprometer los derechos fundamentales procesales de las partes involucradas.

II. BASES TEÓRICAS VINCULADAS A LA JUDICIALIZACIÓN DE LA EJECUCIÓN

Aunque no necesariamente, la noción de jurisdicción moderna está estrechamente vinculada a una actividad estatal. De la prohibición del ejercicio de la autotutela emerge la obligación del Estado de tutelar los derechos de sus ciudadanos.¹ Esta protección la desarrollan no solo el Poder Judicial (tutela jurisdiccional), sino también el Poder Legislativo (tutela normativa) y el Poder Ejecutivo (tutela administrativa). Considerando estas formas de protección, es importante destacar que, aunque complementarias entre sí, una de ellas es llamada a actuar de forma supletoria. Es decir, más allá de los conflictos inherentes a la vida en sociedad, cuando las propias tutelas administrativas y normativas fallan, generalmente ante deberes de prestación y/o ante cambios sociales más acelerados que la producción legislativa, se espera que la tutela jurisdiccional actúe en el sentido de reconocer, asegurar y satisfacer los derechos violados o en riesgo. Así, es posible afirmar que la tutela de los derechos mediante la actuación jurisdiccional es – o al menos debería ser – una forma excepcional de protección, en la medida en que, dentro de una normalidad, los derechos son reconocidos y realizados de forma extrajudicial.

Al buscar la tutela jurisdiccional frente a un conflicto, la actuación del Poder Judicial (el Estado) pasa a ser necesaria, ¿correcto? En parte. En efecto, corresponde a la jurisdicción la

¹ COUTURE, Eduardo J., *Fundamentos del derecho procesal civil*, 3a. ed., Depalma, Buenos Aires, 1958, p. 39.

aptitud de dirimir conflictos y controversias de relevancia jurídica mediante decisiones con autoridad de cosa juzgada dictadas por órganos competentes del Estado de conformidad con la ley.² Sin embargo, existen otras formas de alcanzar dicho objetivo (dirimir controversias de relevancia jurídica) sin recurrir a la tutela jurisdiccional estatal. El ejemplo más evidente es el arbitraje. El arbitraje es una forma heterocompositiva de resolución de conflictos relativos a derechos patrimoniales disponibles, en la cual la figura del tercero imparcial es desempeñada por una persona (de forma individual o mediante un tribunal arbitral) sin vinculación a la tutela estatal. El ejercicio de esta actividad, siempre que respete el debido proceso, produce una decisión imperativa frente a las partes que sometieron el conflicto a dicho juicio. En Brasil, se atribuye al laudo arbitral la naturaleza de título ejecutivo judicial independientemente de homologación,³ así como se garantiza la imposibilidad de reexaminar su fondo ante el Poder Judicial,⁴ razón por que una parte sustancial de la doctrina reconoce al arbitraje la naturaleza de actividad jurisdiccional.⁵ Llama la atención la circunstancia de que se haya otorgado al arbitraje el poder de reconocer el derecho, pero no los medios necesarios para propiciar su satisfacción. Por lo tanto, resulta evidente una mayor resistencia del ordenamiento jurídico a la *delegación* de la actividad jurisdiccional por parte del Estado en lo que respecta a las tutelas ejecutivas, ya que la ejecución de los laudos arbitrales se realiza ante el Poder Judicial (art. 22-C de la Ley 9.307/1996 y art. 237, IV, del Código Procesal Civil).

La distinción entre la jurisdicción desarrollada a través del conocimiento (asociado a la declaración del derecho) y la ejecución no es un tema reciente. Según Ovídio A. Baptista da Silva, la

² *Ibidem*, p. 40.

³ Cf. Art. 31 de la Ley 9.307/1996 y art. 515, VII, del Código Procesal Civil.

⁴ Salvo en cuestiones que involucren vicios del procedimiento y/o del laudo arbitral (artículos 32 y 33 de la Ley 9.307/1996).

⁵ Véanse, por ejemplo, WALD, Arnoldo. “Arbitragem: passado, presente e futuro”, *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 13, n. 50, julho-setembro de 2016, pp. 59-78, y CARMONA, Carlos Alberto, “Arbitragem e jurisdição”, *Revista Brasileira de Direito Processual*, Uberaba, v. 15, n. 58, abril-junho de 1990, pp. 33-40.

comprensión de *jurisdictio* como función de composición del litigio ya se presentaba en oposición a la noción de *imperium*, aunque a estos institutos se les atribuyeran significados distintos de los empleados en la actualidad.⁶ El proceso de conocimiento tendría una función eminentemente declarativa en virtud de la separación de los Poderes del Estado y de la apropiación del derecho por parte de este (por la actuación del Poder Legislativo).⁷ En vista de esta separación entre las tareas de los Poderes del Estado,⁸ la función de realización de los derechos recayó sobre el Poder Ejecutivo, lo que contribuyó a que la ejecución de las decisiones judiciales (ejecución forzada) asumiera una naturaleza administrativa y no jurisdiccional⁹. La jurisdiccionalidad de la ejecución forzada, o, más precisamente, el monopolio estatal de la ejecución es una conquista relativamente reciente de nuestra civilización, lograda a medida que se fue formando el Estado moderno.¹⁰ Así, por ejemplo, Couture vislumbraba en el proceso de ejecución el carácter sustitutivo típico de la jurisdicción, en la medida en que “en el proceso de ejecución, la sustitución consiste en que los funcionarios del Estado, actuando coactivamente, realizan los actos que debió haber realizado el obligado y de los cuales fue omiso”.¹¹

La demora en incorporar la naturaleza jurisdiccional al proceso de ejecución forzada a las funciones del Poder Judicial no impidió que, una vez reconocida, dicha naturaleza pasase a ser ejercida de forma exclusiva por el Estado. Por ello, afirmaba Teori Zavascki que

⁶ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo, *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*, 3a. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2007, p. 21.

⁷ *Ibidem*, pp. 34-35.

⁸ Cândido Rangel Dinamarco presenta otros argumentos para esta asunción de la función de realizar derechos. Véase: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil: a execução na teoria geral do direito processual civil*, 2a. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1987, pp. 58-59.

⁹ ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos, *et. al.*, *Teoria geral do processo*, 27a. ed., São Paulo, Malheiros, 2011, p. 341.

¹⁰ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo e Fábio Gomes, *Teoria geral do processo civil*, 3a. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 334.

¹¹ *Op. cit.*, pp. 38-39.

la ejecución forzada es un acto del Estado, sometido al su poder monopolizado de *imperium*. Se descarta, por tanto, la ejecución privada, ya sea por mano propia del acreedor o por intervención de un tercero, pues, incluso cuando este actúa excepcionalmente por designación, lo hace bajo estricto comando y control estatal.¹² En el mismo sentido, Araken de Assis sostiene que la naturaleza jurisdiccional de la ejecución deriva del *imperium*, que constituye el núcleo de los actos ejecutivos ejercidos por los magistrados.¹³ Si el Estado, a través de la actuación del Poder Judicial, monopoliza los actos inherentes al proceso de ejecución como medio de control de una función procesal de tal envergadura, ¿qué justificaría, entonces, que en la actualidad se plantee su desjudicialización? ¿Representaría ello un retroceso? A diferencia de la evolución de los conceptos desarrollados hasta este punto, marcada por un contenido predominantemente científico, la explicación del fenómeno de la desjudicialización se encuentra en el plano práctico: la tutela jurisdiccional en el tiempo y el llamado “cuello de botella de la ejecución”.

III. PASADO Y PRESENTE DE LA DESJUDICIALIZACIÓN DE LA EJECUCIÓN EN BRASIL

Cada día que pasa, parece alejarse cada vez más del hombre, en todos los continentes, el pasaje contenido en la obra de François Rabelais de que “*il tempo matura tutte cose: tutte cose vengono a evidenza grazie al tempo; il tempo è padre della verità*”.¹⁴ Los tiempos han presenciado la transición del Estado liberal individualista hacia el Estado Social de Derecho, producto de profundas transformaciones políticas, económicas y sociales. El sistema de libertades formales se muestra superado por las exigencias propias de la efectividad, en concreto, de los derechos y

¹² ZAVASCKI, Teori Albino, *Processo de execução: parte geral*, 3a. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004, p. 68.

¹³ ASSIS, Araken, *Manual da execução*, 20a. ed., São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 141.

¹⁴ RABELAIS, François, *Gargantua e Pantagruelle*, vol. III, trad. di Gildo Passini, Roma, Formigini Editore, 1925, p. 216.

garantías resguardados por la Constitución.¹⁵ Algunos de estos derechos previstos en las Constituciones – en especial, para el presente estudio, la Constitución Federal brasileña – inciden directamente sobre el proceso civil, de modo que se garantice, a todos aquellos que reclamen al Estado una providencia jurisdiccional, una respuesta adecuada, eficaz y oportuna. Como bien señalan Luigi Paolo Comoglio, Corrado Ferri y Michele Taruffo, “*la disciplina giuridica del processo si è arricchita, soprattutto negli ultimi decenni, di una dimensione importantissima che deriva da uno degli aspetti più rilevanti del c.d. costituzionalismo moderno, rappresentato dall’ introduzione, nel sistema dei principi costituzionali, di garanzie attinenti al processo*”.¹⁶ En otras palabras, no basta con indicar que la decisión ha sido dictada bajo la autoridad de una disposición legal. Es necesario demostrar todavía que dicha decisión sea equitativa, oportuna y socialmente útil.¹⁷ No se debe olvidar que, para valorar la eficiencia de un sistema procesal, deben considerarse – de manera acumulativa – tanto el costo como la calidad del resultado y el tiempo del proceso judicial.¹⁸

La comprensión acerca de la lesividad de la mora judicial hizo con que se anhelase, cada vez más, la disminución del tiempo del proceso y se elevase la celeridad a principio fundamental del proceso moderno. Un corolario de este sentimiento es la afirmación corriente, como genuino adagio moderno, de que la justicia tardía equivale a la denegación de la justicia.¹⁹ Bajo este prisma, el derecho a la duración razonable del proceso adquiere un contorno relevante,

¹⁵ BERIZONCE, Roberto Omar, *Efectivo acceso a la justicia: propuesta de un modelo para el Estado Social de Derecho*, La Plata, Platense, 1987, p. 5.

¹⁶ COMOGLIO, Luigi Paolo *et al.*, *Lezioni sul processo civile*, v. I: *Il processo ordinario di cognizione*, 4a. ed., Bologna, Il Mulino, 2006, p. 25.

¹⁷ PERELMAN, Chaïm, *Lógica Jurídica: nova retórica*, trad. de Verginia K. Pupi, São Paulo, Martins Fontes, 2000, p. 154.

¹⁸ Finocchiaro, Giuseppe, “L’improbabile ‘quadratura’ costituzionale dell’equità necessaria”, *Giurisprudenza Italiana*, Torino, UTET, n. 3, marzo di 2005, pp. 540 y ss.

¹⁹ Véase: DIAS, Handel Martins, “O tempo e o processo”, *Revista da Ajuris*, v. 34, n. 108, dezembro de 2007, pp. 227-245.

pues el valor que el tiempo tiene en el proceso es inmenso,²⁰ habiendo sido elevado a la categoría de derecho fundamental en los principales tratados internacionales sobre derechos fundamentales, así como en los catálogos internos de los más avanzados ordenamientos jurídicos, incluso de Brasil.²¹ Haciendo eco de la previsión constitucional, el artículo 4º del Código Procesal Civil brasileño dispone que las partes tienen derecho a obtener, en plazo razonable, la solución integral del mérito, incluida la actividad satisfactiva. La búsqueda de prontitud en la tutela judicial se sitúa en el centro de las preocupaciones del proceso contemporáneo en la medida en que apunta a la concretización de una tutela adecuada y justa, al punto de constituirse como el resorte impulsor del principal motivo de la crisis en la justicia.²² En este sentido, la tempestividad procesal se convierte en un derecho fundamental, de donde se deriva la exigencia de que el ordenamiento procesal sea capaz de efectivizar la tutela y que esta sea adecuada como consecuencia de una distribución racional del tiempo en el proceso.²³

Como forma de promover una mejora en la prestación de la tutela jurisdiccional, la Enmienda Constitucional nº 45, de 2004, creó el Consejo Nacional de Justicia (CNJ), encargado, entre otras funciones, de realizar levantamientos estadísticos consolidados en informes que permiten evaluar el desempeño de los órganos del Poder Judicial (art. 103-B, § 4º, VI y VII de la Constitución Federal). A lo largo de dos décadas de elaboración de estos informes, se ha evidenciado que, si bien el tiempo de respuesta del Poder Judicial en los procesos de conocimiento ha sido reducido, en los procesos

²⁰ CARNELUTTI, Francesco, *Derecho procesal civil y penal*, v. I: *Derecho procesal civil*, trad. de Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971, p. 412.

²¹ Previsto en el art. 5º, LXXVIII, de la Constitución Federal de Brasil, con la redacción dada por la Enmienda Constitucional n.º 45/2004.

²² CRUZ E TUCCI, José Rogério, *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998, pp. 15-16.

²³ MARINONI, Luiz Guilherme, *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997, p. 20.

de ejecución no se ha obtenido el mismo resultado. Esta problemática ha sido identificada por el propio CNJ como los “cuellos de botella de la ejecución”. De forma ilustrativa, la última edición del informe anual revela que el tiempo medio para que una demanda sea sentenciada es de 1 año y 5 meses,²⁴ mientras que, en promedio, la ejecución demora 4 años y 6 meses.²⁵ La dificultad para gestionar los procesos de ejecución ocasiona el congestionamiento del Poder Judicial, ya que, aunque en 2023 ingresaron el doble de casos de conocimiento que de ejecución, al observar el acervo,²⁶ la tasa de congestionamiento en la fase de ejecución es del 81 %, mientras que en la fase de conocimiento es del 65%.²⁷ Por ello, la conclusión de Flávia Pereira Ribeiro, autora de la tesis doctoral que dio origen al Proyecto de Ley n.º 6.204/19 – que trata de la desjudicialización de la ejecución civil – es que se vive un verdadero colapso en el proceso ejecutivo brasileño.²⁸

Frente a este desafiante escenario, se buscan soluciones que, superando el dogma del monopolio de la tutela jurisdiccional ejecutiva, ofrezcan alternativas que satisfagan los derechos reconocidos de las partes. Este desafío no es exclusivo del sistema brasileño, siendo pertinente recordar que el Consejo de Europa, mediante la Recomendación n.º 17, de fecha 9 de septiembre de 2003, instó a los Estados miembros a promover la eficacia de la ejecución conforme a los principios orientadores delineados en dicho documento. Tales principios destacan la ejecución llevada a cabo por medio del agente de ejecución, definido como la persona autorizada por el Estado para conducir el proceso ejecutivo, independientemente de que sea o no empleada por el propio Estado.²⁹ Desde hace tiempo, Francia cuenta con la figura de los

²⁴ Conselho Nacional de Justiça (CNJ), 2024, *Justiça em números 2024*, Brasília, CNJ, 2024, p. 188.

²⁵ *Ibidem*, p. 283.

²⁶ *Ibidem*, p. 188.

²⁷ *Ibidem*, p. 283.

²⁸ RIBEIRO, Flávia Pereira, *Desjudicialização da execução civil*, 2a. ed., Curitiba, Juruá, 2019, p. 15.

²⁹ FERNANDES, Geraldo Og Nicéas *et al.*, “A desjudicialização da execução civil: reflexões sobre o PL 6.204/2019 do Senado Federal”, em Marcelo Navarro Ribeiro Dantas (org.), *Inovações no sistema de justiça: meios alternativos de resolução de conflitos*,

huissiers de justice, una combinación de profesionales liberales y auxiliares de la justicia, encargados de llevar a cabo los actos de ejecución forzosa y de aprehensión de bienes para su conservación, conforme a las disposiciones de la Ley Francesa de 9 de julio de 1991.³⁰ Portugal, por su parte, promovió reformas en su sistema ejecutivo en el año 2003, mediante el Decreto-Ley n.º 38/2003.³¹ En 2008, el Decreto-Ley n.º 226 perfeccionó el modelo y amplió la desjudicialización de la ejecución, creando la figura del agente de ejecución, profesional liberal responsable de la conducción del proceso ejecutivo bajo el control del juez.³²⁻³³

Se percibe, en definitiva, que la desjudicialización de la ejecución civil no es una cuestión reciente ni, tampoco, exclusiva del derecho brasileño, mereciendo una atención más cuidadosa y diligente tanto en lo relativo a la seguridad como a la efectividad de la tutela.

justiça multiportas e iniciativas para a redução da litigiosidade: estudos em homenagem a Múcio Vilar Ribeiro Dantas, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2022, pp. 110.

³⁰ RESENDE, José Carlos, “Balanço de um novo interveniente processual”, *Balanço da Reforma da acção executiva (encontro anual de 2004)*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pp. 59-72, esp. pp. 60-61.

³¹ PINTO, Rui Gonçalves, *Manual da execução e despejo*, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, p. 85.

³² SILVA RUCHA, Ana Maria Rodrigues, *O papel do agente de execução na acção executiva*, Dissertação de mestrado, Lisboa, Instituto Superior de Ciências da Administração, Departamento de Direito, Lisboa, 2013, p. 15.

³³ Esta sistemática se mantuvo en el nuevo Código de Proceso Civil portugués y fue nuevamente perfeccionada en 2014 por la Ley nº 32, que instituyó el PEPEX, un instrumento de investigación extrajudicial sobre el patrimonio del deudor, con miras a la previa verificación de la posibilidad de embargo en una futura ejecución. Véase: MEDEIROS NETO, Elias Marques, “Breves notas sobre institutos da execução civil do direito processual alemão e do direito processual português que podem auxiliar na solução da grave crise da execução civil brasileira”, *Revista de Processo*, São Paulo, v. 49, n. 348, fevereiro de 2024, pp. 431-450.

1. Desjudicialización de la ejecución orientada a la reducción del costo del crédito en determinadas relaciones jurídicas

Un primer conjunto de soluciones que se vale de la desjudicialización de la ejecución tiene su raíz en el derecho material cuya satisfacción se pretende, especialmente en las relaciones crediticias. Como forma de fomentar el mercado de crédito, el ordenamiento jurídico dotó a los agentes de este sector de mecanismos más eficientes para la satisfacción de sus créditos no satisfechos. El primer reflejo de este contexto se remonta al año 1966, con la adopción de mecanismos extrajudiciales para la promoción de la ejecución de deudas hipotecarias. Dicha norma fue fruto de la necesidad de incentivar a las instituciones financieras a conceder crédito para la construcción de viviendas mediante la reducción de sus riesgos y costos derivados de un eventual incumplimiento.³⁴ En aquel año se dictó el Decreto-Ley n.º 70, que preveía la posibilidad de este tipo de procedimiento ante un agente fiduciario (designado en el contrato que originó la hipoteca), quien notificaría al deudor para efectuar el pago a través del Registro de Títulos y Documentos. Si no se realizaba el pago en el plazo, el agente procedía a la publicación de edictos para la realización de una subasta destinada a la venta del inmueble hipotecado (art. 32). Este procedimiento fue recientemente modificado por la Ley 14.711, de 2023, que, además de introducir cambios procedimentales, atribuyó al registrador de la propiedad inmueble la responsabilidad por los actos de ejecución extrajudicial, pudiendo, conforme a la ley, llevar a cabo la venta del bien mediante subasta pública electrónica, autorizar la adjudicación al acreedor o la enajenación directa del bien (art. 9, §§ 1.º, 3.º y 9.º). A pesar de que ya se había debatido la constitucionalidad del referido Decreto y de sus técnicas ejecutivas no subordinadas al Poder Judicial, el Supremo Tribunal Federal (STF), el 23 de junio de 1998, asentó el entendimiento de que el Decreto-Ley n.º 70 gozaba de constitucionalidad (Recurso Extraordinario n.º 233.075). No obstante, el debate regresó a la Corte Suprema en el año 2010 y, el 8 de abril de 2021, su constitucionalidad fue nuevamente afirmada. La tesis de repercusión general fijada en el juzgamiento de los

³⁴ RIBEIRO, Flávia Pereira, *Desjudicialização da execução civil*, 2a. ed., Curitiba, Juruá, 2019, p. 41.

Recursos Extraordinarios n.ºs 556.520 y 627.106 por el STF estableció que es constitucional el procedimiento de ejecución extrajudicial previsto en el Decreto-Ley n.º 70/1966 pues fue debidamente recepcionado por la Constitución Federal de 1988 (Tema 249).

Igual suerte corrió la transmisión fiduciaria de bien inmueble,³⁵ instituto jurídico regulado por la Ley n.º 9.514/1997 y modificado por la Ley n.º 14.711/2023. Esta ejecución se hace ante el registrador de la propiedad competente, quien, tras la notificación al deudor, efectúa la consolidación de la propiedad (acto ejecutivo) a nombre del acreedor fiduciario. Además de consolidar la propiedad a su favor, el acreedor fiduciario podrá promover una subasta pública para la venta del inmueble, cuyo producto se destinará, si es posible al cumplimiento de la deuda. Del mismo modo que ocurrió con el Decreto-Ley n.º 70/1966, se debatió la constitucionalidad de las medidas ejecutivas extrajudiciales autorizadas, habiendo el STF reconocido su constitucionalidad en fallo publicado en 2024 (Recurso Extraordinario n.º 860.631). El Tribunal Pleno fijó tesis en el sentido de que es constitucional el procedimiento previsto en la Ley n.º 9.514/1997 para la ejecución extrajudicial de la cláusula de propiedad fiduciaria en garantía, dado que es compatible con las garantías procesales previstas en la Constitución Federal (Tema 982). Y el principal fundamento adoptado por el STF para respaldar el juicio de constitucionalidad radicó en la posibilidad de que el deudor recurra al Poder Judicial en caso de verificar alguna irregularidad en el procedimiento o considerar que se ha vulnerado un derecho del cual se considere titular. Las partes involucradas disponen, así, de plena libertad para defender sus intereses ante la justicia en cualquier fase del procedimiento, conforme lo establece el artículo 5.º, inciso XXXV, de la Constitución Federal brasileña.

Cabe recordar también la figura de la compraventa fiduciaria de bienes muebles, que permite al propietario fiduciario o acreedor vender el bien dado en garantía a terceros en caso de incumplimiento

³⁵ Negocio jurídico por el cual el deudor fiduciante, con el objetivo de garantizar una obligación propia o ajena, transfiere al acreedor, o fiduciario, la propiedad resoluble del bien inmueble.

o mora en las obligaciones contractuales, independientemente de subasta, remate público, tasación previa o cualquier otra medida judicial o extrajudicial. La compraventa fiduciaria de bienes muebles está regulada por el Decreto-Ley n.º 911/1969, habiendo sido significativamente modificada por las Leyes n.º 10.931/2004 y 13.043/2014 con el objetivo de conferirle mayor efectividad. En reiteradas ocasiones, el STF ha tenido la oportunidad de manifestar la constitucionalidad de sus disposiciones por haber sido recepcionadas por la Constitución Federal de 1988. Recientemente, a través de la Ley n.º 14.711/2023, el Decreto-Ley n.º 911/1969 fue nuevamente modificado de forma substancial objetivando conferir mayor efectividad a los actos ejecutivos realizados fuera del ámbito del Poder Judicial.³⁶ Debido a esta reforma en el Decreto-Ley n.º 911/1969, una vez consolidada la plena propiedad sobre el bien objeto de compraventa fiduciaria y no habiéndose entregado o puesto voluntariamente a disposición por el deudor, el acreedor puede solicitar la búsqueda y aprehensión extrajudicial del bien al oficial del registro de títulos y documentos, pudiendo valerse de empresas especializadas en la localización de bienes para su posterior aprehensión y venta. Estas modificaciones dieron lugar a la presentación, ante el STF, de acciones directas de inconstitucionalidad promovidas por la Unión de Oficiales de Justicia de Brasil (ADI 7600) y por la Asociación de Magistrados Brasileños (ADI 7601), ambas aún en trámite.

2. Desjudicialización de la ejecución derivada de la valorización de la autonomía privada y del movimiento de “privatización” del proceso

Otro conjunto de situaciones que permiten, o permitirían, la desjudicialización se basa en la idea de autonomía de la voluntad, en la línea de comprensiones y tendencias de “privatización” del proceso civil.

³⁶ La Ley n.º 14.711/2023 también prevé procedimientos para la ejecución extrajudicial de los créditos garantizados por hipoteca y para la ejecución extrajudicial de la garantía inmobiliaria en caso de pluralidad de acreedores.

Sin tratar propiamente de la ejecución, la desjudicialización de cuestiones en las que el interés privado de las partes fuera objeto de tutela tuvo gran repercusión en Brasil a partir de la posibilidad de que asuntos relacionados con el derecho de familia y el derecho sucesorio pudieran resolverse sin la intervención del Poder Judicial. Tras la entrada en vigor de la Ley n.º 11.441/2007, se pasó a permitir que se realicen por escritura pública el inventario y la partición (siempre que no hubiera testamento ni interesados incapaces), así como la realización de separación y divorcio de común acuerdo (siempre que no hubiera hijos menores o incapaces y se observaren los requisitos legales en cuanto a los plazos).³⁷ Dos aspectos merecen ser destacados. Primero, se observa la prevalencia de los acuerdos de voluntades cuando la cuestión a resolver no involucra materias de orden público (como el interés de incapaces o actos de última voluntad). Segundo, mediante escritura pública otorgada en notaría, ya era posible la concreción de derechos – tales como la modificación del registro civil, la transferencia de titularidad de inmuebles y el retiro de sumas depositadas en instituciones financieras – sin necesidad de ninguna aprobación del Poder Judicial. Comprendiendo la ejecución como procedimiento vuelto a la realización de derechos reconocidos y la partición de bienes mediada por el notario como reconocimiento de derechos, se perciben rasgos ejecutivos en este tipo de medidas.

La desjudicialización de los actos ejecutivos basada en la autonomía de la voluntad y la privatización del proceso no se limita a situaciones jurídicas puntuales, como la descrita anteriormente. Desde una perspectiva más amplia, esta realidad se manifiesta en la existencia de una cláusula general en el Código Procesal Civil que autoriza la celebración de convenciones procesales (art. 190).³⁸ Así,

³⁷ Con el fin de atribuir mayor seguridad jurídica al negocio jurídico celebrado, se exigió la participación de un abogado o defensor público a representar las partes para la validez del acto.

³⁸ El artículo 190 del Código Procesal Civil de Brasil dispone que, tratándose de un proceso sobre derechos que admitan autocomposición, es lícito a las partes plenamente capaces estipular cambios en el procedimiento para adaptarlo a las especificidades del caso y convenir sobre sus cargas, poderes, facultades y deberes procesales, antes o durante el proceso.

determinadas cuestiones (modificaciones del procedimiento, definiciones sobre cargas, poderes, facultades y deberes procesales), cuando el proceso verse sobre una causa que admita autocomposición, pasaron a ser, de forma amplia, susceptibles de adaptación por las partes, atenuando el carácter eminentemente público del proceso civil. Esta nueva visión, unida a la percepción de que la función ejecutiva no está monopolizada por el Estado, aún puede verse influida por la permisón que el ordenamiento jurídico brasileño confiere al juez (dentro de ciertos límites que no se detallan en el presente artículo) de determinar técnicas ejecutivas atípicas.³⁹ Cabe señalar que esta posibilidad de adopción de mecanismos extrajudiciales en el proceso de ejecución depende de la densificación conjunta de dos cláusulas generales procesales – la atipicidad de las técnicas ejecutivas y la convencionalidad procesal –, lo que ocasiona una gran indeterminación jurídica respecto a su aplicabilidad. Por otro lado, la tipificación de la ejecución extrajudicial aportaría un mayor grado de concreción a las técnicas, permitiendo una utilización más segura de soluciones que no pasen por el Poder Judicial. Existe en la doctrina brasileña la consideración de que la conjugación de la atipicidad de las técnicas ejecutivas con la negociabilidad de reglas y actos procesales ejecutivos por las propias partes podría convertirlas en extrajudiciales.⁴⁰

IV. FUTURO DE LA DESJUDICIALIZACIÓN DE LA EJECUCIÓN EN EL DERECHO BRASILEÑO

Como se ha demostrado, el tema de la desjudicialización de la ejecución es conocido y ha venido implementándose en el derecho brasileño desde hace bastante tiempo. No obstante, al parecer, aún

³⁹ La atipicidad de los medios ejecutivos está contemplada en el artículo 139, inciso IV, del Código Procesal Civil, el cual faculta al juez a determinar todas las medidas inductivas, coercitivas, mandamentales o subrogatorias necesarias para garantizar el cumplimiento de la orden judicial, incluso en acciones cuyo objeto sea una prestación pecuniaria.

⁴⁰ Véase: REICHEL, Luis Alberto, *et. al.*, “Direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva e desjudicialização da atividade processual executiva”, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 112, n. 1.053, julho de 2023, pp. 215-227.

no se ha alcanzado todo el potencial de su utilización. Esto se debe a que actualmente están en trámite en el Congreso Nacional dos proyectos de ley que proponen cambios significativos en el escenario de la desjudicialización de la ejecución.

1. Desjudicialización de ejecuciones fiscales

El primero de ellos está dirigido a mitigar un grave problema de gestión procesal existente en Brasil, derivado del enorme número de ejecuciones fiscales en la Justicia Federal, en la Justicia de los Estados, así como en la Justicia del Distrito Federal y Territorios. Dentro del preocupante escenario ya expuesto del “cuello de botella de la ejecución” brasileña, cobran especial relevancia los efectos producidos por la gran cantidad de ejecuciones fiscales. En el último informe *Justiça em Números*, de 2024, el Consejo Nacional de Justicia dedica especial atención al impacto de las ejecuciones fiscales en el sistema de justicia brasileño. El documento presenta informaciones impresionantes, revelando que las ejecuciones fiscales corresponden al 31% de todos los casos pendientes en la Justicia y al 59% del total de las ejecuciones pendientes. La tasa de congestión en la ejecución fiscal es del 87,8% y que, sin estos procesos, la tasa global del Poder Judicial bajaría del 70,5% al 64,7%. El tiempo medio de tramitación de las ejecuciones archivadas fue de 7 años y 9 meses, el triple del tiempo medio global de los procesos archivados.⁴¹

Este es el escenario que el Proyecto de Ley n.º 4.257/2019 se propone solucionar mediante modificaciones a la Ley n.º 6.830/1980 (Ley de Ejecuciones Fiscales). Para ello, presenta dos caminos. Un primer camino posibilita la instauración del arbitraje para juzgar la defensa presentada por el ejecutado cuando la ejecución esté garantizada mediante depósito en dinero, fianza bancaria o seguro garantía⁴². Se trata de una nueva-vieja confianza en el

⁴¹ Conselho Nacional de Justiça (CNJ), 2024, *Justiça em números 2024*, op. cit., p. 21.

⁴² Redacción del Proyecto de Ley n.º 4.257/2019 para los artículos 16-A a 16-F de la Ley n.º 6.830/1980.

proceso arbitral como alternativa de resolución de conflictos y medio para reducir la cantidad de procesos sometidos al Poder Judicial. El segundo camino presentado por el Proyecto de Ley para superar la crisis provocada por el excesivo número de ejecuciones fiscales ante el Poder Judicial es más audaz. A través de él se permitiría la instauración de la ejecución fiscal extrajudicial para exigir los siguientes tributos: contribución de mejora, derivada de obras públicas; impuesto sobre la propiedad territorial rural; impuesto sobre la propiedad de vehículos automotores; además de las tasas debidas en función de la propiedad, el usufructo o la posesión de bienes inmuebles susceptibles de enajenación o en razón de la propiedad de vehículos.⁴³ El alcance de esta ejecución fiscal extrajudicial está determinado por la vinculación del tributo a determinados bienes, lo que permitiría, como se verá en la descripción procedimental, la práctica de actos ejecutivos sobre ellos. Según la justificación del Proyecto de Ley, con respecto a los mencionados bienes, el proceso de ejecución tiene la peculiaridad de que no es necesario localizar un bien del deudor, ya que la obligación tributaria surge del hecho de que el deudor es propietario, usufructuario o poseedor de determinado bien.

El procedimiento, en líneas generales, prevé que la Hacienda Pública, tras la determinación del monto adeudado y su inscripción en deuda activa (lo que ya ocurre hoy), formalice administrativamente la ejecución de la deuda mediante la notificación al ejecutado, acompañándola de la Certificación de la Deuda Activa, e indique el monto total de la deuda con el capital, los intereses, la multa por mora y los cargos aplicables.⁴⁴ Si no se realiza el pago dentro del plazo de 30 días indicado en la notificación, la propia Hacienda Pública deberá levantar un acta de embargo, con el número de la Certificación de la Deuda Activa y el valor total de la deuda debidamente actualizado, y requerir al Registro de la Propiedad Inmueble o al Departamento de Tránsito la anotación del embargo en la matrícula del inmueble o en el registro

⁴³ Redacción del Proyecto de Ley n.º 4.257/2019 para el artículo 41-A de la Ley n.º 6.830/1980.

⁴⁴ Redacción del Proyecto de Ley n.º 4.257/2019, para el artículo 41-B de la Ley n.º 6.830/1980.

del vehículo, respectivamente.⁴⁵ Notificado el deudor del embargo, podrá presentar su defensa mediante una acción autónoma ante el Poder Judicial, o ante un tribunal arbitral, tal como ya se ha expuesto.⁴⁶ Empero, si el deudor no realiza el pago ni presenta defensa, la Hacienda Pública estará autorizada a efectuar inmediatamente la primera subasta del inmueble o del vehículo embargado por medio de un agente fiduciario.⁴⁷ Este agente fiduciario será, en el caso de bienes inmuebles, una institución financiera, incluida una sociedad de crédito inmobiliario, seleccionada mediante concurso simplificado, o un órgano o entidad de la Administración Pública con competencia para la ejecución de actividades inmobiliarias.⁴⁸ Tratándose de vehículos automotores, el agente fiduciario será la institución financiera mencionada anteriormente o el órgano ejecutivo de tránsito de la Administración Pública al que pertenezca la Hacienda Pública acreedora.⁴⁹ Una vez realizada la enajenación del bien, deberá emitirse una carta de adjudicación que servirá como título de propiedad para su inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble o en el Departamento de Tránsito.⁵⁰

2. Procedimiento general para la desjudicialización de las ejecuciones civiles

El segundo Proyecto de Ley que pretende modificar el futuro de la desjudicialización de la ejecución de manera bastante amplia, a diferencia del primero que se limita a las ejecuciones fiscales, es el Proyecto de Ley n.º 6.204/2019. Este Proyecto de Ley abre la

⁴⁵ Redacción del Proyecto de Ley n.º 4.257/2019, para el artículo 41-D de la Ley n.º 6.830/1980.

⁴⁶ Redacción del Proyecto de Ley n.º 4.257/2019, para el artículo 41-F de la Ley n.º 6.830/1980.

⁴⁷ Redacción del Proyecto de Ley n.º 4.257/2019, para el artículo 41-G de la Ley n.º 6.830/1980.

⁴⁸ Redacción del Proyecto de Ley n.º 4.257/2019, para el artículo 41-G, § 1.º, de la Ley n.º 6.830/1980.

⁴⁹ Redacción del Proyecto de Ley n.º 4.257/2019, para el artículo 41-G, § 3.º, de la Ley n.º 6.830/1980.

⁵⁰ Redacción del Proyecto de Ley n.º 4.257/2019, para el artículo 41-O de la Ley n.º 6.830/1980.

posibilidad de que el titular de un título judicial o extrajudicial pueda implementar la ejecución por vía extrajudicial. No obstante, impediría que fuesen partes en esta modalidad de ejecución las personas incapaces, los condenados presos o internados, las personas jurídicas de derecho público, las masas en quiebra y los insolventes civiles, y exigiría que el ejecutante estuviese representado por un abogado. La conducción del proceso de ejecución extrajudicial quedaría a cargo de un agente de ejecución. En la justificación del Proyecto de Ley se señaló que, en la mayoría de los países europeos, la ejecución de títulos ejecutivos se realiza sin la intervención del Poder Judicial, siendo una atribución del agente de ejecución, quien recibe la solicitud del acreedor y le da el debido trámite, destacándose la experiencia portuguesa de desjudicialización de la ejecución, especialmente a partir de 2008. Añade además la justificación que, ante el éxito de la experiencia portuguesa, se propone una desjudicialización de la ejecución adaptada a la realidad brasileña, con el máximo aprovechamiento de las estructuras extrajudiciales existentes, que desde hace tiempo ya demuestran excelencia en el cumplimiento de sus funciones. Así, con el fin de materializar este objetivo de adaptación a las estructuras extrajudiciales existentes, se asigna al Notario de Protesto (o sus sustitutos y empleados debidamente acreditados o delegados) el ejercicio de las funciones de agente de ejecución.

Entre las facultades que serían concedidas al agente de ejecución brasileño, se destacan: examinar la solicitud y los requisitos del título ejecutivo; examinar la eventual ocurrencia de prescripción y caducidad; consultar la base mínima obligatoria de datos para la localización del deudor y de su patrimonio; efectuar el embargo y la tasación de los bienes; realizar actos de expropiación; efectuar el pago al ejecutante; extinguir la ejecución. Se observa que, entre los actos descritos, existen algunos que, como el reconocimiento de la prescripción y de la caducidad, autorizan al agente de ejecución a realizar una actividad cognitiva y no meramente procedimental. Sin embargo, cuando sea necesaria una profundización de dicha actividad cognitiva (lo que el Proyecto de Ley denomina “duda relevante”), el agente de ejecución podrá consultar al juez competente, ya sea por iniciativa propia o ante dudas planteadas por las partes o terceros en casos de decisiones no reconsideradas. Subrayan Gláucia M. Coelho e Rafael F. Guedes que tales

actividades tendrán la capacidad de eximir al magistrado de realizar actos meramente procedimentales, que, de modo inevitable, sobrecargan de manera innecesaria el aparato judicial.⁵¹

El Proyecto de Ley n.º 6.204/2019 establece que las materias susceptibles de consulta por parte del agente de ejecución serían aquellas relacionadas con el título ejecutivo y con el procedimiento. E en caso de que sea necesaria la aplicación de medidas de fuerza o coerción, el agente de ejecución deberá solicitarlas al juez competente para que, si corresponde, se ordene a la autoridad policial la realización de la diligencia adecuada. Las decisiones del agente de ejecución que puedan causar perjuicio a las partes podrán ser impugnadas mediante la suscitación de duda ante el propio agente, quien, en caso de no reconsiderar su decisión, deberá remitir la cuestión al juez competente y notificará a la parte contraria para que presente su manifestación directamente ante dicho juez. Otra situación que exigiría la intervención del Poder Judicial sería la presentación de defensa por medio de embargos por parte del ejecutado. Los embargos del deudor constituyen una acción impugnatoria autónoma de carácter defensivo dirigida al juez del lugar donde se encuentre la notaría de protesto en la que se esté tramitando la ejecución extrajudicial. Se trata de la misma forma de defensa de la que dispone el deudor en el proceso de ejecución de título extrajudicial ante el Poder Judicial (CPC, arts. 914 al 920).⁵²

En síntesis, aprobado el mencionado Proyecto de Ley, cuya constitucionalidad es reconocida a priori por la doctrina,⁵³ los procesos de ejecución de títulos ejecutivos judiciales y

⁵¹ COELHO, Gláucia Mara e Rafael Fernandes Guedes, “Breves apontamentos sobre a desjudicialização da execução: necessidade e desafios”, em Medeiros Neto, Elias Marques e Ribeiro, Flávia Pereira (coords.), *Reflexões sobre a desjudicialização da execução civil*, Curitiba, Juruá, 2020, p. 388.

⁵² En la ejecución de título judicial, la defensa se presenta incidentalmente mediante impugnación a la solicitud de cumplimiento de sentencia.

⁵³ THEODORO JUNIOR, Humberto, “A desjudicialização da execução civil: projetos legislativos em andamento”, *Revista de Processo*, São Paulo, v. 46, n. 313, março de 2021, pp. 153-163.

extrajudiciales pasarían a ser promovidos ante agentes de ejecución (notarios de protesto), quien estarían autorizados para conducir los procedimientos, realizar actos de aprehensión, expropiación y pago. Llama la atención, en un primer momento, que existe una “privatización” atenuada del modelo de ejecución extrajudicial propuesto, ya que el notario ejerce una función delegada por el Estado mediante concurso público. Se percibe una limitación de la propuesta en comparación con el modelo de ejecución extrajudicial conducido por un agente de ejecución estrictamente privado.⁵⁴ Por otro lado, el Proyecto de Ley brasileño confiere al notario una presunta imparcialidad, derivada de la forma de ingreso en la carrera.⁵⁵ De la misma manera, se observa que la extrajudicialización es atenuada, en la medida en que los actos del notario pueden ser impugnados, además de ante el propio agente de ejecución, también ante el Poder Judicial (suscitación de duda), lo que configura, por tanto, un sistema bipartito de juzgamiento.⁵⁶ Sin evaluar cualitativamente de manera detenida los dos mencionados Proyectos de Ley, ni especular sobre si dichos proyectos serán o no aprobados, o incluso si lograrán alcanzar los fines que se proponen, su mera existencia revela, por un lado, la disposición a superar el dogma del monopolio del ejercicio del *imperium* derivado de la actividad jurisdiccional, pero, por otro lado, que la presencia estatal y el control judicial sobre los actos practicados siguen siendo condiciones casi ineludibles de la tutela ejecutiva.

⁵⁴ Sobre el tema, véase: CARVALHO FARIAS, Rachel Nunes, *Desjudicialização do processo de execução: o modelo português como uma alternativa estratégica para a execução civil brasileira*, Curitiba, Juruá, 2015.

⁵⁵ FAVERO, Gustavo Henrichs, *Jurisdição extrajudicial pelos notários e registradores*, Salvador, Juspodivm, 2024, p. 328.

⁵⁶ HILL, Flávia Pereira, “Desjudicialização da execução civil: reflexões sobre o projeto de lei nº 6.204/2019”, *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 3, setembro a dezembro de 2020, pp. 164-205, esp. p. 193.

V. CONCLUSIÓN

La comprensión de que la actividad jurisdiccional es un monopolio estatal no se corresponde con la realidad brasileña. En la búsqueda de la efectividad en la prestación de tutela de los derechos – generalmente asociada al excesivo tiempo de duración de los procesos ante el igualmente excesivo número de demandas –, el derecho procesal brasileño ha venido transformando el deber de prestar tutela estatal mediante la atribución del respectivo poder a determinados agentes privados. Como se ha demostrado a lo largo del presente artículo, esta tendencia que comenzó exclusivamente frente a las tutelas cognitivas (definitivas o provisionales) a través del arbitraje, se ha ido ampliando gradualmente, pero a un ritmo acelerado, hacia una universalización de todos los tipos de tutelas. En este contexto, por ejemplo, es posible imaginar que el árbitro, además de dictar el laudo arbitral, podría concretar los respectivos actos de ejecución.

En este estudio se verificó que en Brasil existe una tradición de reconocer la adopción de medios ejecutivos extrajudiciales para determinadas situaciones (establecidas en la ley para casos puntuales). En este contexto, destaca el amplio uso de técnicas ejecutivas para la satisfacción de las obligaciones derivadas de la enajenación fiduciaria. No obstante, aunque sea posible considerar la extrajudicialización de técnicas ejecutivas de manera más amplia, ante la conjunción de la convencionalidad y la atipicidad de los actos ejecutivos, existe una aparente resistencia a su adopción. Esta hipotética resistencia podría superarse mediante la adopción de un texto legal que permita de forma amplia la utilización de un proceso ejecutivo “integralmente” extrajudicial.

Esta fe de que una nueva legislación resolvería todas las deficiencias existentes, superando todas las desconfianzas, es muy optimista e incluso peligrosa. Al analizar el caso específico del

Proyecto de Ley nº 6.204/2019, desde el principio parece que la solución presentada – remitir la solución del excesivo volumen de trabajo del Poder Judicial (Estado) a un agente delegado del Estado – contiene una contradicción intrínseca. Si hoy es el Poder Judicial quien no dispone de medios suficientes para lidiar con el volumen de procesos, mañana serán los servicios notariales quienes encontrarán dificultades para estructurarse adecuadamente y atender esta demanda (hoy el número de notarios en Brasil es notoriamente insuficiente para cumplir con esta tarea). Desde otra perspectiva, la creación de una ley con el fin de resolver problemas prácticos (exceso de procesos ante el Poder Judicial y falta de razonabilidad en los tiempos de tramitación) no puede servir de excusa para la supresión de derechos fundamentales procesales. Derechos que la actuación de la magistratura en colaboración con la abogacía ha estado asegurando, aunque con algunos tropiezos, la prestación de la tutela jurisdiccional de manera justa.

VI. REFERENCIAS

- ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos, *et. al.*, *Teoria geral do processo*, 27a. ed., Malheiros, São Paulo, 2011.
- ASSIS, Araken, *Manual da execução*, 20a. ed., Thomson Reuters Brasil, São Paulo, 2018.
- BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo e Fábio Gomes, *Teoria geral do processo civil*, 3a. ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002.
- BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo, *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*, 3a. ed., Forense, Rio de Janeiro, 2007.
- BERIZONCE, Roberto Omar, *Efectivo acceso a la justicia: propuesta de un modelo para el Estado Social de Derecho*, Platense, La Plata, 1987.
- CARNELUTTI, Francesco, *Derecho procesal civil y penal*, v. I: *Derecho procesal civil*, trad. de Santiago Sentis Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1971.
- CARVALHO FARIAS, Rachel Nunes, *Desjudicialização do processo de execução: o modelo português como uma alternativa estratégica para a execução civil brasileira*, Juruá, Curitiba, 2015.

- COMOGLIO, Luigi Paolo *et al.*, *Lezioni sul processo civile*, v. I: *Il processo ordinario di cognizione*, 4a. ed., Il Mulino, Bologna, 2006.
- COUTURE, Eduardo J., *Fundamentos del derecho procesal civil*, 3a. ed., Depalma, Buenos Aires, 1958.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério, *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1998.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil: a execução na teoria geral do direito processual civil*, 2a. ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 1987.
- DUTRA DE FREITAS, Felipe, *A desjudicialização da execução civil e o potencial contributivo de medidas próprias de Environmental, Social and Governance (ESG) para ampliar o direito fundamental de acesso à justiça*, Dialética, São Paulo, 2025.
- FAVERO, Gustavo Henrichs, *Jurisdição extrajudicial pelos notários e registradores*, Juspodivm, Salvador, 2024.
- FERNANDES, Geraldo Og Nicéas *et al.*, “A desjudicialização da execução civil: reflexões sobre o PL 6.204/2019 do Senado Federal”, em Marcelo Navarro Ribeiro Dantas (org.), *Inovações no sistema de justiça: meios alternativos de resolução de conflitos, justiça multiportas e iniciativas para a redução da litigiosidade: estudos em homenagem a Múcio Vilar Ribeiro Dantas*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2022.
- MARINONI, Luiz Guilherme, *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1997.
- MEDEIROS NETO, Elias Marques e Flávia Pereira Ribeiro, *Reflexões sobre a desjudicialização da execução civil*, Juruá, Curitiba, 2020.
- PERELMAN, Chaïm, *Lógica Jurídica: nova retórica*, trad. de Vergínia K. Pupi, Martins Fontes, São Paulo, 2000.
- PINTO, Rui Gonçalves, *Manual da execução e despejo*, Coimbra Editora, Coimbra, 2013.
- RABELAIS, François, *Gargantua e Pantagruelle*, vol. III, trad. di **Gildo Passini**, Formiggini Editore, Roma, 1925.

- RESENDE, José Carlos, “Balanço de um novo interveniente processual”, *Balanço da Reforma da acção executiva (encontro anual de 2004)*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005.
- RIBEIRO, Flávia Pereira, *Desjudicialização da execução civil*, 2a. ed., Juruá, Curitiba, 2019.
- SILVA RUCHA, Ana Maria Rodrigues, *O papel do agente de execução na ação executiva*, Dissertação de mestrado, Lisboa, Instituto Superior de Ciências da Administração, Departamento de Direito, Lisboa, 2013.
- YARSHELL, Flávio Luiz e SIQUEIRA RODRIGUES, Viviane, “Desjudicialização da execução civil: uma solução útil e factível entre nós?”, em Elias Marques Medeiros Neto e Flávia Pereira Ribeiro, coords., *Reflexões sobre a desjudicialização da execução civil*, Juruá, Curitiba, 2020.
- ZAVASCKI, Teori Albino, *Processo de execução: parte geral*, 3a. ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2004.

Hemerografia

- CARMONA, Carlos Alberto, “Arbitragem e jurisdição”, *Revista Brasileira de Direito Processual*, Uberaba, 1990, v. 15, n. 58, pp. 33-40.
- COELHO, Gláucia Mara e Rafael Fernandes Guedes, “Breves apontamentos sobre a desjudicialização da execução: necessidade e desafios”, em Medeiros Neto, Elias Marques e Ribeiro, Flávia Pereira (coords.), *Reflexões sobre a desjudicialização da execução civil*, Curitiba, Juruá, 2020, pp. 373-392.
- DIAS, Handel Martins, “O tempo e o processo”, 2007, *Revista da Ajuris*, v. 34, n. 108, pp.227-245.
- FINOCCHIARO, Giuseppe, “L’improbabile ‘quadratura’ costituzionale dell’equità necessaria”, *Giurisprudenza Italiana*, Torino, UTET, n. 3, marzo di 2005, pp. 540-545.
- HILL, Flávia Pereira, “Desjudicialização da execução civil: reflexões sobre o projeto de lei nº 6.204/2019”, *Revista Eletrônica de Direito Processual*, 2020, Rio de Janeiro, v. 21, n. 3, pp. 164-205.
- MEDEIROS NETO, Elias Marques, “Breves notas sobre institutos da execução civil do direito processual alemão e do direito processual português que podem auxiliar na solução da

- grave crise da execução civil brasileira”, *Revista de Processo*, 2024, São Paulo, v. 49, n. 348, pp. 431-450.
- REICHELT, Luis Alberto *et al.*, “Direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva e desjudicialização da atividade processual executiva”, *Revista dos Tribunais*, 2023, São Paulo, v. 112, n. 1.053, pp. 215-227.
- THEODORO JUNIOR, Humberto, “A desjudicialização da execução civil: projetos legislativos em andamento”, *Revista de Processo*, São Paulo, 2021, v. 46, n. 313, pp. 153-163.
- WALD, Arnoldo, “Arbitragem: passado, presente e futuro”, *Revista de Arbitragem e Mediação*, 2016, São Paulo, v. 13, n. 50, pp. 59-78.

Legisgrafia

- Conselho Nacional de Justiça (CNJ), 2024, *Justiça em números 2024*, Brasília, CNJ, 2024. <https://tinyurl.com/4kfk29e>
- Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. <https://tinyurl.com/3hh7vrde>
- Decreto-Lei nº 70/1966. <https://tinyurl.com/3bb6fnkn>
- Lei nº 11.441/2007. <https://tinyurl.com/f4trr56t>
- Lei nº 13.105/2015. <https://tinyurl.com/4a7tasjj>
- Lei nº 14.711/2023. <https://tinyurl.com/f7wdhhfa>
- Lei nº 6.830/1980. <https://tinyurl.com/4udu7e8u>
- Lei nº 9.514/1997. <https://tinyurl.com/bde4ft87>
- Projeto de Lei 4.257/2019. <https://tinyurl.com/hs3bdy72>
- Projeto de Lei 6.204/2019. <https://tinyurl.com/58kjafvt>

LA REGULACIÓN DE LA COMERCIALIZACIÓN Y EXPORTACIÓN DE BIOINSUMOS AGRÍCOLAS Y LA PRODUCCIÓN ORGÁNICA EN MÉXICO

CARLOS ERNESTO ARCUDIA HERNÁNDEZ*

SARA BERENICE ORTA FLORES**

BLANCA TORRES ESPINOSA***

* Licenciado en derecho por la Universidad del Mayab en Mérida Yucatán. Doctor en Derecho Mercantil por la Universidad Complutense de Madrid (España). Profesor Investigador de Tiempo Completo y Secretario Académico de la Facultad de Estudios Profesionales Zona Huasteca de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí. Investigador Nacional Nivel 1 del Sistema Nacional de Investigadoras e Investigadores del Conahcyt. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9409-3014>. Contacto: carlos.arcudia@uaslp.mx

** Licenciada en Derecho por la Facultad de Estudios Profesionales Zona Huasteca de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, Maestra en Derecho Constitucional y Amparo por la Universidad Iberoamericana de León (Guanajuato) y Doctora en Derecho Constitucional por la Universidad de Buenos Aires. Es Profesora Investigadora de Tiempo Completo y Secretaria General de la Facultad de Estudios Profesionales Zona Huasteca de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí. Investigadora Nacional Nivel 1 del Sistema Nacional de Investigadoras e Investigadores del Conahcyt. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5894-1212>. Contacto: berenice@uaslp.mx

*** Licenciada en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Doctora en Derecho Fiscal por la Universidad de Salamanca (España). Profesora Investigadora de Tiempo Completo de la Facultad de Estudios Profesionales Zona Huasteca de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7935-4770>. Contacto: blancate@uaslp.mx

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Los bioinsumos para la producción agrícola.* III. *La situación de la agricultura mexicana: especial referencia a la agricultura orgánica.* IV. *El registro sanitario para la comercialización de bioinsumos.* V. *Regulación de la exportación de bioinsumos.* VI. *Regulación de la producción orgánica de alimentos.* VII. *Conclusiones.* VIII. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

En el marco de los esfuerzos por tener una producción agrícola sustentable, los bioinsumos juegan un papel muy importante. La Revolución Verde impulsó el uso de fertilizantes y de plaguicidas químicos que causan daño al ambiente. La emergencia de la agricultura orgánica y los bioinsumos son una alternativa sustentable ambiental y económicamente.

Pretendemos en este trabajo realizar un estudio exploratorio sobre los bioinsumos para la producción agrícola. En específico, pretendemos analizar los aspectos regulatorios para su comercialización y exportación de los bioinsumos. Así como la regulación de su empleo en la agricultura orgánica.

Iniciaremos nuestro recorrido con los conceptos sobre bioinsumos de uso agrícola. Básicamente son bioinsecticidas y biofertilizantes. Aunque, como veremos, existen otros tipos de bioinsumos como los inoculantes y los humectantes, pero no son objeto de registro sanitario.

Asimismo, analizamos el estado que guarda la agricultura en nuestro país: en términos generales es campesina y comercial. La agricultura orgánica se presenta como una solución para resolver la brecha de desigualdad de ambos tipos de agricultura. Además de que se presenta como una forma de producción sustentable.

Comenzaremos los aspectos regulatorios con el registro sanitario para la comercialización de bioinsumos. Es preceptivo tener esta autorización para poder comercializarlos y utilizarlos. Para ello debe superar estudios de eficacia biológica y que no dañe al medio ambiente. El problema que se presenta a nivel legal es que tienen que cumplir los mismos requisitos que los plaguicidas y fertilizantes químicos. Repasaremos la normativa legal y reglamentaria.

La industria de bioinsumos de nuestro país es de tal magnitud que no solamente se emplean en la agricultura nacional, sino que se exportan. Para ello hay que tener un certificado de exportación emitido por las autoridades sanitarias.

Por último, estudiaremos los aspectos regulatorios de la producción orgánica de alimentos. Haremos énfasis en las sustancias permitidas y los requisitos del etiquetado orgánico. Repasaremos el marco legal y reglamentario.

II. LOS BIOINSUMOS PARA LA PRODUCCIÓN AGRÍCOLA

El concepto de sostenibilidad aplicado a la agricultura representa una etapa en la larga evolución de la preocupación mundial con respecto a la conservación de los recursos naturales y el ambiente. Esta idea comprende una serie de aspectos tan dispares como son, entre otros, la conservación del suelo, el uso adecuado de agroquímicos, el mantenimiento de la diversidad genética vegetal, animal y microbiana, el aprovechamiento del agua para riego y el control integrado de plagas.¹

La sustitución de prácticas e insumos agrícolas convencionales por prácticas alternativas sostenibles se considera un paso fundamental en la transición agroecológica y la transformación de

¹ LAGLER, Juan Carlos, “Bioinsumos: Distintas percepciones haciendo foco en la fertilización biológica”, *Agronomía & Ambiente, Revista de la Facultad de Agronomía UBA*, 2017, no. 1, vol. 37, p. 74. <https://tinyurl.com/dvha6yad>

los sistemas agroalimentarios. Una de las prácticas alternativas más populares y de rápida adopción es el uso de bioinsumos agrícolas, los cuales son tan heterogéneos en su composición y aplicación como en su procedencia, pues derivan de la enorme diversidad de biopreparados de la agricultura tradicional.²

En México ha habido gran interés en la producción biotecnológica y la aplicación de bioinsumos desde los 70 y 80, especialmente de biofertilizantes a base de microorganismos; posteriormente a partir de los 90 y con la integración del marco de la sustentabilidad se vio un aumento continuo en la demanda de abonos orgánicos, particularmente de fermentados líquidos. Recientemente, tras el primer decreto presidencial sobre la sustitución y eliminación del herbicida glifosato en México, se movilizó a las dependencias y programas federales a impulsar la investigación, los programas de formación y educación, el apoyo a personas productoras y la capacidad de producción de bioinsumos a nivel nacional para avanzar la transición agroecológica y la autosuficiencia alimentaria.³

Los bioinsumos agrícolas son productos de base biológica elaborados a partir de organismos vivos y sus derivados. Según la función que cumplen, comúnmente se los categoriza como biofertilizantes o biocontroladores (bioherbicidas, biopesticidas, entre otros.⁴

Los bioinsumos pueden ser clasificados desde distintos puntos de vista. Así por ejemplo en cuanto a su origen, pueden ser bioinsumos de origen vegetal o microbianos; y en cuando a su efecto sobre la planta, pueden ser clasificados en dos grandes grupos:

² ROBLANDA MANCILLA, Sergio Arturo, *et. al.*, “Experiencias en el uso de bioinsumos para la salud y la regeneración ecosistémica y comunitaria”, *Enfoques Transdisciplinarios: ciencia y sociedad*, Guadalajara, 2024, no. 2, vol. 2, p. 246. <https://tinyurl.com/yyzwkt54>

³ *Idem.*

⁴ ARAMENDIS, Rafael *et. al.*, *Bioinsumos de uso agrícola. Situación y perspectivas en América Latina y el Caribe*, CEPAL, Santiago, 2023, p. 13.

biofertilizantes y biopesticidas. Asimismo, en estas categorías se pueden identificar subcategorías, como, por ejemplo, dentro de los biofertilizantes se distinguen los bioestimulantes del crecimiento, inoculantes microbianos, bioestabilizadores, incluyendo también en este grupo a los abonos orgánicos, humus y guano. Dentro de los biopesticidas se distinguen los microbiocidas, los bioinductores de la defensa vegetal contra plagas y enfermedades y los biorepelentes.⁵

Actualmente, los biofertilizantes se emplean exitosamente en muchos países desarrollados, mientras que en los países en desarrollo su uso y aprobación -por el sector agrícola- está limitado por diversos factores, el conocimiento sobre su manejo adecuado. De esta manera, es importante conocer y divulgar información científica sobre el correcto uso de los biofertilizantes, sus asociaciones con las plantas y las condiciones del agro sistema y de manejo que afectan dichas interacciones.⁶

El uso de herramientas que permitan optimizar los procesos productivos debe apuntar a biotecnologías apropiables o factibles de realizar, además de ser ambientalmente seguras y socioeconómica y culturalmente aceptables. Por consiguiente, los biofertilizantes como insumos agronómicos a base de microorganismos benéficos del suelo, por sus bajos costos de producción y su acción positiva en la conservación del suelo deben ser incorporadas definitivamente como parte de las tecnologías ambientales y de fertilización.⁷

⁵ MAMANI DE MARCHESE, Alicia Inés y FILIPPONE, María Paula, “Bioinsumos: componentes claves de una agricultura sostenible”, *Revista Agronómica del Noroeste Argentino*, San Miguel de Tucumán, 2018, no. 1, vol. 38, pp. 13-14. <https://tinyurl.com/wrzt4ryn>

⁶ CHÁVEZ DÍAZ, Ismael Fernando, *et. al.*, “Consideraciones sobre el uso de biofertilizantes como alternativa agro-biotecnológica sostenible para la seguridad alimentaria en México”, *Revista Mexicana de Ciencias Agrícolas*, 2020, no. 6, vol. 11, p. 1429. <https://tinyurl.com/nhhcyknm>

⁷ LAGLE, Juan Carlos, *ob. cit.*, p. 75.

Los bioplaguicidas son altamente específicos contra las plagas objetivo y generalmente representan poco o ningún riesgo para las personas o el medio ambiente. Los pesticidas tradicionales, por el contrario, en general son materiales sintéticos, que no sólo afectan a la plaga objetivo, sino también organismos no deseados, tales como insectos benéficos, la vegetación circundante y la vida silvestre.⁸

Los bioplaguicidas son eficaces en el control de plagas agrícolas, sin causar daños graves al ambiente o empeorar la contaminación del medio ambiente. La investigación y el desarrollo de su aplicación práctica en el campo se enfocan a mitigar la contaminación ambiental causada por residuos de plaguicidas químicos, aunque por su naturaleza biológica también promueven el desarrollo sustentable de la agricultura. El desarrollo de nuevos bioplaguicidas estimula la modernización de la agricultura y sin duda, va a reemplazar gradualmente a una cantidad de los plaguicidas químicos. En la producción agrícola, en ambientes libres de contaminación, los bioplaguicidas son sustitutos ideales para sus homólogos químicos tradicionales.⁹

Pues bien, en el presente trabajo, pretendemos analizar la regulación de la comercialización y la exportación de los bioinsumos (biofertilizantes y bioplaguicidas) empleados en la agricultura orgánica. Porque al ser productos relacionados con la producción a alimentos están sujetos a regulación específica.

Comenzaremos con el proceso de registro sanitario para poder comercializarlos. Y es que pesar de que los bioinsumos no representan riesgos para la salud o al medio ambiente como los productos químicos, en nuestro país no cuentan con un marco jurídico adecuado que promueva su formulación, importación, aprobación, comercialización, distribución y finalmente aplicación, sino que son sujetos a una regulación que parte del principio de riesgo a la salud humana. En efecto, la Ley General de Salud (LGS),

⁸ NAVA PÉREZ, Eusebio, *et. al.*, “Bioplaguicidas, una opción para el control biológico de plagas”, *Ra Ximhai*, 2012, no. 3, vol. 8, p. 18. <https://tinyurl.com/5n7ctd6m>

⁹ *Ídem*.

a tratar el tema de control sanitario de productos y servicios de su importación y exportación, solo define a las plaguicidas y a los nutrientes vegetales en términos generales, sin un reconocimiento expreso a los bioinsumos. Esto provoca que los bioinsumos queden sujetos a una regulación que no da cuenta de sus diferencias significativas y que obstaculiza el fomento de su utilización como alternativa aceptable para la salud humana y el medio ambiente en general.¹⁰

III. LA SITUACIÓN DE LA AGRICULTURA MEXICANA: ESPECIAL REFERENCIA A LA AGRICULTURA ORGÁNICA

La industria agrícola mexicana no ha sido ajena a la polarización del campo: de un lado, existen esquemas tradicionales de producción de subsistencia -esto es- un medio rural anclado en el pasado histórico, que ya ha sido rebasado por los avances tecnológicos. De otro lado, existen áreas productivas modernas y tecnificadas, en las que el viejo concepto de campesino ya no tiene lugar. Así, en México, se dibujan claramente una agricultura campesina (o tradicional) y una agricultura comercial.

La agricultura campesina o tradicional se caracteriza porque se practica en unidades de producción familiares, en las que la finalidad última es la reproducción de sus condiciones de vida. No se trata de una economía de autoconsumo en el momento actual, porque todo campesino entra al círculo del mercado. No obstante, la producción va destinada fundamentalmente al consumo familiar y sólo se ponen en venta los excedentes. Asimismo, la agricultura tradicional se basa en el trabajo familiar de hombres, mujeres y niños; para producir emplea una baja —o nula— inversión de capital y de insumos industriales. El cultivo representativo de la agricultura campesina es el maíz, si bien en algunas regiones -las menos- se

¹⁰ MENDOZA RIVERA, Ana Lilia, *Iniciativa con proyecto de decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley General de Salud en materia de regulación de bioinsumos*, febrero de 2022, p. 4. <https://tinyurl.com/3jatcm3w>

siembra maíz en condiciones técnicas y de capital (sistemas de riego, semillas mejoradas o transgénicas, entre otras).¹¹

Ahora bien, la agricultura tradicional se encuentra en crisis y ve agravada su condición ante el incremento en los precios de los insumos y la baja en los precios internacionales del maíz. Contra todas las previsiones, los pequeños productores de grano de temporal han sobrevivido, pero no ha sido por su aislamiento de los precios internacionales, como se suele sugerir, sino porque han adoptado estrategias de supervivencia que incluyen el incremento de la producción para mantener el ingreso, ya que el maíz es uno de los medios para financiar la adquisición de insumos y bienes básicos. Esta es la racionalidad básica de la economía campesina tradicional. Otra estrategia es diversificar las fuentes de ingreso mediante su incorporación a trabajos rurales no agrícolas. La respuesta última, cuando todas las demás fallan, es la migración. Situación que debe tratar de evitarse lo más posible por los efectos de presión demográfica que ocasiona sobre las ciudades.¹²

En México, la agricultura comercial se inició hace más de sesenta años con el desarrollo de los distritos de riego de noroeste y -más tarde- con los experimentos que condujeron a la creación de semillas mejoradas. En la actualidad, una de las modalidades más significativas de la agricultura comercial es la agricultura por contrato. En este tipo de agricultura, los productores ponen la tierra, el agua, la energía eléctrica y otros combustibles, la maquinaria y el equipo, y -desde luego- la mano de obra (o sea prácticamente todo). El contratante le proporciona semillas, otro tipo de insumos y tecnología y le garantiza un mercado que es exclusivo de la empresa contratante.¹³

¹¹ COLL HURTADO, Atlántida y GODÍNEZ CALDERÓN, María de Lourdes, *La agricultura en México: un atlas en blanco y negro*, Instituto de Investigaciones Geográficas, UNAM, México, 2003, pp. 85-86.

¹² PUYANA, Alicia y ROMERO, José, *México. De la crisis de la deuda al estancamiento económico*, El Colegio de México, México, 2009, pp. 181-182.

¹³ COLL HURTADO, Atlántida y GODÍNEZ CALDERÓN, María de Lourdes, *op. cit.*, p. 95.

Los cultivos de la agricultura comercial más importantes en México -en atención a la superficie cultivada- son: los cereales distintos del maíz, forrajes, las leguminosas, los cultivos industriales, los frutales, las hortalizas, las oleaginosas seguidas de otros tipos como tubérculos, especias y plantas ornamentales. Estos cultivos tienen un valor de mercado mucho mayor que el cultivo tradicional del maíz y tienen mayor rentabilidad que el cultivo del maíz.

Es necesario tener en cuenta esta dicotomía para entender la intervención pública en el campo. Entre 1945 y 1970, el aparato estatal para la atención del campo se fortaleció y consolidó. Las estructuras agrarias, para la irrigación y crédito, con el apoyo del seguro agropecuario, se complementaron con poderosas empresas de comercialización que controlaban productos básicos más importantes mediante el sistema de la Compañía Nacional de Subsistencias Populares (CONASUPO). Además, empresas públicas especializadas otorgaban crédito, asistencia técnica y comercialización de azúcar, algodón, café, tabaco, cacao, maderas y productos forestales, coco y copra, frutales y magueyes. Empresas estatales producían fertilizantes, tractores, semillas mejoradas y alimentos agropecuarios balanceados, industrializaban maíz, leche y pan.¹⁴ La intervención estatal garantizaba la subsistencia de ambos tipos de agricultura. Y -aunque sea en el discurso- pretendía la modernización de la agricultura campesina o tradicional para transformarla en agricultura comercial.

Dentro de los profundos cambios que experimentó nuestro país en la década de los años ochenta y noventa del siglo pasado se encuentra la transformación del campo mexicano. Se pasó de un modelo basado en la intervención directa del Estado a una profunda liberalización. La crisis de los años ochenta fue, desde luego, financiera y monetaria e inmediatamente económica y productiva, pero también recogió y dio lugar a una dramática ruptura en el modo

¹⁴ WARMAN GRYJ, Arturo. *El campo mexicano en el siglo XX*, Fondo de Cultura Económica, México, 2001, p. 163.

como acostumbraban a relacionarse los grupos dirigentes del Estado con los grupos dominantes de la economía y la sociedad.¹⁵

A partir de los primeros años de la década de 1990 se definieron las acciones del estado mexicano en materia de liberalización agropecuaria. Entre ellas destacan: la reforma ejidal; la eliminación de los permisos a la importación de alimentos y la negociación del TLCAN; el desmantelamiento y extinción de la CONASUPO, y con ello, de sus empresas e infraestructura de almacenamiento; la reducción de subsidios al agro (al crédito, a precios de los insumos y al consumo de tortilla, etc.) y a la abolición de los programas de extensión agrícola.¹⁶ Estos cambios drásticos en el modelo de desarrollo de la industria agrícola son de importancia si se tiene en cuenta la estructura -dicotómica y desigual- de la industria agrícola en nuestro país, que apuntamos líneas arriba.

La liberalización económica se basó en los preceptos más simples de la teoría neoclásica. Con esta base el Estado mexicano tomó como principio el libre funcionamiento de los mercados en un marco legal de derechos de propiedad bien definidos, asegura una asignación eficiente de los recursos económicos. No obstante, dejar que los mercados funcionen libremente no asegura una distribución del ingreso equitativa, ni que se elimine la pobreza.¹⁷

Por lo cual, es necesario tener en cuenta las características dicotómicas y desiguales de la agricultura mexicana para analizar la regulación de variedades vegetales -una de las piezas del nuevo esquema de mercado- con objeto de que no contribuya a ahondar aún más la brecha entre la agricultura tradicional y la comercial.

La agricultura orgánica sufre un cambio importante al establecer una combinación entre las prácticas agrícolas tradicionales y las

¹⁵ CORDERA, Rolando y TELLO, Carlos, *México, La disputa por la Nación*, Siglo XXI, México, 2010, pp. 19-20.

¹⁶ YUÑEZ NAUDÉ, Antonio, "Las transformaciones del campo y el papel de las políticas públicas: 1929-2008", en KUNTZ, S. (Coord.), *Historia económica general de México*, El Colegio de México, México, 2010, pp. 743-744.

¹⁷ YUÑEZ NAUDÉ, Antonio, *op. cit.*, p. 744.

prácticas agrícolas que incorporan la innovación tecnológica empleando técnicas amigables con el ambiente. Esta práctica ha ido cobrando importancia como resultado del impacto adverso de la revolución verde debido al uso de insumos químicos, mecanización excesiva, monocultivos a gran escala orientados por una visión productivista y lucrativa, mismas que agotan suelos, destruyen la biodiversidad, contaminan el medio ambiente, generan desempleo técnico, fuerzan la migración y concentran los frutos del progreso técnico propiciando la desigualdad social.¹⁸

La agricultura orgánica o ecológica es una forma de producción que manifiesta en su esencia el desarrollo sustentable en el campo, integra los procesos productivos en armonía con la naturaleza y las respectivas formas de organización de la producción, de la comercialización y de la vida social, además postula un entorno macropolítico y macroeconómico a su favor. En general el objetivo fundamental de la producción es la conservación y el mejoramiento de la fertilidad del suelo, la protección de los recursos naturales y el impedimento de la contaminación.¹⁹

Los biofertilizantes y los bioplaguicidas son insumos de la producción agrícola orgánica. Al respecto la Guía de Producción Vegetal Orgánica del SENASICA establece que, al realizar prácticas para el manejo de la nutrición y fertilidad del suelo, se mejora la formación de suelos y estructura, propiciando sistemas más estables al incrementarse la circulación de los nutrientes y la energía, y mejora la capacidad de retención de agua en el suelo.

En este sentido, las prácticas que el productor orgánico implemente, deberán estar encausadas a la prevención y reducción del proceso de desequilibrio ecológico utilizando técnicas agroecológicas apropiadas, incluir, pero no limitar a:

¹⁸ SALINAS, Edmar, “La agricultura orgánica como modelo alternativo”, en RAMOS, M., *et. al.*, (eds.), *Desarrollo Sustentable y Finanzas. Tópicos y Selectos de Recursos*, ECORFAN, Sucre, 2014, p. 92.

¹⁹ PÉREZ CALDERÓN, Jesús, “La política de fomento a la agricultura orgánica”, *El Cotidiano*, 2006, no. 139, vol. 21, p. 102. <https://tinyurl.com/3emstr6a>

1. Rotación de cultivos, cultivos en contorno, cultivo de cobertura, asociación de cultivos, uso de barreras vivas.
2. Prácticas de labranza de conservación para reforzar la estabilidad y la biodiversidad del suelo, prevenir la compactación, erosión y orientar a mejorar la fertilidad.
3. Establecer sistemas diversificados con dos o más estratos vegetales de especies nativas, especialmente en los cultivos perennes, donde la vegetación original o nativa la constituyan bosques o selvas.

Si las prácticas antes descritas no son suficientes para asegurar un manejo óptimo del suelo y cultivo, entonces se podrán utilizar sustancias o mezcla de sustancias contenidas en el Cuadro 1 del Anexo 1 Acuerdo de Lineamientos de para la operación orgánica de actividades agropecuarias. Esta es la lista de bioinsumos permitidos en la agricultura orgánica como fertilizantes.

Sobre el uso de los bioplaguicidas, la Guía de Producción Orgánica de SADER, también se encuentran Para reducir o eliminar el impacto negativo que tendrán insectos, hongos, bacterias, virus y arvenses, en el esquema orgánico se da prioridad al empleo de prácticas agronómicas que contemplen el uso de especies vegetales nativas o variedades adaptadas a los ambientes locales o resistentes, para la disminución del impacto del ataque de plagas y/o enfermedades, además de manejar adecuadamente los suelos, las arvenses, las rotaciones y asociaciones de cultivos, labores culturales oportunas; con control natural; uso de trampas y/o depredadores; preparados naturales de origen vegetal, animal, mineral; control biológico; control físico y/o mecánico, para ayudar a desarrollar resistencia natural de los cultivos a plagas y enfermedades de los cultivos o del suelo; asimismo favorecer la diversidad en el agroecosistema y con ello propiciar el desarrollo de los enemigos naturales de las plagas o enfermedades para su control o se reduzca su incidencia, además se recomienda:

- ✓ Utilizar variedades de plantas resistentes a las plagas o plantas que se adapten fácilmente, como las plantas nativas de una región.

- ✓ Modificar los métodos de irrigación, fertilización y cuidado del cultivo.
- ✓ Hacer cambios en el entorno para privar a las plagas del alimento, agua, refugio u otros elementos que necesitan para prosperar.
- ✓ Eliminar a los insectos usando trampas o podando las partes infestadas de las plantas.
- ✓ Dejar que los insectos benéficos actúen contra las plagas.
- ✓ Utilizar sustancias permitidas para el control de virus, insectos, bacterias y hongos.

En ambos casos, desde el punto de vista de la agricultura orgánica, tanto biofertilizantes y bioplaguicidas se emplean en último término.

Pues bien, una vez delimitado los conceptos de bioinsumos y bosquejado el contexto de la agricultura en general y la agricultura orgánica en particular, procederemos a analizar la regulación de los bioinsumos en punto a su comercialización.

IV. EL REGISTRO SANITARIO PARA LA COMERCIALIZACIÓN DE BIOINSUMOS

La autorización y registro de plaguicidas se realiza a través de la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios (COFEPRIS), la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales (SEMARNAT) y la Secretaría de Agricultura y Desarrollo Rural (SADER), según lo determina el Reglamento en Materia de Registros, Autorizaciones de Importación y Exportación y Certificados de Exportación de Plaguicidas, Nutrientes Vegetales y Sustancias y Materiales Tóxicos o Peligrosos. Entre las atribuciones de la SADER en materia de plaguicidas de uso agrícola, el Servicio Nacional de Sanidad, Inocuidad y Calidad Agroalimentaria (SENASICA) dictamina y emite opinión técnica sobre la efectividad biológica de éstos; además, vigila y aplica la Ley Federal de Sanidad Vegetal, así como las Normas Oficiales Mexicanas vigentes en la materia y lo establecido en Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, en su Artículo

143. El monitoreo y control de riesgos sanitarios se realiza también por la COFEPRIS y la SADER. Por lo que se refiere a los mecanismos de denuncia, existe un portal a través de la COFEPRIS, que tiene por objeto poner en conocimiento a esta autoridad, de los hechos actos u omisiones en materia sanitaria. Asimismo, la COFEPRIS hace público el Registro Sanitario de plaguicidas y nutrientes vegetales.

También la Ley de Productos Orgánicos (LPO) contempla un certificado de insumos utilizados en la producción orgánica que será concedido por los organismos de certificación orgánica.

1. Disposiciones a nivel legal en materia de registro sanitario de bioinsumos

Pues bien, aunque la dependencia que lleva el proceso de registro sanitario es la COFEPRIS, que es un organismo encargado de aplicar las disposiciones de la LGS, es necesario tomar en cuenta la Ley General de Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente (LGEEPA). Esta ley establece en la fracción V de su artículo 120 que para evitar la contaminación del agua, quedan sujetos a regulación federal o local la aplicación de plaguicidas, fertilizantes y sustancias tóxicas.

Por otra parte, como un criterio para prevenir y controlar la contaminación del suelo se considera el otorgamiento de todo tipo de autorizaciones para la fabricación, importación, utilización y en general la realización de actividades relacionadas con plaguicidas, fertilizantes y sustancias tóxicas.²⁰

Los plaguicidas, fertilizantes y demás materiales peligrosos, quedarán sujetos a las normas oficiales mexicanas que expidan en el ámbito de sus respectivas competencias, la SEMARNAT, la SADER, la Secretaría de Salud (SSA) y la Secretaría de Economía (SE). El Reglamento establecerá la regulación, que dentro del mismo marco de coordinación deba observarse en actividades

²⁰ Artículo 135 fracción IV de la LGEEPA

relacionadas con dichos materiales, incluyendo la disposición final de sus residuos, empaques y envases vacíos, medidas para evitar efectos adversos en los ecosistemas y los procedimientos para el otorgamiento de las autorizaciones correspondientes.²¹

Según una iniciativa de reforma a la Ley General de Salud, el problema regulatorio es que la LGS no distingue entre bioinsumos y productos altamente tóxicos. Propone reformar los artículos 278 a 281 de la LGS para adecuarla a los bioinsumos.

También la Ley General para la Prevención y Gestión Integral de los Residuos en la fracción IX de su artículo 31 dispone que estarán sujetos a un plan de manejo los siguientes residuos peligrosos y los productos usados, caducos, retirados del comercio o que se desechen y que estén clasificados como tales en la norma oficial mexicana correspondiente. Entre esos productos están contemplados los plaguicidas y sus envases que contengan remanentes de los mismos.

En punto a cuestiones de sanidad vegetal abordaremos la Ley Federal de Sanidad Vegetal (LFSV). El artículo 7 fracción XXIII de la LFSV establece que la SADER tiene competencias para dictaminar la efectividad biológica de los plaguicidas e insumos de nutrición vegetal y regular su uso fitosanitario autorizado.

La SADER coadyuvará con las de Salud y de Desarrollo Social, para vigilar el cumplimiento de las normas oficiales aplicables a los plaguicidas e insumos de nutrición vegetal.²²

Ahora bien, el instrumento normativo central en el registro sanitario de bioinsumos es la LGS. Esta norma, al momento de regular el control sanitario de productos y servicios de su importación y exportación, solo define a los plaguicidas y a los nutrientes vegetales en términos generales, sin un reconocimiento expreso a los biosinsumos. Esto provoca que los bioinsumos queden sujetos a una regulación que no da cuenta de sus diferencias significativas y que obstaculiza el fomento de su utilización como

²¹ Artículo 143 de la LGEEPA

²² Artículo 10 de la LGSV

alternativa aceptable para la salud humana y el medio ambiente en general. Particularmente, la ausencia de regulación específica de los bioinsumos dificulta sus procesos de registro, lo que se constituye una barrera para su comercialización.²³

El artículo 204 de la LGS exige autorización sanitaria para la venta o suministro de -entre otras sustancias- los plaguicidas, nutrientes vegetales.

Las definiciones de plaguicidas, y nutrientes vegetales se encuentra regulada en las fracciones I y II del artículo 278 de la LGS. Así las cosas, un plaguicida es cualquier sustancia o mezcla de sustancias que se destina a controlar cualquier plaga, incluidos los vectores que transmiten las enfermedades humanas y de animales, las especies no deseadas que causen perjuicio o que interfieran con la producción agropecuaria y forestal, así como las sustancias defoliantes y las desecantes.²⁴

Y los nutrientes vegetales son cualquier sustancia o mezcla de sustancias que contenga elementos útiles para la nutrición y desarrollo de las plantas, reguladores de crecimiento, mejoradores de suelo, inoculantes y humectantes.²⁵

²³ MENDOZA RIVERA, Ana Lilia, *Iniciativa con proyecto de decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley General de Salud en materia de regulación de bioinsumos*, febrero de 2022, pp. 48-49. <https://tinyurl.com/3jatcm3w>

²⁴ Artículo 278, fracción I de la LGS.

²⁵ Artículo 278, fracción II de la LGS. La iniciativa de la Senadora Mendoza propone incluir una fracción V con la definición de bioinsumo como un producto con origen en organismos vivos, elaborado a base de sustancias y/o procesos naturales, que son utilizados en la producción de alimentos. Si origen es biótico y sostenible, provenientes de plantas, virus, bacterias, hongos, actinomicetos, protozoarios, nematodos, lombrices y sus derivados, macrofauna del suelo, incluyendo agentes de control biológico de plagas, sin que éstos sean resultado de un proceso de modificación genética inducida por el ser humano. Pueden estar acompañados de agentes abióticos para potencializar su efectividad, sin que éstos provengan de la síntesis química artificial. MENDOZA RIVERA, Ana Lilia, *Iniciativa con proyecto de decreto por el que se reforman*

El artículo 279 de la LGS fracción V faculta a la Secretaría de Salud para establecer, en coordinación con las dependencias competentes, las normas oficiales mexicanas en las que se especifiquen las condiciones que se deberán cumplir para fabricar, formular, envasar, etiquetar, embalar, almacenar, transportar, comercializar y aplicar plaguicidas, nutrientes vegetales.

El artículo 280 de la LGS ordena a la Secretaría de Salud emitir las normas oficiales mexicanas de protección para el proceso, uso y aplicación de los plaguicidas, nutrientes vegetales.

El artículo 281 de la LGS establece que las etiquetas de los envases de los plaguicidas, nutrientes vegetales... en lo conducente deberán ostentar, en español, claramente la leyenda sobre los peligros que implica el manejo del producto, su forma de uso, sus antidotos en caso de intoxicación y el manejo de los envases que los contengan o los hayan contenido, de conformidad con las disposiciones legales aplicables y con las normas que dicte la Secretaría de Salud.

También por lo que respecta al control sanitario, el artículo 194 de la LGS establece que es el conjunto de acciones de orientación, educación, muestreo, verificación y en su caso, aplicación de medidas de seguridad y sanciones, que ejerce la Secretaría de Salud con la participación de los productores, comercializadores y consumidores, en base a lo que establecen las normas oficiales mexicanas y otras disposiciones aplicables.

El ejercicio del control sanitario será aplicable al proceso, uso, importación, exportación, aplicación y disposición final de plaguicidas, nutrientes vegetales y sustancias tóxicas o peligrosas para la salud, así como de las materias primas que intervengan en su elaboración.²⁶

y adicionan diversas disposiciones de la Ley General de Salud en materia de regulación de bioinsumos, febrero de 2022, p. 5.
<https://tinyurl.com/3jatcm3w>

²⁶ Artículo 194, fracción III de la LGS

Requieren registro sanitario los medicamentos, estupefacientes, sustancias psicotrópicas y productos que los contengan; los dispositivos médicos con excepción de aquellos determinados como de bajo riesgo y que no requieran registro sanitario por la autoridad sanitaria, así como los plaguicidas, nutrientes vegetales y sustancias tóxicas o peligrosas. El registro sólo podrá ser otorgado por la SSA, éste tendrá una vigencia de 5 años, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 378 de la LGS, dicho registro podrá prorrogarse por plazos iguales, a solicitud del interesado, en los términos que establezcan las disposiciones reglamentarias.²⁷

La Ley de Productos Orgánicos (LPO) contiene disposiciones en materia de certificación de insumos utilizados en la agricultura orgánica.

La SADER publicará y mantendrá actualizados la lista de materiales, sustancias, productos, insumos y los métodos e ingredientes permitidos, restringidos y prohibidos en toda la cadena productiva, previa evaluación y dictamen del grupo de expertos del Consejo Nacional de Producción Orgánica (CNPO).²⁸

También es competencia de la SADER emitir Disposiciones aplicables los requisitos y procedimientos para la evaluación de los materiales, sustancias, productos, insumos y los métodos e ingredientes permitidos, restringidos y prohibidos en toda la cadena productiva de productos orgánicos.²⁹

2. Disposiciones reglamentarias en materia de registro sanitario de bioinsumos

El principal instrumento es el Reglamento en Materia de Registros, Autorizaciones de Importación y Exportación de Plaguicidas, Nutrientes Vegetales y Sustancias Minerales Tóxicos y Peligrosos (RPLAFEST).

²⁷ Artículo 376 de la LGS

²⁸ Artículo 28 de la LPO.

²⁹ Artículo 29 de la LPO.

En el artículo 3º del RPLAFEST se especifican las competencias de las instancias de la SSA, la SADER y la SEMARNAT en el proceso de regulación de los bioinsumos.

Así las cosas, corresponde a COFEPRIS, autorizar el registro y expedir certificados de libre venta y exportación de plaguicidas y nutrientes vegetales, así como otorgar permisos de importación de plaguicidas, nutrientes vegetales y sustancias tóxicas o peligrosas, previo análisis, evaluación y dictamen de la información técnica, toxicológica y de seguridad correspondiente.³⁰ A la SEMARNAT, le corresponde emitir opinión técnica respecto de la protección del ambiente en los casos que establece el Reglamento, previo análisis y evaluación de la información técnica y ecotoxicológica, y autorizar la importación y exportación de plaguicidas, nutrientes vegetales y sustancias y materiales tóxicos o peligrosos (Artículo 3º fracción II). Por último, a la SADER le corresponde, emitir opinión técnica sobre la efectividad biológica de plaguicidas y nutrientes vegetales y sobre los aspectos fitosanitarios de los límites máximos de residuos de plaguicidas, en los casos que establece el RPLAFEST.³¹

Por último, les corresponde a las tres instancias, emitir criterios de carácter técnico para el cumplimiento de este Reglamento, mismos que deberán ser publicados en el Diario Oficial de la Federación.

El artículo 39 del RPLAFEST regula los certificados de libre venta bioinsumos. Los interesados podrán solicitar a COFEPRIS la expedición de certificados de libre venta o de exportación cuando lo requieran para tramitar ante autoridades extranjeras la importación de plaguicidas, nutrientes vegetales y sustancias tóxicas o peligrosas.

El artículo 7 del RPLAFEST contiene la clasificación de los productos cuyo registro es requisito para comercializarse. En la tabla 1 presentamos la clasificación.

³⁰ Artículo 3º, fracción I del RPLAFEST.

³¹ Artículo 3º, fracción III del RPLAFEST

Tabla 1. Clasificación de bioinsumos

Plaguicidas	Microbiales	Bacterias, hongos, virus, nemátodos, protozoarios
	Botánicos	
Nutrientes vegetales	Fertilizantes	Orgánicos

Fuente: artículo 7 del RPLAFEST

En el trámite de registro de plaguicidas y nutrientes vegetales, COFEPRIS requerirá la opinión técnica de SEMARNAT. Cuando se trate de plaguicidas de uso agrícola y pecuario y de nutrientes vegetales, requerirá también la opinión técnica de SADER.³²

³² Artículo 8 del RPLAFEST, las solicitudes serán tramitadas de conformidad con el procedimiento siguiente:

I. A toda solicitud presentada se le asignará un número de expediente al momento de su ingreso, el cual se asentará en la copia que el interesado presente para que se le acuse recibo de la solicitud.

II. Dentro de los cinco días hábiles siguientes a la fecha de ingreso de la solicitud, COFEPRIS remitirá la documentación correspondiente a SEMARNAT, SAGARPA o ambas, para que, dentro del término de veinticinco días hábiles le informen si es necesario prevenir al interesado para que presente documentación faltante o complementaria o para que aclare la información acompañada a su solicitud. Transcurrido el término sin que SADER o SEMARNAT soliciten a COFEPRIS que prevenga al interesado, se entenderá que no requieren información adicional o aclaraciones del solicitante para emitir su opinión técnica.

III. Dentro del plazo de cuarenta días hábiles contados a partir del día hábil siguiente a la fecha de ingreso de la solicitud, COFEPRIS podrá prevenir al interesado, por escrito y por una sola vez, para que subsane las omisiones o realice las aclaraciones de la información o documentación correspondientes. El interesado contará con un plazo improrrogable de treinta días hábiles para el desahogo de la prevención, los cuales se contarán a partir de la fecha en que la notificación respectiva surta efectos. Transcurrido este plazo sin que se desahogue la prevención, COFEPRIS tendrá por no presentada la solicitud. No se podrá desechar un trámite por no haber sido desahogada una prevención, cuando ésta no haya sido notificada en los términos del presente Reglamento.

Para los efectos de la realización de los estudios de efectividad biológica y su dictamen técnico se promulgó la NOM 032 SAG/FITO-2014 POR LA QUE SE MODIFICA LA NOM-032-FITO-1995 por la que se establecen los requisitos y especificaciones fitosanitarios para la realización de estudios de efectividad biológica de plaguicidas agrícolas y su dictamen técnico.

La NOM-032-FITO-1995 es de observancia obligatoria en todo el territorio nacional y tiene como objeto establecer las especificaciones de efectividad biológica que deberán demostrar los plaguicidas de uso agrícola que se sometan a Dictamen Técnico de Efectividad Biológica ante la SADER.

El interesado deberá demostrar las siguientes especificaciones de la efectividad biológica del producto para el que se quiere obtener el Dictamen Técnico de Efectividad Biológica. Se debe especificar: 1. Dosis recomendada(s) para la(s) plaga(s) en el (los) cultivo(s) agrícola(s) específico(s). 2. momento, frecuencia y forma de aplicación. 3. Existencia de fitotoxicidad en el (los) cultivo(s) agrícola(s) específico(s) a la(s) dosis y momento de aplicación recomendado.³³

IV. De no haber prevención o desahogada ésta COFEPRIS lo comunicará dentro de los cinco días hábiles siguientes a SEMARNAT, SADER o ambas, para que emitan la opinión técnica respectiva dentro del término de cincuenta y cinco días hábiles. En su caso, se acompañarán a dicha comunicación los documentos que el solicitante haya proporcionado para el desahogo de la prevención. SEMARNAT y SAGARPA podrán abstenerse de formular respuesta expresa a COFEPRIS, caso en el cual se considerará que su opinión es favorable a la solicitud en trámite.

V. COFEPRIS emitirá resolución dentro de los ochenta días hábiles siguientes a aquél en que venza el plazo para prevenir al interesado sin que lo haya hecho o a aquél en que se haya desahogado la prevención y comunicará la misma a SEMARNAT y SADER. Vencido este plazo sin que COFEPRIS emita una resolución, se entenderá en sentido negativo a la solicitud, artículo 9 del RPLAFEST.

³³ Punto 3 de la NOM-032-FITO-1995

Los interesados en evaluar la efectividad biológica de plaguicidas de uso agrícola, con la finalidad de obtener el respectivo Dictamen Técnico de Efectividad Biológica, lo harán por conducto de un Laboratorio de Pruebas para realizar estudios de efectividad biológica, a quien deberán presentar la siguiente información, sobre el insumo fitosanitario a evaluar: Datos generales del producto a evaluar como son: nombre comercial (de existir), nombre común del ingrediente activo, nombre químico del ingrediente activo, tipo de formulación, porcentaje en peso y equivalente en gramos/kilogramos o litros del ingrediente activo.³⁴

3. Trámites de autorización

A la COFEPRIS corresponde autorizar el registro y expedición de certificados de libre venta para la exportación de plaguicidas y nutrientes vegetales, así como, otorgar permisos de importación de plaguicidas, nutrientes vegetales y sustancias tóxicas o peligrosas, previo análisis, evaluación y dictamen de la información técnica, toxicológica y de seguridad correspondiente. Para fines de evaluación, la COFEPRIS clasifica a los plaguicidas en cinco categorías, químicos, bioquímicos, microbiológicos, botánicos y misceláneos

Los trámites para la autorización de comercialización de nutrientes son el COFEPRIS-06-22 y el COFEPRIS-06-23 solamente con fines de exportación.

Y para plaguicidas: COFEPRIS 06-006 Microbianos de Uso: agrícola, doméstico, forestal, jardinería, pecuario, en salud pública y urbano; COFEPRIS 06 007 Botánicos de Uso: agrícola, doméstico, forestal, jardinería, pecuario en salud pública y urbano; y COFEPRIS 06-021 Exclusivo de exportación.

³⁴ Punto 4 de la NOM-032-FITO-1995

V. REGULACIÓN DE LA EXPORTACIÓN DE BIOINSUMOS

1. Disposiciones de la Ley General de Salud

Los medicamentos, dispositivos médicos y otros insumos para la salud, los estupefacientes, sustancias psicotrópicas y productos que los contengan, así como los plaguicidas, nutrientes vegetales y sustancias tóxicas o peligrosas, para su venta o suministro deberán contar con autorización sanitaria, en los términos de esta ley y demás disposiciones aplicables.³⁵

Se entiende por control sanitario, el conjunto de acciones de orientación, educación, muestreo, verificación y en su caso, aplicación de medidas de seguridad y sanciones, que ejerce la Secretaría de Salud con la participación de los productores, comercializadores y consumidores, en base a lo que establecen las normas oficiales mexicanas y otras disposiciones aplicables. El ejercicio del control sanitario será aplicable al proceso, uso, importación, exportación, aplicación y disposición final de plaguicidas, nutrientes vegetales y sustancias tóxicas o peligrosas para la salud, así como de las materias primas que intervengan en su elaboración.³⁶

2. Disposiciones reglamentarias en materia de exportación de bioinsumos

Nuevamente es de aplicación el RPLAFEST, su artículo 14 autoriza a solicitar el registro de plaguicidas o nutrientes vegetales destinados exclusivamente a la exportación y que no serán comercializados ni utilizados en territorio nacional RPLAFEST.

Los interesados podrán solicitar a COFEPRIS la expedición de certificados de libre venta o de exportación cuando lo requieran para

³⁵ Artículo 204 de la LGS

³⁶ Artículo 194, fracción III de la LGS

tramitar ante autoridades extranjeras la importación de plaguicidas, nutrientes vegetales y sustancias tóxicas o peligrosas.³⁷

El certificado de exportación es el documento en el que se hace constar que el plaguicida o nutriente vegetal cuenta con registro vigente exclusivamente para su exportación y que no es comercializado ni utilizado en el territorio nacional. Para la tramitación de certificados de exportación se deberá cumplir con los requisitos y el procedimiento previstos en el RPLAFEST³⁸ (Artículo 41 del RPLAFEST).

El certificado de libre venta es el documento en el que se hace constar que el plaguicida o nutriente vegetal cuenta con registro vigente para su venta o suministro en el territorio nacional.³⁹

³⁷ Artículo 39 del RPLAFEST

³⁸ Artículo 41 del RPLAFEST.

³⁹ Artículo 40 del RPLAFEST, la tramitación tanto del certificado de libre venta como el de exportación, requieren que el interesado proporcione la siguiente información y documentación:

I. Formato oficial de solicitud debidamente requisitado, firmado por el interesado o su representante legal, a menos que no sepa o no pueda firmar, en cuyo caso deberá imprimir su huella digital;

II. Documento que acredite la personalidad jurídica del promovente, cuando se trate de personas morales o se actúe en representación de otro, el número de referencia del Registro de Personas Acreditadas o el número de referencia del trámite en el que haya acreditado previamente la personalidad jurídica en caso de haber realizado algún otro trámite ante COFEPRIS y, en su caso, documento en el que se designen las personas autorizadas para oír y recibir documentos y notificaciones;

III. Comprobante de pago de derechos en la forma autorizada por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público por la cantidad establecida en la Ley Federal de Derechos vigente;

IV. Número del registro sanitario, y

V. Número de la licencia sanitaria o copia del aviso de funcionamiento. COFEPRIS emitirá la resolución en un plazo máximo de tres días hábiles, contados a partir del día hábil inmediato siguiente a la fecha de ingreso de la solicitud, artículo 40 del RPLAFEST.

VI. REGULACIÓN DE LA PRODUCCIÓN ORGÁNICA DE ALIMENTOS

México está posicionado entre los principales exportadores y productores orgánicos. Se exportan alimentos a países como Japón, Estados Unidos y la Unión Europea.

Los principales alimentos orgánicos en México son el café, que es el mayor por superficie cultivada; el maíz azul y blanco, el ajonjolí, y hortalizas, agave, hierbas aromáticas, mango, naranja, frijol, manzana, papaya y aguacate. Aunque en menor superficie se produce soya, plátano, cacao, vainilla, cacahuete, piña, Jamaica, limón, coco, nuez, lichi, garbanzo, maracuyá y durazno.⁴⁰

Nuestro país reguló la producción de alimentos orgánicos a través de la Ley de Productos Orgánicos (LPO).

1. Disposiciones de la Ley de Producción orgánica en materia de producción de alimentos

La LPO, tienen como fin establecer las prácticas y requisitos a los que deberán sujetarse los productos denominados como “orgánicos”, tales como el origen de la semilla, los procesos de producción, uso de insumos para la nutrición y el manejo de enfermedades en plantas y animales; así como, los requerimientos mínimos de verificación y certificación, incluyendo la utilización del Distintivo Nacional, a fin de permitir la clara identificación de los productos que cumplen con los criterios de la producción orgánica en los mercados nacionales e internacionales, para mantener la credibilidad de los consumidores y evitar perjuicios o engaños.

Asimismo, establece que el proceso de certificación se llevará a cabo por organismos de certificación aprobados por la SADER, a través del SENASICA, que a su vez debe verificar el cumplimiento

⁴⁰ SADER, *Producción de alimentos orgánicos, tendencia exitosa para México*, 2017. <https://tinyurl.com/w9tmhbtz>

de la LPO, para brindar confianza a productores, procesadores, comercializadores y consumidores.⁴¹

La LPO creó el CNPO como órgano de consulta de la Secretaría, con carácter incluyente y representativo de los intereses de los productores y agentes de la sociedad en materia de productos orgánicos. Este Consejo se integrará por el Titular de la Secretaría, quien lo presidirá, dos representantes de las organizaciones de procesadores orgánicos, uno de comercializadores, cuatro de Organismos de certificación, uno de consumidores y por siete de organizaciones nacionales de productores de las diversas ramas de la producción orgánica.⁴²

Según el artículo 17 de la LPO la Evaluación de la conformidad y Certificación de los productos orgánicos solamente podrá llevarse a cabo por la SADER o por Organismos de Certificación acreditados conforme a lo establecido en esta Ley y las disposiciones que se deriven de ella, así como en la Ley Federal sobre Metrología y Normalización, en su carácter de ordenamiento supletorio.

Los operadores interesados en certificar sus productos como orgánicos deberán acudir a un Organismo de Certificación Acreditado y Aprobado, el cual evaluará la conformidad de los mismos respecto a las Disposiciones aplicables emitidas por la SADER y otorgará, en su caso, un certificado orgánico.⁴³

Parte medular de nuestro trabajo, prohibición del uso en toda la cadena productiva orgánica de los materiales, productos e ingredientes o insumos que provengan o hayan sido producidos a partir de métodos excluidos u organismos obtenidos o modificados genéticamente.⁴⁴

La LPO faculta a la SADER para publicar y mantener actualizados la lista de materiales, sustancias, productos, insumos y

⁴¹ *Ídem.*

⁴² Artículo 13 de la LPO

⁴³ Artículo 19 de la LPO

⁴⁴ Artículo 27 de la LPO

los métodos e ingredientes permitidos, restringidos y prohibidos en toda la cadena productiva, previa evaluación y dictamen del grupo de expertos del CNPO.⁴⁵

También la LPO faculta a la SADER para emitir Disposiciones aplicables los requisitos y procedimientos para la evaluación de los materiales, sustancias, productos, insumos y los métodos e ingredientes permitidos, restringidos y prohibidos en toda la cadena productiva de productos orgánicos.⁴⁶

El etiquetado orgánico es una de las medidas que distinguen a la producción orgánica. Para ello la LPO dispone que solamente los productos que cumplan los requisitos de la misma podrán ser identificados con el término “orgánico” o denominaciones equivalentes en el etiquetado, así como en la declaración de propiedades, incluido el material publicitario y los documentos comerciales y puntos de venta.⁴⁷

Sobre el distintivo orgánico, la LPO regula en su artículo 31 que, con la finalidad de dar identidad a los productos orgánicos en el mercado nacional e internacional, la SADER, con opinión del CNPO, emitirá un distintivo nacional que portarán los productos orgánicos que cumplen con la LPO y sus disposiciones.

2. Disposiciones reglamentarias en materia de producción de alimentos orgánicos y etiquetado

Sobre las disposiciones reglamentarias de la LPO, podemos citar en primer lugar al Reglamento de la LPO. Y otra es la NOM-037-FITO-1995 por la que se establecen las especificaciones del proceso de producción y procesamiento de productos agrícolas orgánicos. Esta NOM fue pionera en la regulación de la producción orgánica, es anterior a la promulgación de la LPO.

⁴⁵ Artículo 28 de la LPO

⁴⁶ Artículo 29 de la LPO

⁴⁷ Artículo 30 de la LPO

Otra pieza fundamental son los Lineamientos para la Operación Orgánica de las Actividades Agropecuarias (LOOAA) tienen la regulación detallada de todos los aspectos a considerar en la producción orgánica a través de toda la cadena productiva, de distribución y comercialización.

El artículo 222 de los LOOAA regula la obligación de identificar en los registros de los operadores orgánicos al proveedor y si fuera diferente, al vendedor, exportador o al importador de los productos orgánicos.

El Anexo 1 de los LOOAA contiene la Lista Nacional de Sustancias Permitidas para la Operación Orgánica Agropecuaria. En la que se incluyen Se incluyen cuadros con nombres genéricos de sustancias, materiales, ingredientes e insumos permitidos; aditivos alimentarios, nutrimentales, coadyuvantes de elaboración, productos permitidos para limpieza y desinfección, carga animal, superficies con cubiertas y otras características de alojamiento de los animales.

A continuación, en la tabla 2 presentamos un resumen de los primeros dos cuadros de la Lista Nacional de Sustancias Permitidas para la Operación Orgánica Agropecuaria que contienen los bioinsumos que pueden ser empleados como biofertilizantes y como agentes de control biológico.

Tabla 2. Bioinsumos permitidos en agricultura orgánica

Tipo de insumo	Denominación	Ejemplos
Cuadro 1.- Insumos que pueden emplearse para el abonado, enmiendas, acondicionados e inoculantes del suelo	I. Origen mineral	Ácidos húmicos y flúvicos; arcillas, arena de cuarzo, azufre elemental, caliza, cal, carbonato de calcio y magnesio, calcio, polvo de piedra, sal, sal potásica en bruto, etc.
	II. Origen vegetal o animal	Abonos verdes, aserrín, biocarbón,

		composta, estiércol, estiércol compostado, guano, paja, plantas acuáticas, etc.
	III. Micronutrientes	Boro, cobre, hierro, manganeso
	IV. Productos que puedan utilizarse durante el manejo postcosecha	Etileno
	V. Otros	Agar, azúcares, cartón, coberturas, levaduras, mantillos, vitaminas, etc.
Cuadro 2.- Agentes para el manejo ecológico de insectos, hongos, virus, bacterias, enfermedades y arvenses	I. De origen vegetal o animal	Ácidos naturales, extracto de hongos, grenetina, piretrinas naturales, leche de vaca, propóleos, etc.
	II. Aceites de origen naturales	Aceites de origen vegetal y aceites esenciales; aceites de dormancia; aceite de girasol; aceite de naranja; extracto de ajo; etc.
	III. De origen mineral	Arcilla, arena de cuarzo, carbonato de amonio, caldo bordelés, fosfato diamónico, hidróxido de sodio, etc.
	IV. Microorganismos utilizados para el control biológico de plagas	Cerevisane, microorganismos, levaduras, productos de la fermentación de <i>Aspergillus spp</i>
	V. Macroorganismos	Depredadores, insectos macho estériles, invertebrados, etc.
	VI. Otros	Ácido ascórbico, ácido peracético,

		alcohol etílico, azúcares, borato, etc.
	VII. Inertes para formulación	Inertes, coadyuvantes, precursores, etc.

Fuente: Anexo 1 de la LOOAA

En punto al etiquetado, el artículo 200 de los LOOAA establece que, para productos frescos o no procesados, el etiquetado o la publicidad de los productos comercializados con denominación orgánica debe cumplir, con los siguientes aspectos:

- I. Producto “Orgánico” o “100% Orgánico” debe contener al menos 95% de los ingredientes producidos orgánicamente conforme a la regulación en materia de orgánicos, excluyendo agua y sal, y
- II. Hayan sido elaborados o producidos por un operador controlado y certificado.

El artículo 204 de los LOOAA regula el etiquetado para productos procesados. Al respecto contiene una tabla en la que se especifican los requisitos según el tipo de etiquetado. A continuación, la reproducimos como tabla 3.

Tabla 3. Requisitos para el etiquetado de productos procesados orgánicos

Para declarar que el producto es:	“Orgánico” o “100% orgánico” (o una declaración similar)
El producto	Debe contener al menos 95 por ciento de ingredientes producidos orgánicamente, excluyendo agua y sal. Puede contener hasta un 5% de ingredientes incluidos en el Cuadro 5 del ANEXO 1, cuando no estén disponibles comercialmente en forma orgánica. Deben estar libres de sustancias prohibidas. No debe contener sulfitos añadidos.

La etiqueta DEBE:	Mostrar una declaración de ingredientes. Mostrar la lista de ingredientes orgánicos, cuando provengan de productos orgánicos debidamente identificados. El agua y la sal, incluidos como ingredientes, no se podrán identificar como orgánicos. Indicar en la parte inferior, el nombre y la dirección del elaborador (empacador, distribuidor, importador, procesador, etc.) del producto terminado y precedida por la declaración: “Certificado como orgánico por....”, o una frase similar, seguido por el nombre de la Secretaría, el organismo de certificación orgánica aprobado u organismo reconocido por la Secretaría para aplicar una certificación participativa. No se pueden usar los sellos de las entidades de la certificación para cumplir con este requisito.
La etiqueta PUEDE:	Mostrar el término “orgánico” Portar el distintivo nacional y/o el/los sello(s) de la Secretaría, el organismo de certificación orgánica aprobado u organismo reconocido por la Secretaría para aplicar una certificación participativa. Mostrar el domicilio comercial, dirección de Internet o número de teléfono de la Secretaría, el organismo de certificación orgánica aprobado u organismo reconocido por la Secretaría para aplicar una certificación participativa.
Cuando se quiere declarar:	“Elaborado con Ingredientes Orgánicos” (o una declaración similar)
El producto	Deberá contener al menos 70 por ciento de ingredientes producidos orgánicamente, excluyendo agua y sal. No debe contener sulfitos añadidos, excepto, el vino (puede contener dióxido de azufre) y puede contener hasta 30% de: Ingredientes agrícolas producidos no orgánicamente u otras sustancias, incluyendo levadura, permitidos en los anexos de este Acuerdo.

La etiqueta PUEDE mostrar:	El término “Hecho con... orgánicos” (ingredientes especificados o grupos de alimentos). “X% orgánico” o “X% de ingredientes orgánicos” El domicilio comercial, dirección de Internet o número de teléfono de la Secretaría, el organismo de certificación orgánica aprobado u organismo reconocido por la Secretaría para aplicar una certificación participativa.
Para declarar:	Que su producto tiene algunos ingredientes orgánicos
El producto	Puede contener menos de 70% de ingredientes orgánicos, excluyendo agua y sal. Puede contener más de 30% de: Ingredientes agrícolas producidos no orgánicamente, u otras sustancias, incluyendo levadura permitidos en los anexos de este Acuerdo.
La etiqueta DEBE:	Demostrar una declaración de ingredientes cuando se usa la palabra orgánica. Identificar ingredientes orgánicos como “orgánico” en la declaración de ingredientes cuando se expone el % orgánico. El agua y la sal, incluidos como ingredientes, no se podrán identificar como orgánicos.
La etiqueta PUEDE demostrar:	El estatus orgánico de los ingredientes en la declaración de los ingredientes. El agua y la sal, incluidos como ingredientes, no se podrán identificar como orgánicos. “X% de ingredientes orgánicos” cuando se identifiquen ingredientes producidos orgánicamente en la declaración de los ingredientes.

Fuente: artículo 204 LOOAA

Otra pieza reglamentaria es el Acuerdo por el que se da a conocer el Distintivo Nacional de los Productos Orgánicos y se establecen las reglas generales para su uso en el etiquetado de los productos certificados como orgánicos. A continuación, en la imagen 1 mostramos el distintivo orgánico de nuestro país.

Imagen 1. Distintivo Nacional de Productos Orgánicos de México



Fuente: Acuerdo por el que da a conocer el Distintivo Nacional de Productos Orgánicos

VII. CONCLUSIONES

De lo anteriormente expuesto, podemos concluir:

I. El registro sanitario de bioinsumos presenta retos porque deben intervenir tres autoridades con diferentes ámbitos de competencia. COFEPRIS lleva el trámite de registro, pero debe recabar de SADER la opinión técnica de bioeficacia y de la SEMARNAT la opinión de que no existe daño al medio ambiente. Y, en general, se experimenta un obstáculo porque la legislación es la misma que para fertilizantes y pesticidas tóxicos. Como tuvimos oportunidad de analizar, existe una propuesta legislativa para adaptar la LGS a las necesidades de los bioinsumos. En cuanto a su empleo en la agricultura orgánica, la LPO establece que se confeccionará una lista nacional de sustancias permitidas en la operación orgánica.

II. A nivel reglamentario el RPLAFEST es el regula el trámite del registro de biofertilizantes y bioplaguicidas. Contiene una clasificación, así como los requisitos que han de cumplir los solicitantes de dicho registro. La NOM-032-FITO-1995 regula los datos que han de proporcionarse para obtener el Dictamen Técnico de Efectividad Biológica. Los trámites de autorización para certificados de libre venta son también expedidos por COFEPRIS.

III. La regulación del a exportación de bioinsumos está sujeta a control sanitario. El ejercicio de este control será ejercido por la COFEPRIS. Se puede tramitar un registro sanitario exclusivamente para fines de exportación.

IV. La regulación de la producción orgánica de alimentos tiene como principal instrumento legal la LPO. SADER a través de SENASICA verificará el cumplimiento de la regulación. También tendrá facultades para regular a los Organismos de Certificación que tendrán por objetivo controlar la producción de los operadores orgánicos. Establece que habrá una lista de sustancias permitidas en operación orgánica, así como un distintivo orgánico. Los LOOAA detallan todos los aspectos de la operación orgánica. Concentramos nuestro análisis en la Lista Nacional de Sustancias Permitidas para la Operación Orgánica Agropecuaria y los requisitos del etiquetado orgánico.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

ARAMENDIS, Rafael *et. al.*, *Bioinsumos de uso agrícola. Situación y perspectivas en América Latina y el Caribe*, CEPAL, Santiago, 2023.

ARMAN GRYJ, Arturo. *El campo mexicano en el siglo XX*, Fondo de Cultura Económica, México, 2001.

COLL HURTADO, Atlántida y GODÍNEZ CALDERÓN, María de Lourdes, *La agricultura en México: un atlas en blanco y negro*, Instituto de Investigaciones Geográficas, UNAM, México, 2003.

- CORDERA, Rolando y TELLO, Carlos, *México, La disputa por la Nación*, Siglo XXI, México, 2010.
- KUNTZ, S. (Coord.), *Historia económica general de México*, El Colegio de México, México, 2010.
- MENDOZA RIVERA, Ana Lilia, *Iniciativa con proyecto de decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley General de Salud en materia de regulación de bioinsumos*, febrero de 2022. <https://tinyurl.com/3jatcm3w>
- PUYANA, Alicia y ROMERO, José, *México. De la crisis de la deuda al estancamiento económico*, El Colegio de México, México, 2009.
- RAMOS, M., et. al., (eds.), *Desarrollo Sustentable y Finanzas. Tópicos y Selectos de Recursos*, ECORFAN, Sucre, 2014.

Hemerografía

- CHÁVEZ DÍAZ, Ismael Fernando, et. al., “Consideraciones sobre el uso de biofertilizantes como alternativa agrobiotecnológica sostenible para la seguridad alimentaria en México”, *Revista Mexicana de Ciencias Agrícolas*, 2020, no. 6, vol. 11, p. 1429. <https://tinyurl.com/nhhcyknm>
- LAGLER, Juan Carlos, “Bioinsumos: Distintas percepciones haciendo foco en la fertilización biológica”, *Agronomía & Ambiente, Revista de la Facultad de Agronomía UBA*, Buenos Aires, 2017, no. 1, vol. 37, p. 74. <https://tinyurl.com/dvha6yad>
- MAMANI DE MARCHESE, Alicia Inés y FILIPPONE, María Paula, “Bioinsumos: componentes claves de una agricultura sostenible”, *Revista Agronómica del Noroeste Argentino*, San Miguel de Tucumán, 2018, no. 1, vol. 38, pp. 13-14. <https://tinyurl.com/wrzt4ryn>
- NAVA PÉREZ, Eusebio, et. al., “Bioplaguicidas, una opción para el control biológico de plagas”, *Ra Ximhai*, 2012, no. 3, vol. 8, p. 18. <https://tinyurl.com/5n7ctd6m>
- PÉREZ CALDERÓN, Jesús, “La política de fomento a la agricultura orgánica”, *El Cotidiano*, 2006, no. 139, vol. 21, p. 102. <https://tinyurl.com/3emstr6a>

ROBLANDA MANCILLA, Sergio Arturo, *et. al*, “Experiencias en el uso de bioinsumos para la salud y la regeneración ecosistémica y comunitaria”, *Enfoques Transdisciplinarios: ciencia y sociedad*, Guadalajara, 2024, no. 2, vol. 2, p. 246. <https://tinyurl.com/yyzwkt54>

Legisgrafía

Ley de Productos Orgánicos (LPO)

Ley Federal de Sanidad Vegetal (LGSV)

Ley General de Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente (LGEEPA)

Ley General de Salud (LGS)

MENDOZA RIVERA, Ana Lilia, *Iniciativa con proyecto de decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley General de Salud en materia de regulación de bioinsumos*, febrero de 2022. <https://tinyurl.com/3jatcm3w>

NOM-032-FITO-1995

Reglamento en Materia de Registros, Autorizaciones de Importación y Exportación de Plaguicidas, Nutrientes Vegetales y Sustancias Minerales Tóxicos y Peligrosos (RPLAFEST)

Páginas de internet

SADER, *Producción de alimentos orgánicos, tendencia exitosa para México*, 2017. <https://tinyurl.com/w9tmhbtz>

JUSTICIA DIGITAL EN EL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS CIVILES Y FAMILIARES

PAOLA JACKELINE ONTIVEROS VÁZQUEZ*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Desarrollo.* III. *Interdisciplinariedad entre la informática y el derecho.* IV. *Principales conceptos tecnológicos regulados en el CNPCyF.* V. *Implementación del procedimiento en línea.* VI. *Condiciones y requerimientos mínimos para la implementación de servicios tecnológicos en el acceso a justicia.* VII. *Retos que la justicia digital representará en nuestro sistema legal.* VIII. *Conclusiones.* IX. *Fuentes de consulta.*

I. INTRODUCCIÓN

La protección de derechos digitales se ha venido regulando desde la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto

* Doctora en Derecho con mención honorífica en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Profesora de Carrera de Tiempo completo Asociada “C” de la FES Acatlán, UNAM. Miembro del Claustro de Doctores de la Facultad de Derecho, UNAM. Candidata al Sistema Nacional de Investigadores de la SECIHTI. Máster en Resolución de Conflictos y Mediación en la Universidad Europea del Atlántico en Santander, España. *Master en Derecho (LLM) Magna Cum Laude*, en la Universidad de Syracuse, Nueva York. Contacto: mprivada525@gmail.com

Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en sus artículos 19¹ respectivamente, los cuales protegen el derecho a la libertad de expresión por cualquier medio, con las restricciones que deberán estar expresamente fijadas por la ley.

El 25 de septiembre de 2015 la Asamblea General de la ONU adopta la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible,² un plan de acción a favor de las personas, el planeta y la prosperidad, para fortalecer la paz universal y el acceso a la justicia. A su vez, en su objetivo 9 indica que se pretende construir infraestructuras resilientes, promover la industrialización sostenible y fomentar la innovación, y para ello, se debe invertir en estructuras, como transporte, regadío, energía y tecnologías de la información y la comunicación, siendo estos cruciales para lograr un desarrollo sostenible y empoderar a las comunidades de muchos países.

Posteriormente, el 4 de julio de 2018 la ONU adoptó la resolución sobre los derechos humanos en Internet; las nuevas tecnologías de la información y comunicación como elementos

¹ La Declaración Universal de los Derechos Humanos, Artículo 19. Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión. <https://tinyurl.com/357e3dn5>

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Art. 19.

1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.

2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:

a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;
b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas. <https://tinyurl.com/yhbuijhp>

² Objetivos de desarrollo sostenible. <https://tinyurl.com/5n95kj5s>

clave para la promoción, protección y disfrute de los derechos humanos en Internet.³

Dentro de esta resolución se exhorta a los Estados a cerrar las brechas digitales, a aumentar el uso de las tecnologías de la información y la comunicación; promover y facilitar el acceso a Internet; y, el desarrollo de medios de comunicación en todos los países con el fin de promover el pleno disfrute de los derechos humanos para todos.

Por lo tanto, se da el surgimiento de los derechos humanos de cuarta generación, conocidos como:

- Ciberespacio-Mundo Digital.
- Derecho de acceso a la informática.
- Derecho a la seguridad digital.
- Derecho de acceder al internet.
- Uso del espectro radioeléctrico y de la infraestructura para los servicios en línea.⁴

Los anteriores derechos se encuentran vinculados y permiten garantizar otros como son el derecho a la información, a la educación y a la alfabetización; el derecho a la libertad de expresión; y sobretudo el derecho de acceso a la justicia a través del empleo de estas herramientas tecnológicas. Varios conceptos relacionados con este derecho se introducen en el texto del Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares (en adelante CNPCyF).

En este sentido, será muy importante en el sistema socio-jurídico mexicano aumentar significativamente el acceso a la tecnología de la información y las comunicaciones y esforzarse por proporcionar

³ Asamblea General de Naciones Unidas. Resolución A/HRC/38/L.10. “Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo”. <https://tinyurl.com/4989vnsn>

⁴ MARTÍNEZ-VILLALBA, Juan Carlos Riofrío, “La cuarta ola de derechos humanos: los derechos digitales”, *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, 2014, no. 1, vol. 25. <https://tinyurl.com/5cu4jy6c>

acceso universal y asequible a internet, así como contar con las herramientas tecnológicas adecuadas para proporcionar los servicios de presentación de promociones electrónicas, audiencias virtuales, gestión documental, uso de firma electrónica avanzada, sistemas de metaverso, uso de tecnologías distribuidas colaborativas (DLT) como la cadena de bloques, entre otras.

El presente artículo pretende establecer los principales elementos tecnológicos regulados en el CNPCyF, la interdisciplinariedad entre la informática y el derecho, hoy conocida como informática jurídica; así como resaltar, tanto las condiciones y requerimientos mínimos para la implementación de servicios tecnológicos en el acceso a justicia, como revisar el procedimiento en línea, y el reto que implica la justicia digital para nuestro sistema procesal.

II. DESARROLLO

La implementación de las tecnologías de la información y la comunicación, así como la interconectividad e interoperabilidad del sistema judicial es hoy un requerimiento básico para garantizar y proteger el derecho humano de acceso a justicia. Lo anterior, ayudará reducir los tiempos en que se emiten las resoluciones, tener un mayor grado de confidencialidad en la información ya que se permitirá la codificación de procesos y la eficientización del trabajo de los operadores jurídicos.

Incluso permitirá que personas con discapacidad o dificultad de desplazamiento, así como personas en condición de vulnerabilidad puedan llevar a cabo procesos con el apoyo de las herramientas

digitales. En este sentido, los artículos 9⁵ y 21⁶ de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, disponen que los Estados partes deben adoptar las medidas apropiadas para promover el acceso de las personas con discapacidad a los nuevos sistemas y tecnologías de la información y las comunicaciones, además deben prestar servicios al público en general mediante Internet; incluso proporcionar información y servicios en formatos que dichas personas puedan utilizar y a los que tengan acceso.

Lo anterior, permitirá que los juzgados tengan un mejor resguardo y actualización de la información, con menor saturación de personas en sus instalaciones y con mayor intervención de la autoridad jurisdiccional. A continuación, se hará alusión de los principales conceptos tecnológicos regulados en el CNPCyF.

⁵ Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Artículo 9. Accesibilidad. 1. A fin de que las personas con discapacidad puedan vivir en forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida, los Estados Partes adoptarán medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales... <https://tinyurl.com/5n93887b>

⁶ Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Artículo 21. Libertad de expresión y de opinión y acceso a la información. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas pertinentes para que las personas con discapacidad puedan ejercer el derecho a la libertad de expresión y opinión, incluida la libertad de recabar, recibir y facilitar información e ideas en igualdad de condiciones con las demás... c) Alentar a las entidades privadas que presten servicios al público en general, incluso mediante Internet, a que proporcionen información y servicios en formatos que las personas con discapacidad puedan utilizar y a los que tengan acceso... <https://tinyurl.com/5n93887b>

III. INTERDISCIPLINARIEDAD ENTRE LA INFORMÁTICA Y EL DERECHO

El estudio de la informática aplicada al derecho es conocido como informática jurídica, que se ha conformado de tres fases en su evolución:

- a) Informática jurídica documentaria. En un primer momento se entendía como la creación y recuperación de información que contenían datos principalmente jurídicos o de interés jurídico (leyes, jurisprudencia, doctrina).⁷
- b) Informática de control y gestión. En esta segunda fase, además de la informática jurídica documentaria también se consideraron los actos jurídicos como certificaciones, atribuciones de juez competente, sentencias premodeladas.⁸
- c) Informática metadocumentaria. Se traduce en los sistemas expertos legales constituidos por una base de conocimientos, mecanismos de inferencias y la interfase entre el usuario y la máquina, es básicamente la inteligencia artificial aplicada al mundo del derecho.

El estudio de la informática jurídica ha permitido profundizar en los fenómenos jurídicos, a la automatización de actividades, al seguimiento de expedientes, la redacción y verificación de escritos, además ha sido de gran ayuda para la toma de decisiones y el desarrollo de sistemas que efficienten el acceso e impartición de justicia.

Las cuestiones de informática jurídica reguladas en el CNPCyF, deben tener una coadyuvancia de un marco normativo que va desde los artículo 3 y 6 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el Acuerdo Educativo Nacional y la Ley General de Educación, artículos 84, 85 y 86, la Agenda Digital Educativa, la Ley General de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias, la Ley Federal de Protección de Datos Personales en

⁷ TÉLLEZ VALDÉS, Julio, *Derecho informático*, IIJ, UNAM, México, 1991, p. 14. <https://tinyurl.com/mvswwt7z>

⁸ *Ídem*.

posesión de particulares y su reglamento, la Ley General de Protección de Datos Personales en posesión de Sujetos Obligados, el Código de Comercio,⁹ la serie iso-27000 en materia de seguridad de la información. Así como, una posible regulación en materia de justicia digital¹⁰ y de inteligencia artificial.¹¹

IV. PRINCIPALES CONCEPTOS TECNOLÓGICOS REGULADOS EN EL CNPCyF

Primero, es necesario fijar lo que el CNPCyF, en su artículo 2, comprende por sistema de justicia digital, como todo dispositivo electrónico, programa de cómputo, aplicación, herramienta tecnológica o plataforma electrónica, propiedad del Poder Judicial o de terceros, que sea utilizada para consultar, usar, enviar o llevar a cabo procedimientos en línea, audiencias virtuales, diligencias virtuales, expedientes electrónicos, firmas electrónicas, mensajes de datos, documentos electrónicos o digitalizados, promociones electrónicas, salas virtuales y videoconferencias.

Además, se establecen algunos conceptos en materia de tecnologías importantes para la implementación de la justicia digital en el ámbito jurídico, como son:

Los relacionados con documentos (promociones, acuerdos y notificaciones); el archivo o documento electrónico se entiende como el escrito generado, consultado, modificado o procesado por medios electrónicos, digitales u ópticos, enviado, recibido, almacenado o utilizado a través de sistemas de justicia digital; a diferencia del documento digitalizado el cual contiene información que ha sido creado originalmente en soporte físico o de forma impresa y posteriormente ha migrado a un medio electrónico, digital o de cualquier tecnología.

⁹ Código de Comercio, art. 89 bis y 93.

¹⁰ A la fecha existen cuatro propuestas de iniciativas de Ley en materia de Justicia Digital.

¹¹ A la fecha existen 19 iniciativas para regular la Inteligencia Artificial.

Por su parte, será posible llevar a cabo procedimientos en línea, contencioso o no contencioso, los cuales podrán ser tramitados utilizando sistemas de justicia digital, en donde se podrán hacer notificaciones electrónicas, consistentes en los actos mediante los cuales se hace saber a las personas a quienes va dirigida una resolución judicial por medios electrónicos.

En este sentido, la legislación establece las diligencias virtuales, entendidas éstas como las actuaciones procesales, distintas de las audiencias virtuales y promociones electrónicas, desarrolladas por personas funcionarias judiciales, las partes o sus representantes y cualquier interviniente autorizado dentro de un procedimiento judicial que se lleva a cabo a distancia o de forma remota, mediante el uso de cualquier sistema de justicia digital.

Es posible que los usuarios de los sistemas de justicia digital puedan enviar o presentar ante un órgano jurisdiccional promociones electrónicas, por medio de firma electrónica avanzada, la cual permite la identificación del firmante, en virtud que ha sido creada por medios electrónicos bajo su exclusivo control, de manera que está vinculada al mismo y a los datos a los que se refiere, a través de esta firma podrá ser detectable cualquier modificación de los mismos; y/o por medio de firma electrónica o firma electrónica simple, la cual también es utilizada para identificar al firmante con relación al mensaje de datos e indicar que aprueba la información contenida en el mensaje de datos, es admisible como prueba en juicio; ambas producen los mismos efectos jurídicos que la firma autógrafa.

No obstante, lo anterior, la firma electrónica avanzada prevalece frente a la firma electrónica simple, ya que los requisitos de producción de la primera la dotan de más seguridad que la segunda, como lo es que la primera cuenta con un certificado digital, entendido como el mensaje de datos o registro que confirme el vínculo entre un firmante y la clave privada.

Una vez iniciado un proceso por medio del sistema judicial digital, será posible realizar consultas y seguimiento a través de las plataformas del poder judicial de cada entidad, de los expedientes

electrónicos, que contemplar el conjunto de información contenida en documentos electrónicos, documentos digitalizados o mensajes de datos que conforman el procedimiento jurisdiccional.

En donde, quizás en un futuro no muy lejano se contemplarán tecnologías distribuidas colaborativas (DLT), como lo es la cadena de bloques, que posibilitan la transferencia de valor en entornos digitales a través de métodos de consenso y cifrado, en una red de cómputo descentralizada y distribuida con el fin de almacenar transacciones o datos, evitando su modificación o manipulación no autorizada, una vez publicado.

También es de considerarse dentro de esta legislación, las salas virtuales, las cuales serán cualquier programa de cómputo, herramienta, plataforma electrónica de videoconferencia, metaverso, sistema de realidad virtual o aumentada, sistema holográfico, o cualquier otro medio tecnológico designado como sistema de interacción a distancia, que permita la transmisión de audio, video o imágenes, así como la comunicación sincrónica entre las partes que participan en cualquier acto procesal y el órgano jurisdiccional, como son las audiencias virtuales, previa designación del área de transmisión.¹²

Respecto a estas audiencias virtuales, su marco regulatorio se encuentra en el libro octavo del CNPCyF, en donde se hace alusión a la forma en cómo se llevarán a cabo; las facultades de la autoridad jurisdiccional; las infracciones en caso de que exista un hecho probablemente constitutivo de un delito; y la apertura y cierre de las audiencias.

Las audiencias deben seguir principios procesales, pueden celebrarse de forma presencial o virtual, y deben ser dirigidas por la autoridad jurisdiccional, quien deberá garantizar el orden, el respeto y la legalidad durante su desarrollo, y contará con facultades para

¹² Área de transmisión. Espacio físico desde donde los intervinientes en un procedimiento en línea participan en una audiencia o diligencia virtuales, usando la herramienta de sala virtual designada para tal propósito;

sancionar conductas indebidas y asegurar la continuidad del proceso.¹³

Ahora bien, hablar de audiencias virtuales a través de sistemas de videoconferencia,¹⁴ es muy distinto a hablar de sistemas de teleconferencia o el uso de la telepresencia. La videoconferencia, es un sistema interactivo de comunicación que transmite de forma simultánea y en tiempo real imagen, sonido y datos a distancia de una o más personas, ubicadas en un lugar distinto del recinto del órgano jurisdiccional;¹⁵ a diferencia de una teleconferencia,¹⁶ en donde la comunicación es exclusivamente por medio de audio y los participantes se conectan a través de una red telefónica. Además, en la videoconferencia se permite a los participantes verse y escucharse en tiempo real, es necesaria la intensidad en los servicios de banda ancha, ya que de ser necesario se puede compartir información como archivos, aplicaciones, pizarra blanca, presentaciones, etc.

Por su parte, la telepresencia, es considerada como la transmisión de la presencia a lugares lejanos, en la que se permite ‘transportar’ a un individuo de un espacio físico a otro, a través de una red de telecomunicaciones, logrando acceder y experimentar lugares como si realmente se estuviese presente; dotándolo de una presencia virtual.¹⁷

¹³ Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares, art. 140.

¹⁴ TREJO OLVERA, Rafael, Videoconferencia, Ed. Universidad Autónoma de Querétaro, mayo 1999. <https://tinyurl.com/nhadxs9d>

¹⁵ Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares, artículo 2, fracción XXXVI.

Videoconferencia. Sistema interactivo de comunicación que transmita, de forma simultánea y en tiempo real, imagen, sonido y datos a distancia de una o más personas, ubicadas en un lugar distinto del recinto del órgano jurisdiccional.

¹⁶ SMITH, Bryan, Difference Between Teleconferencing and Video Conferencing, mayo 2025. <https://tinyurl.com/t8hxjjje>

¹⁷ Cfr. ALFONZO LEÓN, Juan Carlos, *Con tecnologías de telepresencia los alumnos pueden tener una experiencia de aprendizaje interactiva e inmersiva*, Instituto para el futuro de la educación, TEC Monterrey, mayo 2020. <https://tinyurl.com/58sy9xxn>

Y ni que decir, del espacio virtual conocido como metaverso, el cual posibilitará la convivencia social en mundos digitales a través de experiencias gráficas inmersivas en tercera dimensión con tecnologías de realidad virtual, realidad aumentada, realidad mixta o híbrida, tokens y cadena de bloques.

Estos elementos, que, aunque se consideran muy futuristas en algunos ámbitos de aplicación en el sistema jurídico mexicano, ya son una realidad en otras partes del mundo, siendo el caso de un avatar¹⁸ que se presentó como abogado en una corte de apelación en el estado de Nueva York¹⁹ o el caso de la corte colombiana que realizó una audiencia dentro del Metaverso.²⁰

La interdisciplinariedad entre la informática y el derecho, se consolida en el presente instrumento legislativo para revolucionar la impartición de justicia en un mundo digital y globalizado.

V. IMPLEMENTACIÓN DEL PROCEDIMIENTO EN LÍNEA

Dentro del CNPCyF se establece que las partes pueden optar por llevar el procedimiento en línea desde el inicio, desde el escrito inicial de demanda o en comparecencia; en el caso de un procedimiento contencioso, al contestar la demanda, la persona demandada, deberá manifestar si es su deseo igualmente llevar el procedimiento en línea. En cualquier etapa procesal, las partes pueden solicitar el cambio de modalidad a proceso en línea y digital.

La autoridad jurisdiccional, en todo momento puede proponer llevar el trámite de manera digital y en línea, pero si no hay acuerdo entre las partes, se seguirá el proceso tradicional, salvo que el CNPCyF indique que el proceso es exclusivamente en línea o

¹⁸ AVATARES, “El otro Yo”, *Revista digital UNAM*, 2008, no. 10, vol. 9. <https://tinyurl.com/bdh9edyf>

¹⁹ *Man Employs A.I. Avatar in Legal Appeal, and Judge Isn't Amused*, The New York Times. <https://tinyurl.com/kd7rhpvc>

²⁰ RODRÍGUEZ, Diego, *Realizan un juicio real en el Metaverso; así fue como se llevó a cabo*, Excelsior, 2023. <https://tinyurl.com/kants2hd>

atendiendo a cada caso en concreto, en caso fortuito o de fuerza mayor.²¹

Los procedimientos bajo la modalidad de procedimiento en línea serán gratuitos y la autoridad jurisdiccional garantizará una justicia digital equitativa y segura, atendiendo a los principios de la justicia digital, a continuación, se hace una breve explicación de los mismos:

- Principio de elegibilidad (art. 935): consiste en que las partes tienen el derecho de optar voluntariamente que los procedimientos se tramiten de forma digital y en línea. Permitirá la sola integración de expedientes electrónicos, así como actuaciones y audiencias presenciales o a distancia. La autoridad jurisdiccional puede proponer la modalidad digital en casos de fuerza mayor o para agilizar el trámite y en cualquier etapa, las partes pueden solicitar el cambio de modalidad.
- Principio de equivalencia funcional o no discriminación (art. 936): Los documentos y comunicaciones electrónicas tienen la misma validez, efectos jurídicos y eficacia probatoria que los físicos. La firma electrónica avanzada en un documento electrónico o en su caso, en un mensaje de datos, satisface el requisito de firma del mismo modo que la firma autógrafa en los documentos impresos; las actuaciones presenciales y las realizadas en línea (audiencias, resoluciones, expedientes, etc.) tienen el mismo valor jurídico; los procedimientos judiciales podrán tramitarse total o parcialmente en línea, así como celebrarse sus actuaciones judiciales presencialmente o a distancia, sin que ello afecte la validez de las actuaciones. No se invalida el procedimiento por la forma en la que se llevo a cabo.
- Principio de neutralidad tecnológica (art. 937): no se impondrá preferencias en favor o en contra de determinada tecnología y los sistemas digitales se usarán conforme a los

²¹ Art. 933-935 CNPCyF y Acuerdo General 10/2023 que establece los lineamientos de operación de los juicios en línea tramitados en la plataforma del consejo de la judicatura del Estado de Jalisco, arts. 7-9.

lineamientos aprobados por los órganos administrativos de justicia.

- Principio de seguridad de la información (art. 968): consistente en que todo procedimiento en línea, promoción electrónica, audiencia virtual, diligencia virtual, videoconferencia, y en general, toda actuación y documentación que forme parte de procedimientos en línea, se lleve a cabo protegiendo la información y los sistemas de información contra el acceso, uso, divulgación, interrupción, modificación o destrucción no autorizados a fin de proporcionar confidencialidad, integridad y disponibilidad, mientras dichos atributos no se contrapongan con la naturaleza o características de determinado procedimiento, audiencia o actuación judicial.

Los sistemas de justicia digital conllevan una progresividad son complementarios, graduales y opcionales, también conllevan el respeto a los derechos humanos y a la tutela judicial efectiva. No podrán interpretarse de manera restrictiva en perjuicio de los justiciables.

VI. CONDICIONES Y REQUERIMIENTOS MÍNIMOS PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE SERVICIOS TECNOLÓGICOS EN EL ACCESO A JUSTICIA

La incorporación de estas herramientas tecnológicas conllevará establecer condiciones y requerimientos mínimos para su implementación, éstos abarcarán desde cuestiones como infraestructura digital y la seguridad de la información, hasta la capacitación de los operadores jurídicos, la inclusión de sectores vulnerables que enfrentan mayores barreras para acceder a la justicia y la disminución de la brecha digital, se requiere un diseño integral, incluyente y sostenible, que asegure el respeto a los derechos fundamentales y contribuya a fortalecer la confianza ciudadana en las instituciones.

De manera general, serán necesarias las siguientes condiciones:

- Acceso a internet
- Alfabetización digital
- Conocimiento de lineamientos o manuales de uso
- Reglas de confidencialidad y seguridad informática
- Autenticación y Legitimación
- Uso de medios electrónicos y conocimiento de plataformas
- Reglas básicas del proceso
- Contar con dispositivos electrónicos

En el ámbito de las audiencias y diligencias virtuales, el CNPCyF, señala dentro de los requerimientos para llevarlas a cabo los siguientes:

- Computadora o dispositivo electrónico que tenga la capacidad de realizar videoconferencias y cuente con micrófono y cámara web;
- Contar con conexión a Internet con al menos una velocidad de 1.5 megabytes por segundo;
- Correo electrónico que esté registrado o señalado ante la autoridad jurisdiccional para ser notificado, así como para recibir el enlace o método de acceso a la sala virtual designada para llevar la audiencia o diligencia virtual;
- Indicar lugar y área de transmisión que ocuparán, así como los demás intervinientes a su cargo, lo que deberán hacer bajo protesta de decir verdad;
- En caso de no contar con lo anterior, se puede solicitar a la autoridad jurisdiccional, local o federal, distinta de la que sustancie el procedimiento, que le permita el acceso a su recinto judicial y le proporcione todo lo necesario para atender en tiempo y forma la audiencia o diligencia virtual, previa solicitud con anticipación que deberá contener los datos de identificación del expediente y procedimiento judicial, las razones en que sustenta su solicitud y una dirección de correo electrónico.²²

²² Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares, art. 960.

Ante fallas técnicas o situaciones extraordinarias en audiencias virtuales, la autoridad podrá tomar medidas para suspenderlas, continuarlas o reprogramarlas. Estas audiencias se registrarán y se integrarán al expediente electrónico, sin requerir transcripción, y tendrán la misma validez jurídica que las presenciales.²³

En cuanto a la seguridad de la información, las autoridades jurisdiccionales son responsables de proteger la información en medios electrónicos. Sin embargo, las partes y usuarios también deben tomar medidas para garantizar la seguridad de sus datos en los sistemas de justicia digital. La autoridad también será responsable de advertir de la naturaleza confidencial o pública de las audiencias y diligencias virtuales, así como de comprobar la integridad, accesibilidad, formato y contenido de los documentos digitalizados, archivos electrónicos o mensajes de datos, actuaciones, actas mínimas de las audiencias y las diligencias virtuales que formen parte de los expedientes.²⁴

¿Será lo anterior verdaderamente posible de llevarse a cabo? Veamos los retos a los que se enfrentan los sistemas de justicia digital en el ámbito jurídico.

VII. RETOS QUE LA JUSTICIA DIGITAL REPRESENTARÁ EN NUESTRO SISTEMA LEGAL

La implementación de la justicia digital en los sistemas jurídicos plantea una serie de retos complejos que van más allá de la simple modernización tecnológica. Uno de los principales desafíos consiste en comprender a profundidad el impacto de la tecnología en el ámbito jurídico, lo que implica analizar cómo herramientas como la inteligencia artificial, las tecnologías distribuidas colaborativas y no solo la cadena de bloques; los sistemas de gestión electrónica de expedientes o las audiencias virtuales, los cuales van a modificar la

²³ Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares, art. 961.

²⁴ Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares, arts. 969, 970 y 972.

práctica procesal y la forma en que los ciudadanos perciben y ejercen su derecho de acceso a la justicia.

Se deberá poner en la balanza y a través de un análisis crítico la eficiencia operativa que ofrecen estas herramientas y los riesgos asociados a su uso, tales como la exclusión digital o la vulneración de derechos fundamentales.

Otro reto central radica en la adecuación del marco normativo y regulatorio. La existencia de leyes, normas y políticas que reconozcan y regulen la utilización de medios tecnológicos en la impartición de justicia es indispensable para garantizar certeza jurídica y uniformidad en los procedimientos. Ello requiere una actualización constante de los ordenamientos legales y una coordinación entre los distintos niveles de gobierno, interoperabilidad de los sistemas de servicio en línea entre los estados de la república mexicana y las diversas instituciones administrativas y judiciales.

Asimismo, la dimensión ética de la justicia digital cobra particular relevancia. La elaboración de lineamientos, manuales de uso y precedentes jurisprudenciales que establezcan estándares claros sobre transparencia, imparcialidad y responsabilidad en el empleo de tecnologías resulta imprescindible. La ética en la justicia digital no puede limitarse a la protección de datos personales o a la seguridad informática, sino que debe abarcar aspectos como la explicabilidad de las decisiones automatizadas y la garantía de un trato justo e igualitario para todas las partes.

En paralelo, es necesario definir con precisión los casos de uso en los que resulta pertinente y beneficiosa la aplicación de tecnologías digitales. No todos los procesos judiciales son igualmente susceptibles de digitalización, y una implementación indiscriminada podría generar más obstáculos que soluciones. La selección adecuada de los procedimientos, atendiendo a su naturaleza, complejidad y al perfil de los usuarios, permitirá maximizar los beneficios de la justicia digital sin sacrificar los principios esenciales del debido proceso.

Finalmente, la consolidación de la justicia digital exige la participación de grupos interdisciplinarios de expertos. La colaboración entre juristas, ingenieros en sistemas, especialistas en ciberseguridad, psicólogos sociales y expertos en derechos humanos resulta indispensable para diseñar soluciones tecnológicas que sean a la vez operativas, seguras y respetuosas de la dignidad humana. Este enfoque multidisciplinario permitirá construir un modelo de justicia digital robusto, capaz de responder a los desafíos del presente y de adaptarse a las exigencias del futuro.

VIII. CONCLUSIONES

La justicia digital constituye una manifestación de los derechos humanos de cuarta generación, cuyo reconocimiento implica garantizar el acceso universal a las tecnologías de la información y la comunicación, así como su incorporación al sistema procesal mexicano para fortalecer el derecho de acceso a la justicia, de debido proceso, el derecho a información y a la tutela judicial efectiva.

Conforme al marco normativo del Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares se observa la interdisciplinariedad entre la informática y el derecho, estableciendo las condiciones de reconocimiento y validez jurídica de las actuaciones electrónicas, audiencias virtuales, firmas digitales y expedientes electrónicos, siempre y cuando se respeten los principios de elegibilidad, neutralidad tecnológica, equivalencia funcional y seguridad de la información.

La implementación efectiva de la justicia digital requerirá de condiciones mínimas como infraestructura tecnológica, alfabetización digital, capacitación de operadores jurídicos y medidas de seguridad informática; sin embargo, también planteará retos en torno a la brecha digital, la protección de datos y la necesidad de actualizar constantemente el marco normativo a la realidad social.

La consolidación de un modelo confiable de justicia digital solo será posible a través de un enfoque interdisciplinario que articule el

derecho, la informática, la ética y los derechos humanos, con el fin de garantizar procesos judiciales más accesibles, transparentes, eficientes y respetuosos de la dignidad humana.

IX. FUENTES DE CONSULTA

Doctrina

TÉLLEZ VALDÉS, Julio, *Derecho informático*, IIJ, UNAM, México, 1991. <https://tinyurl.com/mvswwt7z>

Hemerografía

AVATARES, “El otro Yo”, *Revista digital UNAM*, 2008, no. 10, vol. 9. <https://tinyurl.com/bdh9edyf>

MARTÍNEZ-VILLALBA, Juan Carlos Riofrío, “La cuarta ola de derechos humanos: los derechos digitales”, *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, 2014, no. 1, vol. 25. <https://tinyurl.com/5cu4jy6c>

TREJO OLVERA, Rafael, Videoconferencia, Ed. Universidad Autónoma de Querétaro, mayo 1999. <https://tinyurl.com/nhadxs9d>

Legisgrafía

Acuerdo General 10/2023 que establece los lineamientos de operación de los juicios en línea tramitados en la plataforma del consejo de la judicatura del Estado de Jalisco.

Asamblea General de Naciones Unidas. Resolución A/HRC/38/L.10. “Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo”. <https://tinyurl.com/4989vnsn>

Código de Comercio

Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

Declaración Universal de los Derechos Humanos

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Fuentes complementarias

ALFONZO LEÓN, Juan Carlos, *Con tecnologías de telepresencia los alumnos pueden tener una experiencia de aprendizaje interactiva e inmersiva*, Instituto para el futuro de la educación, TEC Monterrey, mayo 2020. <https://tinyurl.com/58sy9xxn>

Man Employs A.I. Avatar in Legal Appeal, and Judge Isn't Amused, The New York Times. <https://tinyurl.com/kd7rhpxc>

Objetivos de desarrollo sostenible. <https://tinyurl.com/5n95kj5s>

RODRÍGUEZ, Diego, *Realizan un juicio real en el Metaverso; así fue como se llevó a cabo*, Excelsior, 2023. <https://tinyurl.com/kants2hd>

SMITH, Bryan, *Difference Between Teleconferencing and Video Conferencing*, mayo 2025. <https://tinyurl.com/t8hxjjje>

CAPÍTULO V

INTELIGENCIA ARTIFICIAL, ALGORITMOS Y DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

DISCRIMINAÇÃO ALGORÍTMICA: INTELIGENCIA ARTIFICIAL, VIESES HUMANOS E ALGORÍTIMICOS E A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

DIRCEU PEREIRA SIQUEIRA *

RESUMO: I. *Introdução.* II. *Relações existências no Brasil e a inteligência artificial.* III. *Vieses humanos versus vieses algorítmicos.* IV. *Direitos da personalidade como núcleo de proteção contra discriminação algorítmica.* V. *Discriminação algorítmica: estigmatização, profiling e um novo viés na revisão humana da decisão automatizada.* VI. *Considerações finais.* VII. *Bibliografia.*

* Coordenador e Professor Permanente do Programa de Doutorado e Mestrado em Direito da Universidade Cesumar, Maringá, PR (UniCesumar); Pós-doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal), Doutor e Mestre em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino - ITE/Bauru, Pesquisador Bolsista - Modalidade Produtividade em Pesquisa para Doutor - PPD - do Instituto Cesumar de Ciência, Tecnologia e Inovação (ICETI), Professor no curso de graduação em direito do Centro Universitário Unifafibe (UNIFAFIBE), Professor Convidado do Programa de Mestrado University Missouri State – EUA, Editor da Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (Qualis A2) e da Revista Jurídica Cesumar (Qualis A2), Consultor Jurídico, Parecerista, Advogado. Endereço profissional: Universidade Cesumar, Av. Guedner, 1610 - Jardim Aclimação, Maringá - PR, 87050-900, Brasil. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-9073-7759>. CV: <http://lattes.cnpq.br/3134794995883683>. Contacto: dpsiqueira@uol.com.br

I. INTRODUÇÃO

A revolução digital trouxe transformações profundas na forma como decisões são tomadas em sociedade. Sistemas de Inteligência Artificial (IA) tornaram-se protagonistas em processos decisórios que afetam diretamente direitos fundamentais, desde a concessão de benefícios sociais até a seleção universitária por sistemas de cotas. Esta realidade coloca em evidência uma tensão fundamental entre eficiência tecnológica e proteção de direitos humanos.

No Brasil, a implementação de IA em políticas públicas ganhou impulso especialmente durante a pandemia de COVID-19, quando algoritmos passaram a decidir sobre a elegibilidade de milhões de brasileiros para o auxílio emergencial. Simultaneamente, universidades começaram a utilizar reconhecimento facial para validar autodeclarações raciais, e aeroportos implementaram sistemas biométricos para controle de acesso. Estes exemplos revelam como a IA transcendeu o âmbito das relações de consumo para incidir sobre aspectos centrais da dignidade humana.

O problema central que emerge desta realidade é a discriminação algorítmica, fenômeno que pode violar sistematicamente direitos da personalidade constitucionalmente protegidos. A questão torna-se ainda mais complexa quando consideramos que tanto decisões humanas quanto algorítmicas são suscetíveis a vieses, mas os algoritmos podem reproduzir e amplificar discriminações em escala massiva.

Assim, o problema de pesquisa busca enfrentar: De que forma a discriminação algorítmica viola os direitos da personalidade constitucionalmente protegidos e quais mecanismos jurídicos podem ser desenvolvidos para assegurar proteção efetiva?

As hipóteses que permeiam o trabalho são: os direitos da personalidade, especialmente dignidade, privacidade, imagem e honra, constituem o núcleo constitucional de proteção contra discriminação algorítmica, exigindo desenvolvimento de marcos regulatórios específicos que contemplem auditoria algorítmica, explicabilidade e supervisão humana qualificada.

O objetivo geral consiste em analisar a relação entre discriminação algorítmica e violação de direitos da personalidade no ordenamento constitucional brasileiro. Já os objetivos específicos buscam: (i) identificar como vieses algorítmicos afetam direitos da personalidade; (ii) examinar a adequação do marco regulatório atual; (iii) propor diretrizes para proteção constitucional efetiva.

A justificativa da pesquisa concentra-se na relevância do tema decorre da crescente dependência social de sistemas algorítmicos e da necessidade de compatibilizar inovação tecnológica com proteção constitucional de direitos fundamentais, especialmente considerando as particularidades dos direitos da personalidade como direitos irrenunciáveis e inalienáveis.

Na metodologia utiliza-se abordagem hipotético-dedutiva a partir de revisão bibliográfica interdisciplinar, análise de casos brasileiros de discriminação algorítmica e exame da legislação e jurisprudência nacional e comparada.

II. RELAÇÕES EXISTÊNCIAS NO BRASIL E A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

Durante o pico da pandemia do COVID-19 no primeiro semestre do ano de 2020, com o fechamento do comércio decorrente do lockdown e a impossibilidade de as pessoas saírem de casa para buscar renda para a sua própria sobrevivência, o poder público federal editou a Lei 13982/2020 concedendo um auxílio emergencial no valor de R\$ 600,00 (seiscentos reais) para brasileiros que atendessem alguns requisitos, entre eles, não possuir emprego formal ativo, não ser titular de benefício previdenciário ou assistencial, possuir renda per capita familiar de até 1/2 (meio) salário mínimo, não exercer atividade empresarial e não ter outro membro da família recebendo o auxílio.

Considerando o maior programa público de transferência de renda no Brasil e à vista da impossibilidade de uma análise humana do perfil socioeconômico de cada brasileiro requerente do benefício em um curto espaço de tempo, a solução encontrada foi implementar

um processamento por Inteligência Artificial (IA) a partir de um complexo cruzamento de dados reunidos de diversos cadastros públicos, entre eles, dados de CPF e CNPJ da Receita Federal do Brasil, da Relação Anual de Informações Sociais (RAIS) e Cadastro Geral de Empregados e Desempregados (CAGED) do Ministério da Economia, do Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal (CadÚnico) do Ministério da Cidadania, do Cadastro Nacional de Informações Sociais (CNIB) do INSS e do Sistema de Controle de Óbitos (SISOB) do Dataprev.

Segundo o balanço divulgado pelo Ministério da Cidadania,¹ em 2020, cerca de 68,3 milhões de pessoas foram elegíveis para o recebimento do referido benefício. O governo não revela quantos brasileiros tiveram seus pedidos indeferidos, mas desse total cerca de 60 mil tiveram seus benefícios implementados somente após decisão judicial dos Juizados Especiais Federais de todo o Brasil. Sem embargo, após muitas reclamações sobre as respostas eletrônicas do indeferimento por desatualização de dados ou por equívocos no processamento, visto que o algoritmo fazia muitas inferências erradas quanto à composição familiar ou negava o pedido do benefício se “os dados eram inconclusivos”, o governo implementou uma possibilidade limitada de “contestar”, via aplicativo, o indeferimento do pedido de um benefício assistencial.

De outro giro, a partir do segundo semestre de 2022, a Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP) decidiu empregar no seu vestibular uma tecnologia de reconhecimento facial para validar a autodeclaração de candidatos que concorrerem às vagas reservadas para pretos, pardos e indígenas.²

Segundo o noticiado, os desenvolvedores da tecnologia, batizada de *SmartFace*, esperam que ela evite fraude em cotas raciais. Pelas regras informadas, se o sistema reconhecer traços fenotípicos de pretos, pardos ou indígenas, a banca não poderá vetá-lo,³

¹ BRASIL. Ministério da Cidadania. <https://tinyurl.com/49vdt7kn>

² Disponível em: <https://tinyurl.com/tadv4ypk>

³ Disponível em: ISTOÉ PUBLICAÇÕES LTDA, *Correção: Unicamp terá reconhecimento facial para evitar fraudes em cotas*, 2022. <https://tinyurl.com/u2xyean7>

funcionando como uma espécie de “juiz eletrônico racial” definitivo. Por outro lado, se o reconhecimento facial não identificar as características fenotípicas do candidato, ele será submetido a uma videochamada com a comissão.

Outrossim, em agosto de 2022 começou a valer de forma definitiva e gradual o embarque de passageiros nos aeroportos de Congonhas (SP) e Santos Dumont (RJ) de forma 100% digital por reconhecimento facial biométrico. Segundo a Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), a análise dos dados e validação por biometria ocorre a partir da base de dados governamental, em especial o CNH digital e o Título de Eleitor Digital, e dispensa a apresentação de cartão de embarque e documento de identificação para acesso ao portão de embarque e à aeronave. Claro, em caso de falha, haverá um funcionário da companhia aérea para auxiliar, mas a decisão do algoritmo é cerca de 27% mais rápida se comparado à identificação pessoal documental.⁴

Já na área da saúde, segundo dados da Pesquisa TIC Saúde 2021,⁵ do Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI.br), conduzida pelo Centro Regional de Estudos para o Desenvolvimento da Sociedade da Informação (Cetic.br) do Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR (NIC.br), em torno de 88% dos estabelecimentos de saúde no Brasil possuem informações dos pacientes em formato digital, parcela deles com funcionalidades mais avançadas como listas pacientes por tipo de diagnóstico, exames laboratoriais compilados e possibilidade de realização de prescrição médica. No entanto, apenas 4% dos estabelecimentos (cerca de 4.268) realizam análise de Big Data, sendo 1% dos públicos (cerca de 635) e 6% dos privados (cerca de 3.633). A principal fonte foram os dados dos próprios estabelecimentos coletados das fichas cadastrais.

No campo securitário, o emprego da IA na saúde complementar tem ganhado cada vez mais espaço no Brasil com a promessa de ser

⁴ Disponível em: <https://tinyurl.com/y4n4yu5s>

⁵ Disponível em: Cetic.br, Pesquisa sobre o uso das tecnologias de informação e comunicação nos estabelecimentos de saúde brasileiros - TIC Saúde 2021, 2021. <https://tinyurl.com/4x35sn73>

um diferencial competitivo para as operadoras de planos de saúde. A aplicação inclui, entre outros, rotina de trabalho dos colaboradores e otimização de autorizações dos procedimentos com regras de regulação automatizadas. Uma grande preocupação, à medida em que a ciência atuarial e estatística identifica a probabilidade de uma doença, é a falta de transparência sobre como o algoritmo decide se o risco é assegúrável ou não e, em caso positivo, o respectivo prêmio, segregando-se, por exemplo, pessoas com características genéticas propensas a desenvolver certas doenças. Não por outra razão, o tratamento preditivo de dados genéticos para fins securitários teve lugar na Convenção de Strasbourg sobre Direitos Humanos e Biomedicina e Convenção de Oviedo, com recomendações específicas sobre dados genéticos.⁶

Os exemplos acima citados revelam o rápido avanço da IA sobre os aspectos centrais da vida humana. Fortemente presente nas relações de consumo, como por exemplo na análise de crédito, aquisição de produtos e serviços por canais digitais e atendimento eletrônico ao consumidor por *chatbots*, hoje o tema facilmente atinge direitos da personalidade bastante sensíveis como direito ao patrimônio mínimo e segurança alimentar, dignidade, liberdade ambulatorial, saúde e acesso à meio de transporte. Segundo informações da Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital do Ministério da Economia, atualmente são 4015 (quatro mil e quinze) serviços digitalizados pelo Poder Público Federal que se utilizam de 261 (duzentos e sessenta e uma) base de dados diferentes, estando entre os mais comuns a obtenção da carteira de trabalho digital, a carteira digital de trânsito, a solicitação de aposentadoria ou de benefício assistencial e a inscrição em programa público de acesso às universidades federais.⁷

Em boa medida, há uma crença de que algoritmos tomam decisões ou auxiliam os humanos a tomarem decisões mais isentas.

⁶ BIONI, Bruno R. *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*, 3. ed., Forense, Rio de Janeiro, 2021, pp. 345-346.

⁷ Disponível em: Ministério da Gestão e da Inovação em Serviços Públicos, *Conheça as experiências e ferramentas de governo digital*. <https://tinyurl.com/sdy53azx>

No entanto, no próximo tópico falar-se-á como seres humanos e máquinas são influenciados por vieses e como isso pode resultar em estigmatização ou discriminação.

III. VIESES HUMANOS *VERSUS* VIESES ALGORÍTMICOS

As pesquisas desenvolvidas pelos psicólogos israelenses Amos Tversky e Daniel Kahneman desde a década de 70 já comprovaram a falácia da crença cega na racionalidade humana, assim compreendida como a tomada de decisão com coerência lógica e internamente consciente. Não se quer dizer que as decisões humanas são irracionais, o que conota impulsividade, emotividade e resistência ao argumento razoável, mas sim que são fortemente influenciadas por vieses cognitivos em grande parte do tempo em decisões relevantes da vida. Os autores citam a presença do viés da confirmação (busca de uma informação que ratifica uma pré-compreensão), viés da disponibilidade (tendência a interpretar a realidade com base em informações mais recentes ou abundantes), viés da ancoragem e ajuste (um dado inicial que serve como um “âncora” e comparação para os demais) e o viés da representatividade (influência por estereótipos ou semelhança) como fatores que pesam sobre a racionalidade.⁸

Na obra *Nudge*, ao sugerir o implemento de uma forma suave de paternalismo nas políticas públicas, cunhado de “paternalismo libertário” (proteção dos indivíduos contra suas próprias decisões, mas preservando o núcleo de sua autonomia), o economista Richard Thaler e o jurista americano Cass Sunstein citam, como forte influência psicológica nas decisões humanas, o viés do otimismo irreal (superestimação que faz as pessoas deixarem de tomar decisões sensatas de prevenção), a teoria do prospecto (aversão à perda), o viés do *status quo* (tendência geral a permanecer na inércia), o efeito de enquadramento (as decisões dependem, em parte, pela forma com que os problemas são apresentados), o

⁸ KAHNEMAN, Daniel, *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Tradução de Cássio de Arantes Leite, Objetiva, Rio de Janeiro, 2012, pp. 510-539.

comportamento de manada (busca pela conformidade coletiva), o efeito holofote (tendência do indivíduo achar que está no centro da atenção) e o efeito *priming* (influências sutis ou indiretas que aumentam a facilidade com que determinada decisão se forma).⁹

Outrossim, ao explicar a razão pela qual as pessoas em geral fornecem suas informações na internet, inclusive dados pessoais sensíveis (origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico) sem grandes preocupações com a privacidade, Bruno Bioni¹⁰ menciona a influência da teoria da utilidade subjetiva (tendência de focar nos benefícios imediatos) e o problema estrutural do *trade-off* da economia de dados (decisão que consiste na escolha de uma opção em detrimento de outra, ou seja, o câmbio do acesso ao serviço em troca da privacidade).

De um modo geral, todos esses vieses inconscientes direcionam os julgamentos humanos e fitam a formação de generalizações, lugares comuns, estereótipos, pensamentos tendenciosos, intuições, pré-compreensão e preconceitos de cada pessoa. Até mesmo a racionalidade jurídica, mais refletida, complexa e guiada por princípios abstratos e regras da ciência do Direito, não goza de uma neutralidade asséptica de vieses. Em sua tese de doutorado na UERJ, o Procurador do Estado do Rio de Janeiro Francesco Conte concluiu que a sentença civil, em sua gênese, é ilógica, influenciada da mente inconsciente. Para ele, a decisão judicial possui 2 (dois) momentos claramente distintos e traz pesquisas empíricas que evidenciam que em primeiro lugar vem o julgamento, chamado de “contexto de descoberta da decisão”, permeado por fatores extrajurídicos do psiquismo como a intuição, sentimento e emoção. Somente logo após vem o raciocínio discursivo, inferência lógica e dedutivismo, momento chamado de “contexto de justificação”. Para o referido autor, o Juiz não inicia, mas finda a racionalidade jurídica com

⁹ THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge*, Tradução de Ângelo Lessa, Objetiva, Rio de Janeiro, 2019, pp. 36-146.

¹⁰ BIONI, Bruno R., *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*. 3. ed., Forense, Rio de Janeiro, 2021, pp. 241-245.

silogismo, pois o juízo (julgamento) tem caráter inventivo, ao passo que o raciocínio silogístico tem natureza demonstrativa.¹¹

Expostos alguns dos vieses da inteligência “natural”, a Inteligência Artificial também possui fenômenos e fatores não intencionalmente programados que interferem no seu processamento, lógica e tomada de decisões ao ponto de produzir um resultado tendencioso, incorreto ou injusto. São os chamados vieses algorítmicos, também chamado de viés na IA.

Algoritmo pode ser descrito como um conjunto de instruções, organizadas de forma sequencial, que determina como algo deve ser feito. Seu objetivo é, sobretudo, solucionar problemas e auxiliar na tomada de decisões com previsões utilizando probabilidades e estatísticas. A partir do Big Data, termo que abrange, entre outros elementos, a capacidade computacional e a coleta, estoque, análise, tratamento e processamento de dados e informações, um algoritmo tem grande chance de apresentar um resultado próximo do real, desde previsão sobre a possível curva de uma pandemia até prever o comportamento de um indivíduo.¹²

Para Mateus Fornasier, em obra dedicada a discutir questões ético-jurídicas sobre a inteligência artificial, reúne a taxonomia desses vieses a partir de pesquisas da tecnologia da informação. Entre eles, pode-se citar: (i) viés de dados de treinamento (dados de entrada tendenciosos que induz um modelo de aprendizado neutro a se desviar de estatísticas reais); (ii) viés do foco algorítmico (não inserção de certos dados de entrada por razões morais, legais, etc, mesmo que essas variáveis existem e estejam disponíveis); (iii) viés do processamento algorítmico (uso de um estimador estatisticamente tendencioso); (iv) viés do contexto de transferência (aplicação ou extensão injustificada e não declarada de um

¹¹ CONTE, Francesco, *A gênese ilógica da sentença civil: intuição, sentimento e emoção na hora de julgar*, Fórum, Belo Horizonte, 2020, pp. 509-601.

¹² MENDES, Laura S.; MATTIUZZO, Marcela, “Discriminação algorítmica à luz geral de proteção de dados”, In MENDES, Laura, et. al., *Tratado de proteção de dados pessoais*, Forense, Rio de Janeiro, 2020, pp. 430-432.

algoritmo fora do seu propósito específico); (v) viés de interpretação (interpretação incorreta das saídas pelo usuário ou pelo sistema autônomo em um contexto mais amplo no qual o algoritmo funciona); (vi) viés da co-ocorrência (classificação de um conjunto de dados de forma desproporcional em uma categoria); (vii) viés epistemológico (geração de grau de descrédito na informação); (viii) viés de linguagem (desvio da imparcialidade, reputando opiniões como fatos); (ix) viés de cobertura (conclusão equivocada da representatividade do objeto); (x) viés da especificação (prejulgamento, geralmente do projetista do sistema); (xi) viés de amostragem/seleção (super-representação de observações de um segmento da população); (xii) viés herdado (vieses aprendidos do aprendizado de máquinas anteriores já enviesados).¹³

Como afirmado, verifica-se que alguns dos vieses algorítmicos acima citados são frutos dos vieses psicológicos de seus programadores e, portanto, reproduzem, em maior escala, suas impressões, preconceitos e subjetividades. Aliás, a cientista de dados americana Cathy O'Neil¹⁴ na obra “algoritmos de destruição em massa”, chega a dizer que uma grande questão da Inteligência Artificial é saber de fato há eliminação do viés humano ou simplesmente se ele foi camuflado com a tecnologia. Nessa obra, a aludida autora descreve com detalhes como aplicações matemáticas fomentando a economia de dados são baseadas em escolhas feitas por seres humanos falíveis. Mesmo desenvolvidos com as melhores das intenções, os modelos programam preconceitos, equívocos e vieses humanos nos sistemas de softwares para gerenciar a vida das pessoas como deuses, tudo de forma opaca e com mecanismos invisíveis. Segundo a aludida cientista de dados, os modelos punem os pobres e enriquecem mais os ricos, uma vez que seu sucesso é medido em termos de lucros, eficiência e taxa de adimplência. A obra explica como esses modelos agem na saúde (plano de saúde), consumo, educação, emprego (exclusão de candidatos), segurança

¹³ FORNASIER, Mateus O., *Cinco questões ético-jurídicas fundamentais sobre a inteligência artificial*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2021, pp. 76-84.

¹⁴ O'NEIL, Cathy, *Algoritmos de destruição em massa: como o big data aumenta a desigualdade e ameaça a democracia*. Tradução de Rafael Abraham, Rua do Sabão, Santo André, 2020, pp. 10-229.

pública (com mecanismos racistas de predição criminal) e vida cívica, tudo a provocar uma injustiça baseada na ganância e preconceito. A esses modelos ela apelidou de ADM – Armas de Destruição Matemática, em referência ao elevado poder bélico de destruição das conhecidas armas de destruição em massa.

Em suma, tal como as decisões humanas enviesadas, mesmo com boas intenções, os vieses algoritmos acima citados são potencialmente capazes de provocar falhas graves ofensivas aos direitos da personalidade em grande escala. Conhecer a taxonomia desses vieses e saber de forma atuam na formação de uma opinião ou decisão é imprescindível para a consciência correta das ações. No próximo tópico explorar-se-á mais precisamente um dos resultados ofensivos, a discriminação algorítmica.

IV. DIREITOS DA PERSONALIDADE COMO NÚCLEO DE PROTEÇÃO CONTRA DISCRIMINAÇÃO ALGORÍTMICA

A emergência da Inteligência Artificial como protagonista em processos decisórios fundamentais da vida social exige repensar categorias jurídicas consolidadas para enfrentar desafios inéditos. Os algoritmos, ao processarem massivamente dados pessoais e produzirem inferências sobre comportamentos, características e potencialidades humanas, incidem diretamente sobre aquilo que constitui o núcleo mais essencial da condição humana: a personalidade em suas múltiplas dimensões.

Esta incidência não é meramente acidental ou colateral, mas estrutural. Sistemas de IA operam precisamente através da categorização, classificação e predição sobre pessoas, transformando a complexidade irreduzível da experiência humana em variáveis computacionais. Neste processo, aspectos fundamentais como dignidade, identidade, privacidade, imagem e honra tornam-se vulneráveis a violações sistemáticas que podem ocorrer em escala massiva e com aparência de neutralidade técnica.

A discriminação algorítmica representa, portanto, ameaça qualitativa e quantitativamente distinta das formas tradicionais de

discriminação. Enquanto a discriminação humana é tipicamente limitada em escala e temporalmente circunscrita, a discriminação algorítmica pode afetar milhões de pessoas simultaneamente, perpetuar-se automaticamente ao longo do tempo e cristalizar-se em sistemas técnicos de difícil alteração. Ademais, sua operação através de correlações estatísticas e “caixas pretas” algorítmicas pode tornar invisíveis padrões discriminatórios que só se revelam através de análises sistemáticas.

Diante desta realidade, os direitos da personalidade emergem como categoria jurídica privilegiada para compreender e enfrentar os desafios da discriminação algorítmica. Sua centralidade deriva não apenas de sua fundamentação constitucional sólida, mas de sua capacidade de capturar as dimensões mais profundas dos impactos algorítmicos sobre a condição humana. Diferentemente de abordagens que focam exclusivamente em aspectos procedimentais ou de proteção de dados, os direitos da personalidade oferecem perspectiva integral que reconhece a pessoa como sujeito de direitos irredutível a processamento algorítmico.

1. Fundamentação Teórica e Dogmática dos Direitos da Personalidade

Os direitos da personalidade, enquanto categoria jurídica autônoma, emergiram historicamente como resposta às transformações sociais que colocaram em risco aspectos essenciais da condição humana. No ordenamento brasileiro, encontram dupla proteção: constitucional, através dos direitos fundamentais previstos no artigo 5º da Constituição Federal, e infraconstitucional, mediante disciplina específica nos artigos 11 a 21 do Código Civil de 2002.

A construção dogmática desses direitos fundamenta-se na concepção kantiana de dignidade humana, que veda a instrumentalização da pessoa como meio para fins alheios. Esta fundamentação ganha relevância particular no contexto da discriminação algorítmica, onde sistemas de Inteligência Artificial frequentemente reduzem a complexidade humana a variáveis

estatísticas, tratando pessoas como objetos de processamento de dados rather than sujeitos dotados de dignidade intrínseca.

A caracterização jurídica dos direitos da personalidade pela irrenunciabilidade, inalienabilidade e imprescritibilidade revela sua natureza de direitos humanos fundamentais que transcendem a vontade individual. Estas características assumem importância crucial quando analisadas sob a perspectiva da discriminação algorítmica, pois estabelecem limites intransponíveis à utilização de dados pessoais e à tomada de decisões automatizadas que possam violar a essência da personalidade humana.

Na taxonomia jurídica contemporânea, os direitos da personalidade subdividem-se em três grandes categorias: direitos à integridade física (vida, corpo, partes do corpo), direitos à integridade intelectual (liberdade de pensamento, autoria intelectual, convicções) e direitos à integridade moral (honra, imagem, privacidade, identidade). Esta classificação tripartite oferece marco analítico adequado para compreender como a discriminação algorítmica pode afetar sistematicamente diferentes dimensões da personalidade humana.

2. A Dignidade Humana como Matriz Constitucional Antidiscriminatória

A dignidade humana, consagrada como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, CF), constitui o núcleo axiológico irradiador de todo o sistema constitucional de proteção de direitos fundamentais. Na era digital, este princípio enfrenta desafios inéditos representados pela capacidade dos algoritmos de processar massivamente dados pessoais e tomar decisões que afetam profundamente a vida humana.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem reconhecido múltiplas dimensões da dignidade humana: a dignidade como autonomia (capacidade de autodeterminação), a dignidade como valor intrínseco (vedação à instrumentalização) e a dignidade como valor social (direito ao reconhecimento como membro da

comunidade política). Estas três dimensões são simultaneamente ameaçadas pela discriminação algorítmica.

O caso paradigmático do Google Photos, que classificou fotografias de pessoas negras com a etiqueta “gorilas”, ilustra como sistemas de IA podem violar todas as dimensões da dignidade: comprometem a autonomia ao impor classificações não consentidas, violam o valor intrínseco ao desumanizar pessoas através de comparações animais, e negam valor social ao perpetuar estereótipos racistas históricos.

A formulação kantiana do imperativo categórico, que veda tratar a humanidade “sempre e simultaneamente como fim, e nunca simplesmente como meio”, ganha renovada relevância no contexto algorítmico. Sistemas de IA que reduzem pessoas a conjuntos de dados para otimização de lucros ou eficiência administrativa violam frontalmente este imperativo.

A discriminação algorítmica manifesta-se como forma particular de instrumentalização quando algoritmos são programados para maximizar objetivos econômicos (lucro, eficiência, redução de custos) sem consideração adequada aos impactos sobre direitos fundamentais. Esta lógica utilitarista, que aceita sacrificar direitos individuais em nome de benefícios coletivos ou econômicos, contradiz diametralmente o fundamento personalista do constitucionalismo brasileiro.

A análise dos casos brasileiros mencionados anteriormente revela este padrão: o algoritmo do auxílio emergencial priorizou rapidez de processamento sobre precisão individual; o sistema de reconhecimento facial da UNICAMP privilegia eficiência administrativa sobre complexidade identitária; os sistemas biométricos aeroportuários enfatizam fluidez operacional sobre privacidade individual.

A psicologia social demonstra que experiências de discriminação geram impactos profundos no desenvolvimento da personalidade, afetando autoestima, senso de pertencimento social e capacidade de realização de projetos de vida. Quando essa discriminação é

perpetrada por sistemas algorítmicos, os efeitos são potencializados pela aparente objetividade e neutralidade da tecnologia.

A discriminação algorítmica afeta o desenvolvimento da personalidade em múltiplas dimensões temporais: no presente, através de negação de oportunidades e constrangimentos imediatos; no futuro, pela criação de “ciclos discriminatórios” onde decisões enviesadas criam registros que justificam futuras discriminações; no passado, quando algoritmos utilizam dados históricos contaminados por discriminações preexistentes.

Esta temporalidade expandida da discriminação algorítmica exige proteção constitucional que transcenda abordagens tradicionais focadas em atos discriminatórios pontuais, demandando proteção sistêmica contra padrões discriminatórios estruturais perpetuados por tecnologia.

3. Privacidade informacional e proteção de dados como direitos da personalidade

A proteção da privacidade evoluiu significativamente desde a formulação clássica de Warren e Brandeis (1890) como “direito de estar só” (right to be alone). Na sociedade informacional contemporânea, a privacidade manifesta-se primordialmente como controle sobre informações pessoais e proteção contra inferências indevidas sobre a personalidade.

A Emenda Constitucional 115/2022, que inseriu a proteção de dados pessoais como direito fundamental autônomo (art. 5º, LXXIX, CF), representa marco evolutivo na proteção constitucional da personalidade. Esta constitucionalização reconhece que dados pessoais não são meras informações, mas extensões da própria personalidade na esfera digital.

A discriminação algorítmica viola a proteção de dados não apenas através do processamento indevido de informações, mas pela criação de “duplos digitais” que podem não corresponder à realidade da pessoa. Estes duplos digitais, construídos através de inferências

algorítmicas, passam a influenciar decisões sobre crédito, emprego, educação e acesso a serviços, criando realidades paralelas que podem divergir da identidade real da pessoa.

O profiling algorítmico representa uma das mais sofisticadas formas de violação da privacidade informacional. Diferente da coleta direta de dados, o profiling cria conhecimento sobre pessoas através de inferências estatísticas baseadas em comportamentos de grupos similares, violando a autonomia informacional mesmo quando os dados originais foram fornecidos voluntariamente.

A autonomia informacional, conceito desenvolvido pelo Tribunal Constitucional Alemão, refere-se ao direito fundamental de controlar a coleta, processamento e utilização de dados pessoais. Na era algorítmica, esta autonomia é desafiada pela capacidade de sistemas de IA criarem informações que nunca foram fornecidas pela pessoa, através de técnicas de machine learning e análise preditiva.

Os sistemas de scoring algorítmico utilizados para análise de crédito exemplificam esta problemática. Algoritmos analisam padrões de comportamento (horários de acesso a aplicativos, frequência de uso de redes sociais, padrões de localização) para inferir capacidade de pagamento, criando pontuações que afetam acesso a crédito sem que a pessoa tenha consciência dos fatores considerados ou capacidade de contestação efetiva.

O direito à explicação, implícito no artigo 20 da LGPD, constitui evolução natural dos direitos da personalidade na era digital. Este direito fundamenta-se na premissa de que decisões que afetem significativamente a vida das pessoas devem ser compreensíveis e contestáveis, garantindo que a tecnologia não se torne uma “caixa preta” impenetrável aos direitos fundamentais.

A opacidade algorítmica viola múltiplos aspectos dos direitos da personalidade: impede o exercício da autonomia ao negar compreensão sobre fatores decisórios; viola a dignidade ao submeter pessoas a decisões incompreensíveis; compromete a privacidade ao impedir controle sobre o uso de dados pessoais.

A implementação efetiva do direito à explicação enfrenta desafios técnicos significativos. Algoritmos de deep learning operam através de redes neurais que podem envolver milhões de parâmetros, tornando difícil identificar quais fatores específicos influenciaram uma decisão particular. Esta complexidade técnica, contudo, não pode servir como justificativa para violação de direitos fundamentais.

4. Direito à imagem e identidade na era do reconhecimento algorítmico

O direito à imagem, tradicionalmente compreendido como proteção contra reprodução não autorizada da aparência física, ganhou novas dimensões com o desenvolvimento de tecnologias de reconhecimento facial e análise biométrica. A imagem digital tornou-se fonte de informações que transcendem a mera aparência, permitindo inferências sobre idade, gênero, origem étnica, estado emocional e até características de personalidade.

O sistema SmartFace utilizado pela UNICAMP para validação de autodeclarações raciais ilustra como o reconhecimento facial pode violar o direito à imagem ao utilizá-la para fins não consentidos e potencialmente discriminatórios. A redução da complexa questão da identidade racial a características fenotípicas algorítmicamente detectáveis representa instrumentalização da imagem que viola sua proteção constitucional.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem reconhecido que o direito à imagem protege não apenas contra reprodução não autorizada, mas contra utilização que exponha a pessoa ao ridículo, degradação ou discriminação. Esta interpretação expansiva oferece fundamento para proteção contra usos discriminatórios de tecnologias de reconhecimento facial.

A identidade, embora não explicitamente prevista como direito fundamental no texto constitucional brasileiro, constitui pressuposto lógico dos direitos da personalidade. Na era digital, a identidade

manifesta-se através de múltiplas representações digitais que podem ou não corresponder à autocompreensão da pessoa.

A discriminação algorítmica afeta a identidade através da criação de “identidades impostas” baseadas em inferências estatísticas. Sistemas de IA podem classificar pessoas em categorias (risco de crédito, propensão a crimes, adequação para emprego) que se tornam elementos constitutivos de sua identidade social, independentemente de correspondência com a realidade individual.

O direito à identidade na era algorítmica deve incluir: (i) direito à veracidade das informações utilizadas para decisões automatizadas; (ii) direito à contestação de classificações algorítmicas; (iii) direito à não redução da complexidade individual a padrões estatísticos; (iv) direito à evolução e mudança, protegendo contra cristalização de características passadas.

As tecnologias de reconhecimento facial apresentam níveis de precisão significativamente diferentes conforme características demográficas dos indivíduos analisados. Estudos demonstram que estes sistemas apresentam maiores taxas de erro para mulheres, pessoas idosas e pessoas negras, reproduzindo e amplificando vieses presentes nos dados de treinamento.

Esta imprecisão diferenciada constitui forma de discriminação indireta que viola tanto o direito à imagem quanto o princípio da igualdade. Quando sistemas menos precisos para determinados grupos são utilizados em processos de seleção ou controle, criam-se barreiras desproporcionais que podem constituir discriminação estrutural.

A análise constitucional destes sistemas deve considerar não apenas sua precisão média, mas sua precisão diferenciada entre grupos demográficos. Sistemas que apresentem vieses significativos podem ser considerados *prima facie* discriminatórios, exigindo justificação constitucional rigorosa para sua utilização.

5. Honra e reputação digital: proteção contra estigmatização algorítmica

A honra, tradicionalmente dividida entre dimensão objetiva (reputação social) e subjetiva (autoestima), adquire complexidade adicional no ambiente digital. Algoritmos podem afetar ambas as dimensões através da criação de reputações automatizadas que influenciam percepções sociais e autopercepção individual.

A dimensão objetiva da honra é afetada quando sistemas algorítmicos criam “pontuações sociais” baseadas em análise de dados pessoais. Sistemas de credit scoring, por exemplo, não apenas avaliam capacidade de pagamento, mas criam reputação financeira que pode afetar status social e oportunidades futuras.

A dimensão subjetiva da honra é violada quando pessoas tomam conhecimento de classificações algorítmicas negativas sobre si mesmas, especialmente quando baseadas em fatores sobre os quais não têm controle (origem socioeconômica, localização residencial, associações familiares). Esta violação é agravada pela aparente objetividade dos algoritmos, que pode gerar maior impacto psicológico que discriminações humanas explícitas.

A discriminação algorítmica pode criar “ciclos de estigmatização” onde classificações iniciais geram consequências que justificam futuras discriminações. Pessoas classificadas como “alto risco” por algoritmos de crédito podem ter acesso negado a serviços financeiros, forçando-as a alternativas mais caras que confirmam algorítmicamente sua “inadequação” financeira.

Estes ciclos violam a honra ao cristalizar características transitórias ou circunstanciais como elementos permanentes da identidade social. A proteção constitucional da honra deve incluir direito à “segunda chance” e proteção contra perpetuação algorítmica de estigmas sociais.

A análise de sistemas algorítmicos utilizados em políticas públicas revela padrões sistemáticos de estigmatização. Algoritmos de predição de risco social podem classificar famílias como

“inadequadas” baseando-se em fatores socioeconômicos, criando estigmas que afetam acesso a programas sociais e percepção comunitária.

A reparação da honra violada por discriminação algorítmica exige mecanismos que transcendam abordagens tradicionais focadas em indenização monetária. A natureza sistêmica e automatizada da discriminação algorítmica demanda reparação que inclua correção dos sistemas discriminatórios e prevenção de futuras violações.

A reabilitação da honra digital deve incluir: (i) direito ao esquecimento para dados utilizados discriminatoriamente; (ii) correção de algoritmos identificados como enviesados; (iii) notificação de terceiros que receberam informações discriminatórias; (iv) monitoramento posterior para prevenção de recidiva discriminatória.

6. Igualdade material e direitos da personalidade: síntese integrativa

Embora o direito à igualdade não seja tradicionalmente classificado como direito da personalidade, sua conexão com estes direitos é indissociável no contexto da discriminação algorítmica. A igualdade material protege aspectos essenciais da condição humana que se manifestam através dos direitos da personalidade: dignidade, identidade, privacidade, imagem e honra.

A discriminação algorítmica viola simultaneamente a igualdade formal (tratamento igual perante a lei) e material (consideração das diferenças para promoção da justiça). Viola a igualdade formal quando algoritmos aplicam critérios aparentemente neutros que produzem efeitos discriminatórios; viola a igualdade material quando reproduz e amplifica desigualdades históricas através de dados de treinamento contaminados por discriminações passadas.

A proteção contra discriminação algorítmica exige abordagem multinível que articule proteção constitucional, legal e

regulamentar. Os direitos da personalidade oferecem fundamento constitucional sólido para esta proteção, mas sua efetivação depende de desenvolvimento infraconstitucional adequado.

A tutela integral dos direitos da personalidade no contexto algorítmico deve incluir: (i) proteção preventiva através de auditoria algorítmica; (ii) proteção corretiva através de mecanismos de contestação; (iii) proteção reparatória através de responsabilização efetiva; (iv) proteção sistêmica através de regulamentação setorial específica.

A jurisprudência brasileira ainda carece de precedentes significativos sobre discriminação algorítmica e direitos da personalidade. O desenvolvimento desta jurisprudência exigirá diálogo interdisciplinar entre Direito, Ciência da Computação e Ciências Sociais para compreensão adequada dos fenômenos técnicos e sociais envolvidos.

A análise constitucional de casos futuros deve considerar: (i) proporcionalidade entre benefícios algorítmicos e riscos aos direitos fundamentais; (ii) adequação dos mecanismos de proteção disponíveis; (iii) necessidade de desenvolvimento normativo adicional; (iv) responsabilidade compartilhada entre desenvolvedores, operadores e reguladores de sistemas algorítmicos.

Os direitos da personalidade constituem núcleo normativo adequado para proteção contra discriminação algorítmica porque: (i) oferecem proteção constitucional direta aos aspectos da condição humana mais afetados por sistemas de IA; (ii) sua natureza de direitos irrenunciáveis impede relativização em nome de eficiência tecnológica; (iii) sua fundamentação na dignidade humana oferece critério axiológico para avaliação de sistemas algorítmicos; (iv) sua proteção integral exige abordagem sistêmica compatível com a natureza estrutural da discriminação algorítmica.

A análise desenvolvida demonstra que a discriminação algorítmica não representa apenas problema técnico ou regulatório, mas desafio fundamental ao constitucionalismo contemporâneo que exige resposta integrada baseada na proteção integral dos direitos da

personalidade como manifestação da dignidade humana na era digital.

V. DISCRIMINAÇÃO ALGORÍTMICA: ESTIGMATIZAÇÃO, PROFILING E UM NOVO VIÉS NA REVISÃO HUMANA DA DECISÃO AUTOMATIZADA

Nos anos 2000, o jurista italiano Stefano Rodotà¹⁵ já alertava que a coleta de dados sensíveis em perfis sociais e individuais poderia levar à discriminação, sobretudo das diferentes minorias. Para ele, a defesa da privacidade no fornecimento desses dados supera o tradicional quadro individualista e dilata-se em uma dimensão coletiva, tendo em vista que não se leva em consideração o interesse do indivíduo enquanto tal, mas como integrante de um determinado grupo social. A categorização dos indivíduos e grupos ameaça anular a capacidade de perceber nuances sutis, o ocasionar a discriminação de pessoas que não correspondem ao modelo geral e a acentuação da estigmatização dos comportamentos desviantes. Identifica-se, no quadro, um obstáculo ao pleno desenvolvimento da personalidade, cerceada por perfis determinados e comportamentos conformes aos perfis predominantes, a dificultar a criação de novas identidades coletivas, com potenciais riscos para a dinâmica social e organização democrática.

A categorização automática de indivíduos (não intencional) com cunho discriminatório noticiada teve um episódio altamente constrangedor em junho de 2015, quando ganhou as redes a notícia de que o *Google Photos*, famoso serviço de nuvem para armazenamento e organização de fotografias a partir de um algoritmo de reconhecimento de imagem, etiquetou com o termo “Gorilas” um álbum contendo fotos de um usuário negro e sua amiga.¹⁶ Passados 7 (sete) anos desse constrangimento, até a

¹⁵ RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*, Renovar, Rio de Janeiro, 2008, pp. 15, 30, 83, 104 e 105.

¹⁶ Disponível em: YUKIO HARADA, Eduardo, *Fail épico: sistema do Google Fotos identifica pessoas negras como gorilas*, Tec mundo, 2015. <https://tinyurl.com/nkezsxyt>

presente data, a única saída encontrada pelo Google para o algoritmo não confundir seres humanos com macacos foi, simplesmente, a exclusão de qualquer resultado de buscas com as palavras “macaco”, “gorila” e “chimpanzé”.¹⁷ Qualquer usuário pode verificar isso facilmente fazendo o upload de uma foto de um macaco e de um cachorro, por exemplo, via site¹⁸ ou aplicativo. Depois basta promover a busca de fotos por palavras. A foto do cachorro será mostrada, mas relativamente ao macaco nada será encontrado, mesmo havendo esse animal no álbum de fotos.

Para entender os motivos que podem ter levado a essa discriminação involuntária pelo algoritmo de reconhecimento de imagem, é necessário compreender alguns aspectos da IA. Segundo explica Fornasier,¹⁹ 3 (três) são as fontes principais de preconceitos que podem resultar em discriminação por algoritmos: (i) a entrada (inputs) de dados no sistema sem representação ou já enviesados; (ii) o treinamento enviesado de algoritmos na categorização dos dados ou avaliação do resultado desejado; (iii) a programação enviesada do algoritmo, ocorrendo discriminação no designe ou no aprendizado, que se modifica com os contatos sucessivos com usuários humanos. Conquanto algoritmos inteligentes sejam conhecidos por sua precisão, eles possuem os chamados custos interpretativos e, para serem autônomos, os modos pelos quais escolhem, estudam e consideram as variáveis dentro de um conjunto massivo de dados é, por vezes, um mistério, nominado de “caixa preta”, assim definida como a incapacidade humana de entender o processo decisório de uma IA. Ainda, a mineração de dados e as provisões algorítmicas são bastante criticadas por sua opacidade/inexplicabilidade. A opacidade ou a falta de transparência em qualquer uma dessas etapas, em especial quanto às entradas de informações tendenciosas, disfarça resultados

¹⁷ Disponível em: SALAS, Javier, *Google conserta seu algoritmo “racista” apagando os gorilas*, El País, 2018. <https://tinyurl.com/4jtfvcj9>

¹⁸ Disponível em: *Makes editing feel like magic*, Google photos. <https://tinyurl.com/46rzthys>

¹⁹ FORNASIER, Mateus O., *Cinco questões ético-jurídicas fundamentais sobre a inteligência artificial*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2021, pp. 70-72.

discriminatórios ou indesejáveis até os resultados negativos se tornarem visíveis, como no caso relatado.

Laura Mendes e Marcela Mattiuzzo,²⁰ por seu turno, pontuam que, por muito tempo, a ciência e a descoberta científica funcionaram por busca de causalidade. O Big Data, contudo, fez a causalidade ceder espaço para a correlação, com forte base na estatística. A discriminação algorítmica, portanto, envolve tanto afirmações estatisticamente inconsistentes, quanto cenários em que as afirmações, conquanto estatisticamente lógicas, classificam as pessoas equivocadamente em certos grupos. Elas concluem que pode ocorrer discriminação na tomada de decisão por um algoritmo por um erro estatístico, por uso de dados sensíveis e por uma generalização injusta (correlação abusiva).

Um passo à frente, Bruno Bioni²¹ leciona sobre a prática discriminatória conhecida como *profiling*, consistente em se criar um perfil do consumidor e direcionar preços para ele de acordo com sua capacidade econômica (*price-discrimination*). Todas as decisões automatizadas são calibradas nesse estereótipo, desde a própria interação do usuário com outras pessoas em uma rede social até o acesso e a busca por informação na rede, criando-se uma bolha que impossibilita o contato com informações diferentes. As pessoas foram “datificadas”, desde as suas relações de consumo até o acesso à informação, e suas informações valem ouro. Danilo Doneda²² comenta sobre a existência da chamada *commodification* dos dados pessoais, isto é, transformar os dados pessoais em commodity e vende-los no mercado da informação.

De fato, incluir, excluir e classificar são um novo poder. Motores de busca fazem uma incursão profunda na cultura, economia,

²⁰ MENDES, Laura S.; MATTIUZZO, Marcela, “Discriminação algorítmica à luz geral de proteção de dado”, In MENDES, Laura, *et. al.*, *Tratado de proteção de dados pessoais*, Forense, Rio de Janeiro, 2020, pp. 438-439.

²¹ BIONI, Bruno R., *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*, 3. ed., Forense, Rio de Janeiro, 2021, pp. 136.

²² DONEDA, Danilo, *Da privacidade à proteção de dados pessoais*, 3. ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2021, p. 311.

política, entre outros, para apresentar um resultado desejado. Seu mecanismo, no entanto, como acima citado, pode ser tão complexo que se torna uma “caixa preta” opaca e ininteligível por dois principais motivos: i) complexidade estrutural do algoritmo (redes neurais profundas baseada em modelos matemáticos que, a partir de um determinado ponto, são capazes de desenvolver uma “intuição de máquina” no acerto do resultado); ii) dimensionalidade (decisões baseadas em muitas variáveis de uma só vez e em padrões geométricos entre variáveis que os humanos não podem visualizar).²³

É certo que o art. 6º, IX da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei 13709/2018) veda a realização de tratamento dos dados pessoais para fins discriminatórios ilícitos, bem como o artigo 20 do mesmo diploma assegura que o titular dos dados tem direito a solicitar a revisão de decisões tomadas unicamente com base em tratamento automatizado de dados pessoais que afetem seus interesses, incluídas as decisões destinadas a definir o seu perfil pessoal, profissional, de consumo e de crédito ou os aspectos de sua personalidade. Tal dispositivo, para boa parte da doutrina, assegura o chamado “direito à explicação”, que merece um estudo à parte, sendo certa a posição majoritária de que a revisão da decisão deve ser humana. Para os fins do presente artigo, sem embargo, como contribuição para a solução da discriminação algorítmica, 2 (dois) pontos devem ser observados.

Primeiro, há algoritmos de aprendizagem tão profunda que não permitem uma compreensão por engenharia reversa ao ponto de ser tecnicamente complexo explicar como a IA chegou ao resultado, que informações foram determinantes e quais as variáveis processadas na ordem de classificação. No entanto, Mateus Fornasier²⁴ relata avanços significativos nas técnicas de interpretação algorítmica para tornar modelos de “caixa preta” em modelos interpretáveis, chamadas de IA explicável (XAI, no

²³ FORNASIER, Mateus O., *Cinco questões ético-jurídicas fundamentais sobre a inteligência artificial*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2021, pp. 43-46.

²⁴ FORNASIER, Mateus O., *Cinco questões ético-jurídicas fundamentais sobre a inteligência artificial*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2021, pp. 46-48.

acrônimo em inglês). Nessa toada, Cathy O’Neil²⁵ sugere que é necessário mergulhar no código de programação do software, conduzindo uma auditoria no algoritmo, tal como uma iniciativa feita em Princeton, em Nova Jérsei/EUA, em que os pesquisadores lançaram o Web Transparency and Accountability Project. Por esse projeto, eles criaram softwares robôs que se mascararam *online* como pessoas de todos os tipos, ricos, pobres, homens, mulheres, etc. “Ao se estudar o tratamento que esses robôs recebem, os pesquisadores são capazes de detectar vieses ou parcialidades em sistemas automatizados, de mecanismos de busca a sites de colocação de empregos”, de forma a aprimorar a transparência dos sistemas.

Assim, é impositiva a edição de políticas fiscais e econômicas que incentivem empresas a desenvolverem modelos explicáveis de IA e a auditarem sistemas já em curso, tudo para romper a lógica econômica que conduz o paradigma atual de aferição do sucesso da IA, medida hoje praticamente apenas em termos de taxa de adimplência e lucro.

Em segundo lugar, consoante exclama Ana Frazão (2021), a grande questão é saber em que medida a supervisão humana é realmente adequada e eficiente para resolver problemas de decisões algorítmicas enviesadas, discriminatórias ou disfuncionais, afinal, para que haja algum resultado prático da revisão humana, deve haver o efetivo controle e possibilidade de divergência diante dos resultados algorítmicos. Para tanto, a aludida autora cita uma pesquisa realizada pelo matemático Bem Green e pela cientista da computação Yiling Chen (2019) sobre sistemas algorítmicos utilizados para auxiliar juízes na dosimetria de penas por meio de cálculos sobre o potencial de reincidência dos réus sob julgamento. A pesquisa sugere que as ferramentas de automação influenciam psicologicamente a revisão humana pelo chamado viés da automação (*automation bias*), à medida que as pessoas não reconhecem quando um sistema automatizado erra, não conseguem distinguir entre predições confiáveis e predições não confiáveis,

²⁵ O’NEIL, Cathy. *Algoritmos de destruição em massa: como o big data aumenta a desigualdade e ameaça a democracia*. Tradução de Rafael Abraham, Rua do Sabão, Santo André, 2020, pp. 232-236.

bem como são incapazes de avaliar sua própria performance e a performance do algoritmo. Aliás, mesmo diante de sistemas mais acurados, as pessoas nem sempre incorporam suas decisões e preferem confiar no seu próprio julgamento, ou, pior, tendem a seguir um sistema automatizado sem considerar informações contraditórias. Para Ana Frazão (2019), é urgente se entenda toda a interação entre homem e algoritmo, uma vez que a forte confiança em sistemas automatizados pode ensejar a perda do senso de responsabilidade e da *accountability*, fazendo com o que a revisão humana prevista na lei não possa ser suficiente para resolver o problema da discriminação.

À vista de todos os vieses humanos e da IA citados neste artigo capazes de provocar discriminação, sugere-se estabelecer um parâmetro normativo no sentido de que a revisão humana da decisão automatizada, sempre que possível, seja realizada por pessoa que não teve contato com o resultado fornecido pelo sistema informatizado ou, ao menos, que se estabeleça protocolos cientificando o decisor humano que sua eventual intenção de concordar com a decisão automatizada pode estar sendo altamente influenciada pelo viés da automação.

Em arremate, é certo que o sistema jurídico brasileiro é bem robusto contra as mais diferentes formas de discriminação. A Constituição Federal prescreve expressamente, como uma dos objetivos fundamentais da República, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV); o repúdio, a inafiançabilidade e a imprescritibilidade do racismo (art. 4º, VIII e art. 5º, XLII); o dever de a lei punir qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI); a proibição de qualquer preconceito no tocante à salário e critérios de admissão, além da eliminação de todas as formas de discriminação contra pessoa com deficiência (art. 5º, XXXI e art. 227, §1º, II); a salvaguarda de crianças e adolescentes de todas as formas de discriminação (art. 227); e a proibição de discriminação quanto a filhos havidos dentro e fora do casamento (art. 227, §6º). Para além, em fevereiro de 2022, na condição de poder constituinte de reforma, o Congresso Nacional aprovou a Emenda Constitucional nº

115/2022, inserindo na Constituição Federal o direito fundamental à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais (art. 5º, inciso LXXIX).

Lidos todos os dispositivos constitucionais conjunto, é possível concluir que a proibição da discriminação algorítmica, hoje já textualizado na legislação infraconstitucional pelo artigo 20 da LGPD, possui, na verdade, status de matriz constitucional, como uma das vertentes do direito fundamental à proteção de dados. Por essa razão, ele goza de amplo espaço na organização política e espaço constitucional, maior juridicidade e força normativa vinculante aos 3 (três) poderes, que devem promover não somente medidas legislativas, mas políticas econômicas e sociais concretas para o seu implemento,²⁶ e atuar de forma vigilante contra a discriminação por meio da proteção de dados pessoais.

VI. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para além das relações de consumo, a Inteligência Artificial tem avançado fortemente em aspectos centrais da vida humana, a proporcionar de forma mais célere soluções para os problemas econômicos e sociais, como a escolha de brasileiros elegíveis para programas públicos de transferência de renda, cotas em universidade e contrato securitário de saúde, mas, por outro lado, também tem potencialidade de provocar graves ofensas aos direitos da personalidade. Uma dessas ofensas é a discriminação algorítmica.

Tanto as decisões humanas quanto das máquinas possuem vieses que fitam a formação de generalizações, lugares comuns, estereótipos pensamentos tendenciosos, intuições, pré-compreensão e preconceitos. Conhecer a taxonomia desses vieses e saber a forma atuam na formação de uma opinião ou decisão é imprescindível para a consciência correta das ações.

²⁶ FACHIN, Zulmar A., “O direito fundamental à proteção de dados pessoais: análise da decisão paradigmática do STF na ADI 6.387-DF”, *Revista Videre, Dourados/MS*, 2022, no. 19, vol. 14, pp. 298–313. <https://tinyurl.com/4cbe2bjr>, pp. 299-313.

Conquanto algoritmos inteligentes sejam conhecidos por sua precisão, os modos pelos quais escolhem, estudam e consideram as variáveis dentro de um conjunto massivo de dados é, por vezes, um mistério, nominado de “caixa preta”. A opacidade ou a falta de transparência na IA, em especial quanto às entradas de informações tendenciosas, disfarça resultados discriminatórios ou indesejáveis até os resultados negativos se tornarem visíveis.

É impositiva a edição de políticas fiscais e econômicas que incentivem empresas a desenvolverem modelos explicáveis de IA e a auditarem sistemas já em curso, tudo para romper a lógica econômica que conduz o paradigma atual de aferição do sucesso da IA, medida hoje praticamente apenas em termos de taxa de adimplência e lucro.

Além disso, à vista de todos os vieses humanos e da IA capazes de provocarem discriminação, deve-se estabelecer um parâmetro normativo no sentido de que a revisão humana da decisão automatizada, sempre que possível, seja realizada por pessoa que não teve contato com o resultado fornecido pelo sistema informatizado ou, ao menos, que se estabeleça protocolos cientificando o decisor humano que sua eventual intenção de concordar com a decisão automatizada pode estar sendo altamente influenciada pelo viés da automação.

Essas medidas asseguram, de forma mais concreta, o direito fundamental à proteção de dados, na vertente da proteção contra a discriminação algorítmica.

VII. BIBLIOGRAFIA

Doutrina

- BIONI, Bruno R., *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*, 3. ed., Forense, Rio de Janeiro, 2021.
- CONTE, Francesco, *A gênese ilógica da sentença civil: intuição, sentimento e emoção na hora de julgar*, Fórum, Belo Horizonte, 2020.

- DONEDA, Danilo, *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. 3. ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2021.
- FORNASIER, Mateus O., *Cinco questões ético-jurídicas fundamentais sobre a inteligência artificial*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2021.
- HOFFMANN-RIEM, Wolfgang, *Teoria Geral do Direito Digital: transformação digital desafios para o Direito*, Tradução de Ítalo Fuhrmann, 2. ed., Forense, Rio de Janeiro, 2022.
- KAHNEMAN, Daniel, *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Tradução de Cássio de Arantes Leite, Objetiva, Rio de Janeiro, 2012.
- LUIS, Fernando P., “Algoritmos e decisões automatizadas: buscando a conformidade com a LGPD”, in ISZLAJU, Barbara, *et. al.*, *Estudos sobre privacidade e proteção de dados*, Thompson Reuters Brasil, São Paulo, 2021.
- MENDES, Laura S. y MATTIUZZO, Marcela, “Discriminação algorítmica à luz geral de proteção de dados”, in MENDES, Laura, *et. al.*, *Tratado de proteção de dados pessoais*, Forense, Rio de Janeiro, 2020.
- O'NEIL, Cathy., *Algoritmos de destruição em massa: como o big data aumenta a desigualdade e ameaça a democracia*. Tradução de Rafael Abraham, Rua do Sabão, Santo André, 2020.
- RODOTÀ, Stefano, *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*, Renovar, Rio de Janeiro, 2008.
- THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R., *Nudge*, Tradução de Ângelo Lessa, Objetiva, Rio de Janeiro, 2019.
- VERONESE, Alexandre, *Os direitos de explicação e de oposição frente às decisões totalmente automatizadas: comparando o RGPD da União Europeia com a LGPD brasileira*, in: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Mlena, *Lei geral de proteção de dados pessoais e suas repercussões no direito brasileiro*, Thomson Reuters Brasil, São Paulo, 2019.

Hemerografia

- FACHIN, Zulmar A., “O direito fundamental à proteção de dados pessoais: análise da decisão paradigmática do STF na ADI

- 6.387-DF”, *Revista Videre, Dourados/MS*, 2022, no. 19, vol. 14, pp. 298–313. <https://tinyurl.com/4cbe2bjr>, pp. 299-313.
- GREEN, Ben; CHEN, Yiling, *Disparate Interactions: An Algorithm-in-the-Loop Analysis of Fairness in Risk Assessments*. FAT* ’19: Conference on Fairness, Accountability, and Transparency (FAT* ’19), USA. ACM, New York, NY, USA, 29-31 janeiro 2019. <https://doi.org/10.1145/3287560.3287563>.
- SIQUEIRA, Dirceu Pereira; MORAIS, F. S.; TENA, Lucimara Plaza, “Perspectivas de expansão dos direitos da personalidade em um contexto de IA a partir de Free Guy: assumindo o controle”, *Redes - Revista Eletrônica Direito E Sociedade*, 2023, v. 11, pp. 55-74.
- SIQUEIRA, Dirceu Pereira; FACHIN, Zulmar, “Política, direitos da personalidade e a proteção da liberdade de expressão na LGPD”, *Revista da Faculdade de Direito - Universidade Federal de Minas Gerais*, v. 1, pp. 51-67, 2022. DOI: 10.12818/P.0304-2340.2022v80p51
- SIQUEIRA, Dirceu Pereira; LARA, F. C. P., “Nem tecnofilia ou tecnofobia: contributos para um discurso convergente a efetivação dos direitos da personalidade”, *Novos Estudos Jurídicos (Online)*, v. 28, pp. 379-402, 2023.
- SIQUEIRA, Dirceu Pereira; LIMA, H. F. C., “Ensaio sobre o ativismo judicial em sociedade em crise agravada pela pandemia: reflexões necessárias acerca da recomendação 62/2020, Conselho Nacional de Justiça (CNJ)”, *Revista Eletrônica de Direito Processual*, 2022, v. 23, pp. 364-388.
- SIQUEIRA, Dirceu Pereira; MORAIS, Fausto Santos de; SANTOS, Marcel Ferreira dos, “Inteligência artificial e jurisdição: dever analítico de fundamentação e os limites da substituição dos humanos por algoritmos no campo da tomada de decisão judicial”, *SEQUENCIA*, 2022, v. 43, pp. 1-34.
- SIQUEIRA, Dirceu Pereira; VIEIRA, A. E. S. F., “Algoritmos preditivos, bolhas sociais e câmaras de eco virtuais na cultura do cancelamento e os riscos aos direitos de personalidade e à liberdade humana”, *Revista Opinião Jurídica (Fortaleza)*, 2022, v. 20, pp. 162-188.

Páginas da internet

- BRASIL, *Ministério da Cidadania*. <https://tinyurl.com/49vdt7kn>
Cetic.br, *Pesquisa sobre o uso das tecnologias de informação e comunicação nos estabelecimentos de saúde brasileiros*, TIC Saúde 2021. <https://tinyurl.com/4x35sn73>
<https://tinyurl.com/tadv4ypk>
<https://tinyurl.com/y4n4yu5s>
ISTOÉ PUBLICAÇÕES LTDA, *Correção: Unicamp terá reconhecimento facial para evitar fraudes em cotas*, 2022. <https://tinyurl.com/u2xyean7>
Makes editing feel like magic, Google photos. <https://tinyurl.com/46rzthys>
Ministério da Gestão e da Inovação em Serviços Públicos, *Conheça as experiências e ferramentas de governo digital*. <https://tinyurl.com/sdy53azx>
SALAS, Javier, *Google conserta seu algoritmo “racista” apagando os gorilas*, El País, 2018. <https://tinyurl.com/4jtfvcj9>
YUKIO HARADA, Eduardo, *Fail épico: sistema do Google Fotos identifica pessoas negras como gorilas*, Tec mundo, 2015. <https://tinyurl.com/nkezsxyt>

LA PROBLEMÁTICA DE LOS BUSCADORES DE INTERNET, RESPONSABILIDAD Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN

JAVIER INDALECIO BARRAZA *

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Aspecto metodológico.* III. *Los buscadores de internet.* IV. *Derecho comparado.* V. *Protección y tipo de responsabilidad.* VI. *Conclusiones.* VII. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

La creciente relevancia de los buscadores de internet en la circulación de información ha generado un intenso debate jurídico

* Doctor en Derecho por la Universidad de Buenos Aires. Máster en Administración, Derecho y Economía de los Servicios Públicos por la Universidad de París-Nanterre-Francia. Máster en Abogacía del Estado por la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado-Procuración del Tesoro de la Nación. Director del Máster en Derecho Administrativo de la Universidad Abierta Interamericana. Prof. Regular Adjunto de Derecho Administrativo y Teoría del Estado de la Univ. de Buenos Aires. Prof. Asociado de Derecho Político de la Universidad del Salvador. Miembro del Instituto de Derecho Administrativo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Asesor de la Convención Constituyente de la Ciudad de Buenos Aires (1996). Autor de veinte libros y más de trescientos artículos en revistas jurídicas especializadas. Desde 2013 es Defensor Oficial en lo Contencioso administrativo y tributario de la Ciudad de Buenos Aires. Contacto: drjavierbarraza@gmail.com

sobre su papel en la configuración de derechos, especialmente en lo que respecta a la responsabilidad por contenidos y la libertad de expresión. Sin embargo, este debate suele estar atrapado en una dicotomía reduccionista: ¿responsabilidad objetiva o subjetiva? Esta clasificación tradicional resulta insuficiente para abordar una actividad que, por sus características técnicas y funcionales, debe ser considerada *sui generis*. Los buscadores no crean ni controlan directamente los contenidos, pero sí inciden en su visibilidad mediante mecanismos de patrocinio y posicionamiento, lo que exige una mirada más matizada sobre su rol en el ecosistema digital.

A ello se suma una tendencia recurrente a exigir regulación estatal como solución automática ante conflictos reputacionales o sociales vinculados a la presencia de información en línea. No obstante, la complejidad técnica del fenómeno, la falta de evidencia empírica sobre daños generalizados y las limitaciones institucionales del Congreso Nacional para legislar con eficacia en esta materia, invitan a explorar alternativas más flexibles. En particular, se plantea la necesidad de potenciar la autonomía de la voluntad y de reconocer las modulaciones específicas que caracterizan la actividad de los buscadores, evitando caer en anacronismos normativos que distorsionan la realidad digital.

Este artículo propone una revisión crítica del marco conceptual y regulatorio que rodea a los buscadores de internet, cuestionando los enfoques tradicionales y abogando por una comprensión más precisa y contextualizada, que permita conciliar la protección de derechos con la dinámica propia del entorno digital contemporáneo.

II. ASPECTO METODOLÓGICO

La responsabilidad de los buscadores de internet ha sido analizada con un método insuficiente. En efecto, los diversos estudios se abordan desde lo cualitativo. Desde mi perspectiva, considero que la ciencia reclama conocimientos certeros, fiables y absolutos. Se trata de medir y cuantificar las diversas instituciones jurídicas.

Por otra parte, entre los diversos debates, surge si este tipo de responsabilidad es objetiva o subjetiva, o bien si no hay responsabilidad. Este problema no está resuelto. Por lo demás, las soluciones propuestas mediante una regulación legislativa merecen un cuidado especial, porque están en juego la libertad de expresión, el derecho al honor, a la intimidad, a la reputación.

Por otra parte, no se ha abordado un estudio sobre la totalidad de los fallos, lo cual nos permitiría contar con datos fiables, certeros y absolutos para tratar con mayor precisión las cuestiones reseñadas. En este sentido, el presente estudio aborda mediante mediciones distintos aspectos de la responsabilidad de los buscadores de internet.

1. Dificultades

De los fallos no surgen múltiples datos (fecha de sentencia y número de causa), nos encontramos en la tarea de constatar mediante el sistema de “consulta pública” esta cuestión, donde a su vez no siempre es posible conseguir la información necesaria. Esta tarea nos insume una gran pérdida de tiempo.

Resulta dificultosa la búsqueda de fallos en donde solo se consignan con siglas. Si bien, esto tiene por objetivo resguardar la identidad del actor, esto impacta negativamente al momento de proceder a la búsqueda. A continuación, reseñamos una lista de fallos, que figuran con siglas, lo cual torna dificultoso poder acceder al texto del fallo para su estudio e investigación.

- A., L.M.,
- A.M.,
- B., T.F.,
- B.E.C.,
- C., G.R.,
- C., M.,
- C.E.A.,
- C.Z., M.,
- D., V.A.,

- D.P.Y.D.,
- F., D.S.,
- F.M.,
- S.M.,
- G., S.P.,
- B., R.G.,
- M., A.,
- O., P.L.,
- P.M.B.,
- R., L.M.,
- R., R.I.,
- R.E.H.,
- R.P.B. S.A.,
- S., G.E.,
- Y., F.A.

El sitio de consulta de causas es impreciso en estos casos, por lo que se hace más lento y tedioso el proceso de recopilación de información. De hecho, en aquellos casos en que no se cuenta con el número de expediente, el buscador exige un mínimo de seis caracteres para realizar una búsqueda por “Parte”. No es posible realizar dicha acción con los autos mencionados.

Dichos problemas entorpecen el proceso, debemos buscar, comparar y chequear información en diferentes fuentes para confirmar que la información sea correcta (buscadores no oficiales como La Ley, El Dial, etc.). El proceso carece de fluidez y se pierde mucho tiempo no solo recopilando información artesanalmente, sino también para la realización de un cálculo estadístico

2. Ámbito temporal y espacial

En el aspecto temporal, este estudio intenta incluir la totalidad de los fallos sobre la temática. La fecha del primer fallo sobre esta temática se remonta al año 2005. Nuestra investigación comprende el período 1º de enero de 2005 hasta el 1º de mayo de 2025.

Nos ceñiremos a los fallos de los siguientes fueros de la Ciudad de Buenos Aires.

- Civil y Comercial Federal,
- Civil,
- juzgados de primera instancia de los referidos fueros
- Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN).

Cabe destacar, que nuestro Máximo Tribunal ha pronunciado veintitrés fallos.

3. Cantidad de fallos

A continuación, mostramos las cifras de la cantidad de fallos que ha pronunciado cada uno de los fueros y nuestro Máximo Tribunal.

Cómo se podrá advertir el diseño jurídico de la responsabilidad de los buscadores de internet ha sido obra del fuero civil y comercial federal, tal como se mostrará en los datos porcentuales. En tanto que la CSJN, si bien es la última instancia, sus fallos se han ceñido a temas puntuales. Volveremos sobre este punto.

Por lo demás, hemos considerado conveniente tratar la totalidad de los fallos de la CSJN y de los tribunales inferiores, para lograr una visión más completa y detallada de esta cuestión. En efecto, una visión completa e integral de los fallos, permitirá fijar políticas públicas adecuadas.

Tribunal	Cantidad	Porcentaje
CCFed	70	60.87%
CCiv	18	15.65%
CSJN	24	20.87%
1ª instancia	3	2.61%
Total	115	

Por otra parte, se podrá percibir que un alto porcentual corresponde a sentencias definitivas, en tanto que un porcentual

muy bajo se relaciona con las medidas cautelares y medidas preliminares.

Tribunal	Cantidad	Porcentaje
Sentencia definitiva	83	72.17%
Medida Cautelar	28	24,35%
Medida preliminar	1	0.87%
Desconocido	3	2.61%
Total	115	

4. Resultado

En el cuadro que presentamos se muestran los distintos resultados de las acciones.

Resultado	Cantidad	Porcentaje
Admitidas	32	27.83%
Admitidas parcialmente	21	18.26%
Rechazadas	41	35.65%
Desistimiento	1	0.87%
Acuerdo	1	0.87%
Abstracto	1	0.87%
Desconocido	3	2.61%
Competencia	15	13,04%
Total	115	

5. Tema

El gran tema es sin lugar a duda la pornografía, tal como se consigna en el cuadro siguiente:

Tema	Cantidad	Porcentaje
Calumnias	27	23.48%

Competencia	15	13.04%
Pornografía	64	55.65%
Otros	6	5.22%
Desconocido	3	2.61%
Total	115	

6. Sexo

Del cuadro que se presentará se podrá advertir quiénes son los más que litigan o bien quienes son los más perjudicados por esta cuestión.

Sexo	Cantidad	Porcentaje
Hombre	29	26.22%
Mujer	79	68.7%
Desconocido	4	3.48%
Soc. Comercial	3	2.61%
Total	115	

7. Calidad del actor

Del cuadro que se presentará se podrá advertir la profesión de quiénes interpusieron las acciones.

Esta medición es de suma importancia, pues podemos conocer cuál es la actividad que más resulta perjudicada o la que más ha generado atención por parte de los tribunales.

Profesión	Cantidad	Porcentaje
Abogado	9	7.83%
Agente inmobiliaria	1	0.87%
Arquitecto	2	1.74%
Bioquímica	1	0.87%
Comerciante	1	0.87%
Comunicadora	1	0.87%

Contador	2	1.74%
Desconocido	9	7.83%
Economista	1	0.87%
Empresa	2	1.74%
Empresario	3	2.61%
E.N.	1	0.87%
Encuestadora	1	0.87%
Fiscal	3	2.61%
Funcionario público	3	2.61%
Juez	1	0.87%
Médico	1	0.87%
Medio de comunicación	1	0.87%
Múltiple	70	60.87%
Odontólogo	1	0.87%
Político	1	0.87%
Total	115	

Estos datos porcentuales se podrían disminuir y como se podrá advertir los profesionales universitarios y las personas con profesión múltiple integran la mayor cantidad.

Cabe aclarar, que las personas con profesión múltiples han sido calificadas de esta manera, debido a que no despliegan una única actividad. Se trata de modelos, que luego devienen en empresarias, conductoras de TV, actrices, etc. Esta razón, nos ha llevado a calificarlas a los efectos estadísticos con aquella denominación.

Profesión	Cantidad	Porcentaje
Profesional Universitario	18	15.65%
Sin título Universitario	3	2.61%
Funcionario Público	8	6.96%
Múltiple	70	60.87%
Otros	7	6.09%
Desconocido	9	7.83%
Total	115	

De los datos consignados se puede apreciar que la problemática mayoritariamente es sobre el grupo de personas que ejercen

“múltiples” actividades. En segundo término, vienen los profesionales universitarios.

III. LOS BUSCADORES DE INTERNET

1. Noción

Un motor de búsqueda es un sistema informático que –como su nombre lo indica– busca todo tipo de información (imágenes, vídeos, documentos, etc...). Luego de ello, ese motor almacena esa información en una enorme base de datos. Es decir, el motor de búsqueda va acumulando todo lo que surge en la web, lo cataloga, lo archiva, lo indexa. Posteriormente, cuando el cibernauta quiere encontrar algo en la red, entra en juego “el buscador”, el cual le permite encontrar en Internet la información que necesitan de una forma rápida mediante consultas de búsqueda.

Esta información puede ser utilizada por los “robots” de búsqueda que operan los mismos buscadores (Google, Yahoo, etc.) para ser incluida en sus bases de datos y mostrada en el resumen de búsqueda, que es la respuesta (llamado también resultado) del “motor” a la “palabra clave”. En algunos casos los buscadores patrocinan algunos enlaces (hipervínculos) –lo que implica una ganancia para el buscador–, y ello resulta decisivo en el posicionamiento del resultado de la búsqueda, es decir, algunos contenidos aparecerán como primera respuesta.

Si bien, en la Argentina la mayoría de los usuarios acostumbra a utilizar Google y Yahoo, existe una gran variedad de buscadores que cuentan con las mismas funciones y herramientas que aquellos, a saber:

- Bing
- Baidu
- Yandex
- Duck Duck Go
- Ask

- Naver
- Ecosia
- Aol Search
- Seznam
- Qwant
- Daum
- Goo
- Dogpile

Como se puede advertir, existen quince buscadores. No obstante, en la Argentina los únicos demandados son dos: Google y Yahoo.

2. Funcionamiento

Los buscadores web funcionan mediante la “orden” de búsqueda con palabras clave. En primer lugar, el usuario introduce los datos. Luego de ello, el buscador brinda una lista de páginas web relacionadas con el contenido buscado. Para ello la herramienta utiliza los “robots”, o “spiders”, que rastrean todas las páginas web. Finalmente, luego de ese rastreo se le proporciona al usuario toda la información existente.

La búsqueda se realiza se realiza con los “*metatags*”, los cuales son palabras clave que se incluyen en el código de programación de lenguaje HTML (*hyper text marked language*) para hacer visible esa página web en el proceso de búsqueda de dichos programas. Esos metatags son introducidos deliberadamente por el constructor de una página o sitio web, direccionando así el proceso de búsqueda; se trata de rótulos que, por lo general, contienen información que hace referencia al contenido de una página web (no siempre, pues como el rótulo es un título, puede no reflejar totalmente el contenido de la página web).

3. Indexación

Los motores de búsqueda procesan todas las páginas para saber la información que contienen, la calidad de las páginas, el peso que tienen respecto de las búsquedas que se han realizado, etc. Este proceso se denomina: indexación. Para decirlo en términos más sencillos, la indexación es el proceso de guardado de la información que se sube a la web, pero también de fijación de los criterios para determinar la importancia de una página. Por otro lado, los buscadores analizan las consultas en sí mismas para saber qué criterios se están usando y poder filtrar qué páginas son relevantes y cuáles no.

A través de la indexación y del criterio de relevancia hace que los buscadores prioricen unas webs frente a otras y estructuren la información de manera que sea más útil para los usuarios. A más relevancia, mejor es el posicionamiento de las páginas en la web.

En definitiva, un motor de búsqueda, además de buscar documentos, busca que estos sean importantes y relevantes para la búsqueda. Sin embargo, la importancia no es fijada por la calidad de la información que proporciona el sitio, sino por la cantidad de visitas que tiene ese sitio web. En mi caso, creo que es mucho más importante un sitio de ciencia que un sitio de pornografía.

La mayoría de los motores de búsqueda determinan que un sitio web es importante si es popular. Si más gente lo visita, el motor de búsqueda interpreta que tiene un mejor contenido. Todo esto se realiza mediante algoritmos complejos y con muchos factores que analizan los sitios webs y los organizan en lo que se llama “*ranking*”. Una mejor posición hará que un determinado sitio esté o no en los primeros lugares de resultados.

4. Intermediación

Uno de los temas sobre los que se discute es la posición de los buscadores en la información que proporcionan. La posición mayoritaria aduce que los buscadores no participan de la creación

de los contenidos –lo que no significa que algunos de ellos puedan ofrecerlos–. Los creadores de la información son los titulares de los *websites*, quienes crean, seleccionan y modifican los contenidos. Desde esta perspectiva, se podría afirmar que los buscadores son meros intermediarios entre el que busca información y el que la provee.

5. Clasificación

Existe una clasificación al respecto: a) “páginas de información primaria”, las que directamente transmiten información múltiple; b) “páginas de información secundaria” que sistematizan la información que ofrecen las primeras. Aquí se podría incluir a los motores de búsqueda o buscadores.

Las páginas de información secundaria informan mediante listados cuáles son las páginas en las que se puede hallar la información que solicita una persona. La tarea del buscador es proporcionar al usuario una serie de links que aquél vincula con la palabra clave. No obstante, los buscadores tienen link patrocinados (por el que el buscador percibe una suma dinero) este es sugerido por el buscador. Para decirlo, en otros términos, el buscador provee información, pero cuando tiene un link patrocinado (por el que cobra) le provee al que busca ese link en un orden de preferencia.

6. Algunas reflexiones

¿Son los buscadores de internet intermediarios en la provisión de información? ¿Su tarea se ciñe a obrar de un mero nexo entre el usuario que busca una información y los dueños de los sitios web que la producen? Si bien, los motores de búsqueda desconocen el contenido de la información y solamente arrojan donde está la información, hay un aspecto que no puede soslayarse: fijan el grado de importancia y patrocinan ciertos link o sitios web.

En cuanto a la fijación de importancia del link los buscadores fijan un criterio basado en la popularidad. Es decir, el sitio web tiene importancia por la cantidad de visitas. ¿Es este un criterio válido?

Por otra parte, los buscadores patrocinan sitios web, los que abonan para estar en un orden preferencial, mediante el pago a google de un monto en dinero.

Entonces ¿son los buscadores meros intermediarios?

A riesgo de resultar reiterativo, conviene recordar esta pregunta ¿los motores de búsqueda son meros intermediarios entre los usuarios y las páginas de internet? ¿No inciden acaso en el orden de prelación y en el modo en el que se muestra la búsqueda?

IV. DERECHO COMPARADO

1. España

La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico 34/2002 declara que el “conocimiento efectivo” sucede cuando un órgano declara la ilicitud de los datos, ordena que sean retirados o que se imposibilite el acceso a ellos.

También, cuando se declara la existencia de la lesión y el prestador conoce la resolución correspondiente. Además, prevé procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse.

Si bien, la regla es la irresponsabilidad de los intermediarios de internet, existen excepciones.

Primeramente, si el operador de la red y el proveedor de acceso originan la transmisión, modifican o seleccionan los datos, o a los destinatarios de los datos.

En segundo lugar, si los prestadores de almacenamiento temporal modifican la información, permiten el acceso a otros destinatarios que los autorizados, no respeten normas para la actualización de la información, interfieran en la utilización lícita de tecnología con el fin de obtener datos sobre la utilización de la información. También son responsables si no retiran la información en cuanto tengan conocimiento efectivo de: a) que ha sido retirada del lugar en que se encontraba inicialmente, b) que se ha imposibilitado el acceso a ella, c) que un tribunal u órgano administrativo competente ha ordenado retirarla o impedir que se acceda a ella.

En tercer término, el almacenamiento o alojamiento de datos genera responsabilidad por los datos almacenados cuando tienen conocimiento de que la actividad o la información almacenada es ilícita o lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización (...).

Por último, los buscadores son responsables cuando tiene conocimiento efectivo de la ilicitud o posibilidad de causar daños, por las páginas hacia las que derivan a sus usuarios, o cuando tienen conocimiento tomen medidas para suprimir en enlace.¹

2. Francia

Si bien, la jurisprudencia planteó la cuestión en términos de responsabilidad objetiva, la ley 2000-719 se inclinó por armonizar intereses opuestos. Las personas físicas o jurídicas que prestan –de modo pago o gratuito– el almacenamiento directo y permanente para poner al alcance del público escritos, imágenes, sonidos o mensajes de cualquier tipo son penal o civilmente responsables por el contenido de estos servicios si, tras haber tomado conocimiento por una autoridad judicial, no actúan con rapidez para impedir el acceso a los contenidos (art. 43-8). No obstante, esto, obliga al proveedor a informar a sus abonados que hay medios técnicos para

¹ Cfr. LÓPEZ HERRERA, E., *Manual de Responsabilidad Civil*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012.

restringir el acceso a determinados servicios u ofrecer alguna de estas soluciones (art. 43-7).

3. Italia

El decreto 70 A de Italia establece como regla general que el prestador no está supeditado a una obligación general de supervisar los datos que transmitan o almacenen, ni a realizar búsquedas de hechos o circunstancias que indiquen la presencia de actividades ilegales.

- ***Obligaciones***

Lo que el prestador debe hacer es informar de inmediato a la autoridad judicial o administrativa con funciones supervisión, si tiene conocimiento de la supuesta actividad o información ilícita relativa a un destinatario del servicio de información de su empresa. También, tiene la obligación de proporcionar a petición de la autoridad competente, sin demora, la información en su poder que permita la identificación de los destinatarios de su servicio con los que tienen acuerdos de almacenamiento de datos con el fin de detectar y prevenir las actividades ilegales.

- ***Eximentes de responsabilidad***

Si bien, la regla general es la irresponsabilidad, cuando surge la responsabilidad debe concurrir ciertas condiciones para eximir de responsabilidad al prestador de servicio que almacena información de modo temporal con el propósito de una posterior transmisión más eficiente.

Para esto debe:

- no modificar la información;
- cumplir las condiciones de acceso a la información;
- cumplir las normas de actualización de la información;

- no interferir en el uso lícito de tecnología reconocida y utilizada en el sector, para conseguir datos sobre el uso de la información;
- actuar con rapidez para retirar la información que haya almacenado o imposibilitar el acceso cuando tenga conocimiento efectivo de que la información ha sido retirada del lugar donde se encontraba inicialmente en la red, o cuando un tribunal ha ordenado que se impida el acceso a ella o se la retire.

4. Alemania

Existe una ley sobre servidores (Teledienstegesetz), la cual fue modificada para armonizar la norma comunitaria sobre comercio electrónico.

5. Estados Unidos

Parte de una idea central, establecer responsabilidades en este tema restringiría la libertad de expresión y la circulación de ideas. En consecuencia, resulta beneficioso tolerar los daños que se causan mediante el uso de Internet.

- ***Ley de decencia en las comunicaciones***

Los tribunales aplicaron en múltiples oportunidades las reglas de la responsabilidad editorial y los criterios de imputación fundados sobre la culpa, en casos de injurias. Sin embargo, la *Communication Decency Act* (Ley de Decencia en las Comunicaciones) de 1996 no equiparó a los proveedores de servicios de internet con los sujetos que operan en el área de la prensa escrita. La referida ley fija la irresponsabilidad de los proveedores o intermediarios de Internet. De acuerdo con ella, los proveedores de servicios informáticos interactivos están exentos de reclamos de responsabilidad por información publicada por terceros, ya que no pueden ser considerados como un editor o un autor.

- ***Digital Millenium Copyright Act.***

La ley regula cada especie de proveedor de servicios de internet. Así, el artículo 512 establece los *safe harbors*. Se trata de casos en los que las actividades de los proveedores de servicios están exentas de reparar los daños que surgen por violaciones a los derechos de propiedad intelectual

A. Casos. Las circunstancias en las que se puede generar daño son:

- Mera transmisión de contenidos
- Almacenamiento temporal
- El alojamiento (hosting) de datos o de sitios o páginas web de terceros
- Uso de herramientas de localización de información, incluyendo directorios, referencias y enlaces de hipertexto.

B. Notificación

Existe un procedimiento notificación denominado *notice and take down*. ¿Cómo funciona? Se denuncia que están en infracción ciertos contenidos y luego de recibida la notificación pertinente se debe proceder a sacar de internet.

El ISP debe actuar rápidamente para quitar el contenido o bien proceder al bloqueo, caso contrario es responsable secundario por la infracción.

C. Titular y prestador

Se ha señalado que este es un proceso entre el titular de los derechos de autor y el prestador del servicio. Si el primera estima que el prestador tiene algún material que lesiona sus derechos lo notifica formalmente y no se exige una plena prueba, solamente afirmar de buena fe que considera ilegal el uso de ese material. El segundo debe remover el contenido, pues de esta forma se puede mantener en *safe harbors* y no responde secundariamente.

Asimismo, la como la tarea debe ser lo más rápida posible no se le exige que verifique la información a fondo.

V. EL ORDEN JURÍDICO POSITIVO

- *El orden federal*

La responsabilidad de los buscadores de internet se funda en la libertad de expresión. En particular, los artículos 14 y 32 de la Constitución Nacional, el art. 13.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el artículo 1º de la ley 26.032 y las previsiones del decreto 1279/97.

Nuestra Ley Fundamental en el artículo 14 establece que todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio. En el caso que nos ocupa, se garantiza el derecho de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa.

Por su parte, el artículo 32 de la Carta Magna dispone que el Congreso federal no sancionará leyes que restrinjan la libertad de imprenta o establezcan sobre ella la jurisdicción federal.

En otro orden, el artículo 1º de la ley 26.032, el que dispone que la búsqueda, recepción y difusión de información e ideas de toda índole, a través del servicio de Internet, se considera comprendido dentro de la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión.

Por otro lado, el decreto 1279 del 25 de noviembre de 1997² dispuso que el servicio de internet está comprendido dentro de la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión, correspondiéndole en tal sentido las mismas consideraciones que a los demás medios de comunicación social.

² B.O. 1º de diciembre de 1997.

- ***Convención Americana***

El artículo 13.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos dispone que toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente por escrito o en forma impresa o artística o cualquier otro procedimiento de su elección.

- ***Declaración Conjunta***

El 1 de junio de 2011 los relatores especiales de Europa, América y África en una declaración conjunta sobre libertad de expresión e internet se afirmaron: “La libertad de expresión se aplica a internet del mismo modo que a todos los medios de comunicación. Las restricciones a la libertad de expresión en internet sólo resultan aceptables cuando cumplen con los estándares internacionales que disponen, entre otras cosas, que deberán estar previstas por la ley y perseguir una finalidad legítima reconocida por el derecho internacional y ser necesarias para alcanzar dicha finalidad (la prueba 'tripartita’)”.³

- ***Consejo de Derechos Humanos de la ONU***

En julio de 2012 reconoció el derecho a la libertad de expresión en Internet. En tal sentido, sostuvo que “(...) el ejercicio de los derechos humanos, en particular del derecho a la libertad de expresión en Internet, es una cuestión que reviste cada vez más

³ Participaron el relator especial de las Naciones Unidas para la Libertad de Opinión y de Expresión –Frank La Rue–, la representante para la Libertad de los Medios de Comunicación de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) -Dunja Mijatovic-, la relatora especial de la Organización de Estados Americanos (OEA) para la Libertad de Expresión -Catalina Botero Marino-, y la relatora especial sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP) -Faith Pansy Tlakula

interés e importancia debido a que el rápido ritmo del desarrollo tecnológico permite a las personas de todo el mundo utilizar las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones”.⁴

- ***Declaración Conjunta ONU-OEA***

Se advirtió que las leyes que regulan Internet deben tener en cuenta sus características especiales como herramienta única de transformación, que permite a miles de millones de personas ejercer su derecho a la libertad de pensamiento y expresión.⁵

- ***Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas***

El derecho a la privacidad en la era digital ha sido objeto de regulación por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Así, mediante Resolución 68/167 del 18 de diciembre de 2013—, exhorta a todos los Estados a adoptar las medidas necesarias para respetar y proteger el derecho a la privacidad en el contexto de las comunicaciones digitales.

- ***Relatoría Especial para la Libertad de Expresión***

Dicho órgano que depende de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos señaló que el art. 13 del Pacto San José de Costa Rica reconoce la libertad de expresión y se aplica plenamente a las

⁴ Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, 32º período de sesiones, Tema 3 del programa: “Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo”, 29/06/2012

⁵ Realizada por la Relatora Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Catalina Botero Marino, y el Relator Especial de las Naciones Unidas (ONU) para la Libertad de Opinión y de Expresión, Frank La Rue, el 20 de enero de 2012. <https://tinyurl.com/236hcw3f>

comunicaciones, ideas e informaciones que se difunden y acceden a través de la red

- ***Parlamento europeo***

La directiva de comercio electrónico del Parlamento Europeo 2000/31/CE dispuso la irresponsabilidad por los contenidos.

Así, el artículo 12 establece que el servicio de la sociedad de la información que consista en transmisión y concesión de acceso no puede considerarse al prestador de este tipo de servicios responsable de los datos transmitidos. Solamente responderá si los originó o modificó. También, si seleccionó los datos o los destinatarios de los mismos.

En otro orden, el artículo 13 dispone que cuando se presta un servicio de la sociedad de la información que consista en transmitir datos facilitados por el destinatario del servicio, el prestador del mismo no puede considerarse responsable por el almacenamiento automático, provisional y temporal de la información, hecho con el fin de optimizar la transmisión posterior de la información a otros destinatarios del servicio, a petición de ellos con la condición de que el prestador no modifique la información, cumpla las condiciones de acceso a la información, las normas relativas a la actualización de la información, especificadas de modo ampliamente reconocido y utilizado por el sector; no interfiera en el uso lícito de tecnología reconocida y utilizada por el sector, para conseguir datos sobre el uso de la información. Se exige que actúe rápidamente para retirar la información que haya almacenado o imposibilite el acceso a ella cuando tenga conocimiento efectivo del hecho de que la información ha sido retirada del lugar de la red en que estaba inicialmente. Lo mismo sucede cuando sabe que se ha imposibilitado el acceso a esa información o que un tribunal o autoridad administrativa ha ordenado retirarla o impedir que se acceda a ella. Esta norma aclara que no se afecta la posibilidad de que un tribunal o una autoridad administrativa, conforme a los sistemas jurídicos de los Estados miembros, exija al prestador de servicios detener una infracción o impedirla.

Por lo demás, el artículo 14 dispone que cuando se presta un servicio que almacena datos facilitados por el destinatario del servicio, el prestador no es responsable de aquellos, si no conocía efectivamente que la información es ilícita, y en lo referente a una acción de daños y perjuicios no conocía hechos o circunstancias por los que la actividad o la información revelara su carácter ilícito.

El artículo 15 establece que los Estados miembros no obligarán a los prestadores de servicios a supervisar los datos que transmitan o almacenen, ni a realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas respecto de los servicios contemplados en los artículos 12, 13 y 14.

A pesar de eso, se establecen obligaciones tendientes a que los prestadores de servicios de la sociedad de la información comuniquen con prontitud a las autoridades públicas competentes los presuntos datos o actividades ilícitas desarrolladas por los destinatarios de sus servicios o la obligación de comunicar a las autoridades competentes información que les permita identificar a los destinatarios de su servicio con los que hayan celebrado acuerdos de almacenamiento.

VI. PROTECCIÓN Y TIPO DE RESPONSABILIDAD

- ***La libertad de expresión***

Los fallos respecto de la responsabilidad de buscadores de internet han enfatizado que la cuestión debe ser analizada de acuerdo con la protección que el orden constitucional brinda a la libertad de expresión. Así, las peticiones relativas a la actividad desarrollada en las plataformas que brindan las redes sociales deben ser analizadas a la luz de la protección que confiere la libertad de expresión como garantía constitucional y la especial valoración que debe conferírsele a ésta en sociedades democráticas.⁶

⁶ Fallos: 167:121, 248:291

- ***Una posición errática***

Del estudio de los fallos no surge una posición unánime, al respecto podemos destacar tres posturas.

- ***Responsabilidad objetiva***

Esta postura parte de la base que el uso de una máquina —en este caso los robots de búsqueda— constituyen un objeto riesgoso por el que se debe responder si se produce un daño. Es decir, el *software* y los servicios informáticos —en sentido omnicomprendivo— son “cosas riesgosas”.

Esta postura se basaba en las previsiones del viejo artículo 1113 del Código Civil. Desde esta perspectiva, el titular del *software*, el prestador de los servicios informáticos debe responder por los daños, con prescindencia de la culpa. Sin embargo, se admite un eximente de responsabilidad, si se logra probar la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debía responder.

Esta postura resulta objetable, pues no todas las cosas son riesgosas (v.gr. una silla, un perchero, un florero, etc.) Si bien, con esos objetos podemos generar un daño, pues un perchero se puede convertir en un objeto contundente, ello no quiere decir que sean cosas riesgosas. En otras palabras, la idea de riesgo no debe identificarse con todas las cosas, sino con aquellas que por su naturaleza son peligrosas. Así, por ejemplo, una prensa mecánica, una sierra de carnicero; máquinas inyectoras; las guillotinas para cortar papeles o metales; la energía eléctrica, el suministro de gas; o los productos inflamables, los materiales explosivos, el plutonio. En suma, se trata de cosas que entrañan un peligro notoriamente.

- ***Factor subjetivo de atribución***

Desde esta perspectiva, la culpa (omisión de aquellas diligencias que previstas hubieran evitado el daño) o el dolo lucen como el factor que hace responsable a los buscadores de internet.

Esta posición doctrinal encuentra un obstáculo, pues existen dificultades de orden tecnológico para controlar a quienes suben información a la web, y aun de los que alojan datos de controlar el contenido. Esto encarecería el sistema, y surgiría una consecuencia lesiva para la libertad, pues para eximirse de responsabilidad el buscador podría tomar y disponer a voluntad, decidiría cuál es la información que es lesiva para la comunidad, se convertiría en el árbitro de la moral y las buenas costumbres, en un juez que dispone que es lo lícito o ilícito.

- ***Ausencia de responsabilidad***

Esta doctrina considera que los buscadores de internet no son responsables por la información que se sube a la web. Sin embargo, de manera excepcional deben responder cuando no actúan de modo diligente y con celeridad.

- ***La diligencia***

Sobre este aspecto el accionar de estas empresas, se exige que pongan en funcionamiento sistemas de comunicación ágiles que permitan el bloqueo ante la comunicación del particular afectado.

Cabe preguntarse ¿Esa comunicación debe cursarse con una orden judicial o el particular afectado con la sola invocación de que se siente afectado ya estaría cumpliendo el requisito? ¿Hay alguna forma de notificación fehaciente al buscador de internet o con el mero envío de un correo electrónico ya debería aquel arbitrar los medios para proceder al bloqueo?

Otro aspecto que merece una particular atención es la posición de la persona afectada. Quien alega ser perjudicado por la información tiene que realizar una tarea de búsqueda e investigación e informar de manera fehaciente al buscador cuáles son los sitios web que lesionan su buen nombre y honor. ¿No es esta una tarea que debería quedar a cargo del buscador de internet? ¿No está acaso el buscador en mejores condiciones técnicas, económicas y financieras de realizar esta –valga la redundancia– búsqueda? Paradójicamente, podríamos decir que el “buscador no puede buscar”.

- ***Celeridad***

La rapidez, prontitud o celeridad en el bloqueo, es algo que merece un profundo análisis. Actualmente, carecemos de una norma que regule la cuestión. Sin embargo, esto también debe ser objeto de un cuidado especial.

VII. CONCLUSIONES

- ***Un falso dilema***

A mi juicio, la responsabilidad de los buscadores de internet no puede ser considerada totalmente objetiva, pues aquellos despliegan una actividad muy particular. Tampoco, puede ser considerada subjetiva, pues el buscador ni siquiera puede decidir qué información se sube o quién la sube ¿Dónde está la culpa o el dolo?

Esas particulares características de la actividad me llevan a calificar como una actividad *sui generis*. Así lo estimo, pues reviste modulaciones especiales, entre las que se encuentran la intervención de los terceros que suben información a la web; el patrocinio que brindan los buscadores a diferentes sitios web, entre otras.

Por ello, tratar de fijar la discusión de los buscadores de internet partiendo del falso dilema objetiva/subjetiva, es propio de un anacronismo. Para analizar este tipo de responsabilidad se debe examinar cómo funciona el buscador, quien solicita la información, la naturaleza de la información, el dolo y la culpa. Diría más, no debemos soslayar que los buscadores no suben la información, pero que al mismo tiempo patrocinan sitios web mediante el cobro de un monto en dinero. Es decir, no suben la información, pero determinan el grado de importancia de los sitios web, mediante el patrocinio.

Del mismo modo, ese falso dilema acarrea efectos lesivos. Desde la óptica del buscador, pues no sube la información a la web por cierto cuantiosa. Desde la perspectiva del damnificado, pues nadie le ha preguntado si quiere que su imagen esté en un sitio web. Vaya, como paradoja, muchos artistas que bregan por el bloqueo utilizaron

las redes para dar a publicidad su imagen mediante actividades pornográficas o mediante el escándalo. Luego, cuando cambian el esquema de su actividad bregan por el bloqueo. Este es el caso de Natalia Denegri, quien, en la década de 1990 con treinta años de edad, llevó adelante toda una actividad mediática, luego el curso de su vida tomó otro rumbo y pretendía que se borrarán de los sitios de internet su nombre. Se trata de una persona adulta y pública, mayor de edad, en pleno uso de sus facultades que se sometió a ese serrallo mediático.

Si seguimos basando la discusión en ese falso dilema: responsabilidad objetiva – subjetiva, sin admitir esas modulaciones específicas, seguiremos viviendo en una falacia, empeñados en sostener un anacronismo. En efecto, disimulado bajo la forma de responsabilidad objetiva o subjetiva, nos olvidamos que los buscadores de internet surgieron en un mundo vertiginoso, dinámico y cambiante. Este es el desafío de los juristas.

- ***Regulación***

Muchas voces bregan por una regulación legal sobre los buscadores de internet. Sin embargo, no existe regulación que permita eficientemente atribuir responsabilidad.⁷

Por lo demás, siempre que surge un inconveniente en la vida económica, social o cultural se piensa que la intervención estatal – mediante la sanción de una ley formal– regulará la cuestión y solucionará los problemas ¿Es eso cierto?

⁷ Cfr. “La autonomía de la voluntad en los contratos electrónicos. El caso de la nueva “economía colaborativa” y el futuro del trabajo”, PROGRAMA DE PROYECTOS DE INTERÉS INSTITUCIONAL Convocatoria 2019-2020 Derecho y Tecnologías Emergentes Facultad de Derecho - Universidad de Buenos Aires, Director: Martín Krause, equipo de investigación: Dres. Carolina Rodríguez y Alan Lebovich; y Estudiante de Derecho, Ignacio Pedrazas.

¿No deberíamos pensar en otras alternativas antes que remitirnos al Congreso Nacional? Por lo demás, ¿Este órgano cuenta con miembros con la pericia técnica para regular esta cuestión altamente compleja? Del mismo modo, ¿Están los asesores del Congreso Nacional capacitados técnica y moralmente para regular múltiples cuestiones? Son preguntas que no se pueden responder, pues carecemos de datos que permitan cuantificar el grado de eficiencia y *expertise* de los legisladores y de sus equipos de asesores. Ni siquiera podemos saber cuántos empleados tiene el Congreso Nacional. Tal vez, debamos pensar en caminos alternativos y potenciar la autonomía de la voluntad como principio rector en esta cuestión.

En otro orden, no hay evidencia empírica de daños reales en materia de buscadores de internet. Por el contrario, los reclamos judiciales —como se puede advertir en el relevamiento cuantitativo— son producto del accionar mayoritariamente de modelos publicitarias o vedettes, devenidas luego en conductoras de TV, empresarias, etc., que bregan en contra de los buscadores de internet.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ, María Josefina, *Protección de la indemnidad ante agravios materializados vía internet*, LL Online, AR/DOC/2513/2019
- AVZALINSKY, Alejandro M. – KILGELMANN, María Romina, *Responsabilidad de los buscadores de internet. Una problemática que requiere urgente regulación*, LL Online, AR/DOC/1436/2014
- BASTERRA, Marcela I., *El derecho a la imagen y el alcance de la responsabilidad de los buscadores de internet. La necesidad de una legislación acorde*, LL 2018-D, 315
- BORDA, Guillermo J., *La responsabilidad de los buscadores de internet*, LL Online, TR 0003/015004
- BORDA, Guillermo J., *La responsabilidad de los buscadores en Internet por la vinculación de personas a través de páginas con contenido sexual*, LL Online, AR/DOC/7649/2010

- BORDA, Guillermo J., *Los buscadores de Internet y la tutela precautoria de los derechos personales*, LL 2011-B, 27
- BOSCO, Santiago, *Los cambios en la libertad de expresión a partir del surgimiento de las redes sociales*, LL 2022-F
- BRODSKY, Jonathan M., *Los resultados de las búsquedas en Internet y la afectación de derechos personalísimos*, LL Online, AR/DOC/3005/2019
- BUENO, Horacio, *Responsabilidad de los buscadores en internet*, LL Online, AR/DOC/194/2014
- CARESTIA, Federico S., *El factor de atribución subjetivo en la responsabilidad de los buscadores de internet*, LL Online, AR/DOC/5613/2015
- CARESTIA, Federicop S., *El factor de atribución subjetivo en la responsabilidad de los buscadores de internet*, LL Online, AR/DOC/5613/2015
- CASTRILLO, Carlos V., “Responsabilidad civil de los buscadores de internet”, LL 2010-A, 897
- CUETO, Mauricio, *Responsabilidad de los buscadores de Internet: ¿Habilitación judicial para la comisión de delitos?*, LL Online, AR/DOC/6805/2010
- FRENE, Lisandro, *Buscadores de internet: afianzamiento de una línea jurisprudencial*, LL Online, AR/DOC/4783/2012
- GINI, Santiago Luis, “Internet, buscadores de sitios web y libertad de expresión”, LL Online, AR/OC/2830/2008
- GONZÁLEZ ALLONCA, Juan Cruz, *Los buscadores de internet y la ley de protección de datos personales*, LL 2014-D, 715
- KRAUSE, Martín E., *La autonomía de la voluntad en los contratos electrónicos. El caso de la nueva “Economía Colaborativa” y el futuro del trabajo*, Facultad de Derecho, 2020
- LUCCHESI, Mauro D., *Prevención y libertad de expresión*, LL 2023-F
- MANTEROLA, Nicolás I., *Responsabilidad obligacional de los buscadores de internet: Una mira conceptual*, LL AR/DOC/3750/2020
- MARZORATI, Osvaldo J., *El abuso de posición dominante de buscadores de Internet. Sanciones de la Comisión Europea de Defensa de la Competencia*, LL 2018-C, 838

- MELCHIORI, Franco A., *Su carácter de herramienta para protección de ciertos derechos y la falta de neutralidad de los resultados arrojados por los buscadores de internet*, LL 2023-D
- MOLINA QUIROGA, Eduardo, *Responsabilidad de los buscadores en internet*, LL 2018-F, 429
- MONJO, Sebastián, *Responsabilidad civil por daños causados a partir del uso de internet. Motores de búsqueda, prestadores de servicios de intermediación y utilización de base de datos*, LL Online AR/DOC/5424/2015
- PALAZZI, Pablo A., *Responsabilidad de buscadores de Internet. Notice & Take down con sabor argentino*, LL 2014-F, 175
- PAPAÑO, Javier A., *Buscadores de Internet, Palabras Clave y uso de marca ajena*, LL Online, AR/DOC/1474/2018
- SYDIAHA, Alejandro, *La responsabilidad civil de los buscadores de internet*, LL on line AR/DOC/7457/2010
- THOMSON, Federico G., *Daños causados a través de buscadores de Internet*, LL 2010-B, 448
- TOMEIO, Fernando, *Responsabilidad civil de buscadores de internet*, LL 2010-E, 108
- VANINETTI, Hugo A., *Marcas, medidas cautelares y buscadores de Internet*, LL 2014-D, 584
- VIBES, Federico P., *Medidas cautelares y buscadores de Internet*, LL AR/DOC/66/2011, 271
- ZABALE, Ezequiel M., *Deber de bloquear y dar de baja de información en los buscadores de internet*, LL Online, AR/DOC/3467/2013

CAPÍTULO VI

PROCEDIMIENTOS CIVILES, AUDIENCIAS Y MECANISMOS ALTERNATIVOS

REFLEXIONES SOBRE EL JUICIO ORDINARIO ORAL CIVIL Y EL SISTEMA DE AUDIENCIAS BAJO EL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS CIVILES Y FAMILIARES DE MÉXICO

HUGO CARRASCO SOULÉ*

“...esta reforma no sólo está en la letra de la ley, sino que es una oportunidad para quienes somos partidarios de obtener una impartición de justicia de calidad... es la oportunidad de los tribunales del país de mejorar su función...”

Hiram Arturo Cervantes García¹

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Generalidades del juicio ordinario oral civil.* III. *El sistema de audiencias.* IV. *La audiencia preliminar.* V. *La audiencia de ley o de desahogo de pruebas.* VI. *Conclusiones.* VII. *Bibliografía.*

* Doctor en Derecho, catedrático por oposición y de carrera de la Facultad de Derecho de la UNAM, integrante del Sistema Nacional de Investigadores de la SECIHTI. Contacto: hcarrascosoule@hotmail.com

¹ CERVANTES GARCÍA, Hiram Arturo, *Opiniones sobre criterios controvertidos en los procedimientos orales*, en la obra colectiva *Oralidad Civil-Mercantil: Audiencia preliminar y audiencia de juicio*, Instituto de Estudios Judiciales del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 2013, p. 9.

I. INTRODUCCIÓN

El Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares (CNPCyF) introduce un nuevo paradigma procesal en el ámbito civil mexicano, al incorporar un modelo de oralidad que busca agilizar los juicios, fortalecer la transparencia y mejorar la calidad de las resoluciones judiciales. No obstante, el análisis del Juicio Ordinario Oral Civil revela una contradicción estructural entre su naturaleza contenciosa y su ubicación normativa dentro del Título de procedimientos no contenciosos. Esta decisión legislativa, lejos de ser un simple tecnicismo, genera efectos interpretativos y prácticos que afectan la coherencia del sistema y la certeza jurídica de sus operadores.

Este artículo propone una reflexión crítica sobre dicha figura procesal y el sistema de audiencias que la articula, subrayando la necesidad de alinear los principios rectores de la oralidad —como la concentración, inmediación, contradicción, publicidad, continuidad e igualdad— con una gestión judicial flexible, garantista y orientada a resultados. En este marco, se destaca el papel estratégico de la audiencia preliminar, la importancia de desarrollar competencias específicas en litigación oral, la racionalización del manejo probatorio y la promoción de una cultura procesal que favorezca la conciliación sin debilitar la tutela jurisdiccional.

Asimismo, se plantea que la efectividad del modelo no depende únicamente del diseño legal, sino de su implementación práctica: desde la capacitación técnica de los operadores hasta la adopción de criterios uniformes y el aprovechamiento de herramientas digitales bajo el principio de equivalencia funcional. Solo así la reforma procesal podrá traducirse en una política pública efectiva de acceso a la justicia y resolución de conflictos con estándares de calidad.

II. GENERALIDADES DEL JUICIO ORDINARIO ORAL CIVIL

El juicio ordinario oral civil se erige como la vía procesal de aplicación general para la resolución de controversias de naturaleza

civil que carezcan de un procedimiento especial en el CNPCyF. Tales asuntos se sustancian conforme a las reglas previstas en la Sección Primera Del Juicio Ordinario Civil Oral del Capítulo II De los Juicios Orales Civiles, del Título Segundo Procedimientos Civiles No Contenciosos del Libro Tercero De la Justicia Civil (arts. del 456 al 469 del CNPCyF), y en lo no regulado expresamente, se rigen por las disposiciones generales del mismo ordenamiento.

Previo al análisis y diagramación de la columna vertebral del juicio ordinario oral civil bajo el sistema de audiencias, es preciso resaltar que la ubicación del juicio ordinario civil oral dentro del título segundo es incorrecta, ya que el título regula los procedimientos civiles no contenciosos, y la naturaleza de un juicio ordinario civil oral, es eminentemente contenciosa. En este punto se denota la faltade técnica procesal, y el desconocimiento de la naturaleza contenciosa de un juicio como loes el ordinario civil oral. Se debió incluir el juicio ordinario civil oral – y los demás juicios especiales enunciados en las subsecuentes secciones—, en un título aparte sobre Procedimientos Civiles Contenciosos.

Tradicionalmente, la tramitación de los juicios civiles se ha dividido en las fases postulatoria, demostrativa, conclusiva, resolutive, impugnativa y ejecutiva. La diferenciación y manejo expandido de las etapas, que tradicionalmente se tenía en el juicio ordinario civil escrito regulado en el CPCDF, se modifica sustancialmente en el CNPCyF, ya que se incorpora para tramitar sus juicios orales la plena aplicación del *principio de concentración*, a través del cual se procurará desahogar la mayor cantidad de actuaciones procesales en el menor número de diligencias procesales (fracción II del art 7 del CNPCyF).

El juicio ordinario civil oral inicia –como todos los especiales—, con la presentación demanda, y con ello, también se apertura la etapa postulatoria. En caso de que este ocurso inicial sea claro y que cumpla con los requisitos formales y materiales que deben cubrir las demandas civiles, el juez emite un acuerdo admisorio donde, entre otras circunstancias procesales, ordena que el demandado sea emplazado para que conteste la demanda. Una vez practicado el emplazamiento, y contestada la demanda, el juzgado debe señalar

fecha y hora para la celebración de la audiencia preliminar. Al culminar esta audiencia se cita para que las partes se presenten en la audiencia de juicio —conocida también como audiencia de ley o de pruebas—. Al finalizar el desahogo de los medios de prueba en la audiencia de juicio, se concede a las partes el derecho de formular alegatos de cierre de manera verbal. En seguida se declara el asunto visto y se emite de inmediato la sentencia definitiva. Por regla general, esta resolución es impugnabile en caso de que alguna de las partes estime que la misma es ilegal, inconstitucional y/o inconvenconal. Si la parte perdidosa no cumple con lo condenado, la parte ganadora puede solicitar la ejecución de la sentencia.

III. EL SISTEMA DE AUDIENCIAS

El juicio ordinario civil oral se instrumenta bajo el sistema de audiencias, mismo que se actualiza a través de la celebración de la audiencia preliminar y la de ley o de desahogo de pruebas —por ello también se le conoce a este tipo de juicios orales como procedimientos por audiencias—. En donde el principio de oralidad² tiene plena aplicación.

En dicho contexto, los operadores jurídicos y la autoridad jurisdiccional deben desarrollar la competencia de la oralidad, que de acuerdo con lo que expone Juan Carlos Martínez González es una competencia que se relaciona con el habla en el formato de conversación (jurídico—procesal), en la cual los intervinientes tienen la condición de emisores—expertos que debaten en el formato conversacional, en la interacción procesal de la audiencia preliminar y la audiencia de juicio; se formula un razonamiento dialéctico

² El magistrado Pedro Valdez Aguirre del Tribunal Superior de Justicia de Chihuahua sostiene que la oralidad no es un principio procesal sino únicamente una regla técnica que sirve de herramienta para el desarrollo del proceso que sirve para otorgar mayor agilidad y transparencia a los procesos y por ende mayor confiabilidad en la administración de justicia. VALDEZ AGUIRRE, Pedro, *El procedimiento civil por audiencias. El juicio oral civil, lineamientos para su implementación*, Ediciones del Azar, México, 2013, p. 90.

consecuente de las reglas del debido proceso, las reglas de la dirección procesal, las reglas del debate y de la disertación, las reglas que constituyen la oralidad de los actos procesales y las (reglas) condiciones extralegales (revisadas en el capítulo previo).

Además de lo anterior Juan Carlos Martínez sostiene que se reconoce la competencia estratégica con tres dimensiones. La primera, se refiere a la orientación de las competencias accesorias para la eficacia, la racionalidad y la idoneidad de las manifestaciones lingüísticas en forma oral mediante el dominio y la apropiación de las estrategias comunicativas. La segunda, es una consecuencia que este dominio y la apropiación se refiere al uso real del habla, de la oralidad; se destaca la competencia disposicional comunicativa. Sin duda, esta competencia forma parte de las estrategias de litigio y de la teoría del caso. Y la tercera, se destaca la modalidad del discurso jurídico de corte argumentativo; se debe atender a la manifestación de los razonamientos en el diálogo dialéctico procesal y en el discurso jurídico y, por ello, se propone la competencia de argumentación oral (fundar, motivar, proveer de razones, principios, alegaciones para convencer, plantear objeciones, evidenciar falacias, derrotar y evaluar argumentos en las interacciones jurídico-procesales). Las propiedades de esta competencia son: las reglas de razón; las estructuras del razonamiento; el tipo de proposiciones y las excepciones.³

Por otro lado, al interpretar y/o aplicar la normatividad que se contempla en el CNPCyF para la substanciación de los juicios orales, es necesario tener en cuenta los principios procesales de oralidad, publicidad, igualdad, intermediación, contradicción, continuidad y concentración serán los rectores del juicio oral, y por ende, del sistema de audiencias, ello a fin de hacerlo ágil, unificado y con la mayor intervención del Juez en las audiencias y actos procesales.⁴

³ Cfr. MARTÍNEZ GONZÁLEZ, Juan Carlos, Tesis de doctorado intitulada: *La Competencia de la Oralidad*, División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM, México, 2025, p. 28.

⁴ MENA MORENO, Erick, “Diagramas para el aprendizaje de los procesos escrito y oral en materia civil, mercantil, familiar y de

El art 7 del CNPCyF refiere lo que debe entenderse por dichos principios rectores:

- a) *Concentración*. Se debe procurar desahogar la mayor cantidad de actuaciones procesales en una sola audiencia o el menor número de diligencias procesales;
- b) *Contradicción*. Las partes tienen derecho a debatir los hechos, argumentos jurídicos y pruebas de su contraparte;
- c) *Continuidad*. Las audiencias deben ser ininterrumpidas, permitiendo excepcionalmente su suspensión en los casos establecidos en el CNPCyF;
- d) *Inmediación*. El contacto directo, personal e indelegable de la autoridad jurisdiccional con las partes y las pruebas; e
- e) *Igualdad Procesal*. Desde el escrito inicial de demanda y hasta la ejecución de la sentencia, las personas recibirán el mismo trato, oportunidades, derechos y cargas procesales sin discriminación alguna.

Por último, de conformidad con la LOPJ, los procedimientos pueden tramitarse en línea o a través del uso de tecnologías de la información conforme el principio de equivalencia funcional del documento electrónico, en términos de los lineamientos que al efecto emita el Órgano de Administración Judicial del Poder Judicial de la Ciudad de México. Lo que aumentará la complejidad en el manejo de los juicios orales, ya que los operadores jurídicos y la autoridad judicial, también deberán contar con competencias en medios digitales.

IV. AUDIENCIA PRELIMINAR

Dentro de este procedimiento, la audiencia preliminar ocupa un lugar central. En este mismo sentido opina Haydée de la Rosa García, al exponer que la audiencia preliminar constituye el eje sobre el cual se desarrolla el juicio oral, ya que en ésta las partes establecen los hechos sobre los cuales no hay controversia y

adopción”, *Revista de Investigaciones Jurídicas*, 2022, año 46, México, no. 46, p. 479.

aquellos que al ser litigiosos deberán ser objeto de prueba. Asimismo, la autoridad judicial determina qué pruebas se admiten, los lineamientos de cómo deben prepararse y decreta las sanciones procesales respecto de cada uno de los medios probatorios.⁵ Es importante resaltar que no debe equipararse este tipo de audiencia con la audiencia previa y de conciliación que se lleva a cabo en los juicios ordinarios escritos, aunque tienen elementos en común (la conciliación y la depuración procesal), la audiencia preliminar tiene otras características, como los acuerdos probatorios y el debate de admisibilidad de pruebas.

De acuerdo con el artículo 251 del CNPCyF su desarrollo comprende las siguientes fases: a) La depuración del procedimiento; b) La conciliación de las partes e invitación a mediación ante los Centros Alternativos de Justicia del Poder Judicial que corresponda; c) La depuración del debate, la calificación de la admisibilidad o desechamiento de pruebas; y d) La citación para la audiencia de juicio.

Durante esta audiencia, las partes pueden, de manera verbal, solicitar a la autoridad jurisdiccional la subsanación de omisiones o irregularidades de debido proceso, con el único propósito de regularizar el trámite oral.

La comparecencia a la audiencia preliminar es obligatoria, ya sea en forma personal o a través de representante autorizado. Si el representante no acude sin causa justificada, apreciada como tal por la autoridad, se impondrá una multa y se diferirá la audiencia por única ocasión. Si en la fecha diferida las partes vuelven a ausentarse injustificadamente, el órgano jurisdiccional debe resolver sobre presupuestos y excepciones procesales, determinar sobre la admisión o desechamiento de pruebas y fijar la fecha de la audiencia de juicio dentro de los cuarenta días siguientes, considerándose notificadas las partes en ese momento.

⁵ DE LA ROSA GARCÍA, Haydée, *Etapas del juicio oral y mercantil, en la obra colectiva Oralidad Civil-Mercantil: Audiencia preliminar y audiencia de juicio*, Instituto de Estudios Judiciales del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 2019, p. 65.

Hay que recordar que los juicios orales se rigen, entre otros, por los principios de inmediación, publicidad y oralidad, cuyo propósito persigue otorgar celeridad, transparencia y eficacia a las resoluciones que las instrumentan y resuelven. Por esta razón, en ellos, se notifica personalmente únicamente el emplazamiento, mientras que, las resoluciones judiciales pronunciadas en las audiencias se tendrán por notificadas en ese mismo acto. Tal distinción revela el tratamiento diferenciado entre la producción de efectos en las notificaciones sujetas a la praxis oral y escrita, respectivamente, pues las resoluciones adoptadas en las audiencias orales, adquieren eficacia inmediata sin mayor formalidad o requerimiento de práctica judicial, lo cual constituye un rasgo propio y característico de la transversalidad con que opera la oralidad, en cuyo caso, a diferencia de los procesos escritos, su validez no requiere de instituciones que aseguren el agotamiento o desarrollo de diligencias tendentes a procurar que la decisión judicial sea conocida por sus destinatarios, pues la publicidad e inmediación con la que actúa el juzgador presupone que él las dicta y da a conocer.⁶

A mayor abundamiento, la primera sala de la *SCJN* ha determinado que el sistema de notificaciones en los juicios orales no vulnera el derecho fundamental al debido proceso, ya que su finalidad es contar con un sistema de impartición de justicia cuya prontitud, celeridad, eficacia y eficiencia sean las adecuadas para evitar rezagos en el pronunciamiento de las resoluciones judiciales. De ese modo, se encuentra justificado que se prevea que en un juicio oral sólo el emplazamiento tenga que realizarse personalmente, mientras que las demás determinaciones deben notificarse de acuerdo con las reglas y los medios previstos para las notificaciones no personales. Así pues, no se vulnera el derecho fundamental al debido proceso, consistente en proteger que las partes tengan una posibilidad efectiva e igual de defender sus puntos de vista y ofrecer pruebas en apoyo de sus pretensiones, pues estas cuestiones se

⁶ Por analogía, es aplicable el criterio jurisprudencial siguiente:
Tesis: XXVII.3o.38 C (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 33, agosto de 2016, tomo IV, p. 2626. Registro digital: 2012280.

encuentran previstas para los juicios orales; además, los derechos fundamentales de legalidad y seguridad jurídica están colmados con el hecho de que el artículo indicado tenga previsto que en el juicio oral únicamente será notificado personalmente el emplazamiento, ya que desde que se ordena notificar a la demandada de manera personal la existencia de un juicio en su contra, se le hace saber que se encuentra sujeta a las disposiciones procesales previstas en el ordenamiento procesal aplicable, en las que se le exigen determinadas conductas y que, incluso, dichas cargas serán reclamadas a las partes bajo apercibimiento de ser sancionadas en caso de no cumplir con ellas, pues sólo así se garantiza la celeridad que exige el procedimiento oral.⁷

En la etapa de depuración del procedimiento, la autoridad jurisdiccional debe examinar la legitimación procesal y desahogar, en su caso, las pruebas vinculadas con las excepciones procesales, resolviendo oralmente, salvo las cuestiones de incompetencia que se tramiten conforme a la parte general del *CNPCyF*. Una vez depurado el procedimiento, la autoridad debe procurar conciliar a las partes, excepto cuando se trate de derechos intransigibles. Para tal fin, el juez debe comunicar las pretensiones de cada una, escuchar sus propuestas y, sin externar opinión sobre el posible resultado del litigio, puede sugerir alternativas para resolver la controversia.

Durante la misma audiencia, las partes pueden solicitar un receso razonable para entablar conversaciones conciliatorias⁸ sin la

⁷ Tesis: 1a. XIV/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 26, enero de 2016, tomo II, p. 971. Registro digital: 2010739.

⁸ Jurídicamente no debieran ser tratadas en el *CNPCyF* como conversaciones conciliatorias, ya que estas no son asistidas por un conciliador. Si existe el espacio para conversar entre las partes y tratar de llegar a un convenio, entonces debieran ser consideradas conversaciones de negociación, ya que son llevadas por las partes mismas. En el ámbito jurídico, negociación y conciliación son dos mecanismos alternativos de solución de conflictos, ambos basados en el principio de autocomposición, es decir, en la capacidad de las partes para resolver sus diferencias sin que un juez dicte sentencia.

presencia de la autoridad jurisdiccional y sin que exista registro de su contenido. Si se logra un acuerdo, se redacta un convenio limitado a los puntos en litigio, que debe ser firmado por las partes. El órgano jurisdiccional lo debe examinar y, si constata que no contraviene disposiciones legales, lo debe aprobar y conferirle el carácter de cosa juzgada.

En opinión de Haydée de la Rosa, el convenio que se celebre en la audiencia preliminar puede prescindir de cláusulas innecesarias, tales como el reconocimiento de la personalidad, los antecedentes de dicho convenio, la competencia del órgano jurisdiccional para el caso de ejecución, por ejemplo; por lo que su contenido debe compendiarse a: Establecer en forma precisa, clara y concreta las obligaciones a que se sujetan cada una de las partes; el periodo en el que han de realizar sus obligaciones; y las sanciones década una de ellas para el caso de que no cumplan con lo que se obligaron, conocidas como cláusulas de ejecución.⁹

Si no se alcanza la conciliación en la audiencia preliminar, las manifestaciones vertidas por las partes no se registrarán ni

Sin embargo, difieren en su naturaleza, intervención de terceros, formalidad y efectos jurídicos. La negociación es el proceso de comunicación directa entre las partes en conflicto, quienes, por sí mismas o mediante sus representantes, buscan alcanzar un acuerdo que ponga fin a la controversia; en dicha tesitura no requiere la presencia de un tercero imparcial. Si lo hay (por ejemplo, abogados o asesores), su papel es de acompañamiento o estrategia, no de conducción. Adquiere carácter de cosa juzgada al ser formalizado ante la autoridad judicial competente. Por su parte, la conciliación es un procedimiento autocompositivo asistido, en el que las partes, con la ayuda de un conciliador imparcial y capacitado, buscan construir un acuerdo que solucione el conflicto. En este sentido requiere de la participación activa de un conciliador, y su función es facilitadora, no decisoria: propone, orienta y acerca a las partes, pero no impone una solución. El convenio aprobado por la autoridad judicial adquiere la calidad de cosa juzgada y es ejecutable como si se tratara de una sentencia judicial.

⁹ Cfr. DE LA ROSA GARCÍA, Haydée, *Etapas del juicio oral y mercantil*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM y Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 2019, p. 73.

producirán efecto alguno, informándoseles que pueden llegar a un acuerdo en cualquier momento, incluso acudiendo a los Centros de Justicia Alternativa u organismos análogos.

En la etapa de depuración del debate, las partes pueden solicitar conjuntamente, con fundamento en el art 462 del *CNPCyF*, que se establezcan acuerdos sobre hechos no controvertidos, con el objeto de acotar la litis y orientar las pruebas solo a los hechos disputados. La autoridad jurisdiccional fomentará estos acuerdos y, asimismo, impulsará la celebración de acuerdos probatorios para eliminar pruebas innecesarias o coordinar la cooperación procesal en su preparación y desahogo. A continuación, la parte conducente:

Artículo 462. Durante la audiencia preliminar, en la etapa de depuración del debate, las partes podrán solicitar conjuntamente a la autoridad jurisdiccional la fijación de acuerdos sobre hechos no controvertidos, los que tendrán como finalidad establecer acontecimientos que estarán fuera del debate, con el fin de que las pruebas se dirijan a los hechos controvertidos...

Los acuerdos probatorios que forman parte de la depuración del debate, ya sea que se soliciten de manera conjunta por las partes, o bien que la autoridad judicial de oficio impulse a las partes para que realicen fijación de hechos no controvertidos, son innecesarios para algunas hipótesis que en el numeral en cita se mencionan, ya que la autoridad judicial debe ejercer facultades y atribuciones con las que cuenta para desechar medios probatorios que sean ofrecidos para demostrar hechos no controvertidos, es decir, innecesarios.

El artículo 268 de la LOPJ dispone que la autoridad jurisdiccional debe recibir las pruebas que le presenten las partes, siempre que estén permitidas por la Ley y se refieran a los puntos cuestionados. Aunado a lo anterior el segundo párrafo del artículo 261 del mismo ordenamiento establece que son admisibles como medios de prueba, todos aquellos elementos que puedan producir convicción en el ánimo de la autoridad jurisdiccional acerca de los hechos controvertidos. De lo anterior se colige que solo es

jurídicamente viable la admisión, desahogo y valoración de un medio probatorio que sea necesario para demostrar hechos controvertidos, por lo tanto, no es relevante que el legislador haya incluido en el CNPCyF la posibilidad de que las partes lleguen a acuerdos probatorios sobre medios de prueba cuya finalidad sea acreditar acontecimientos que están fuera del debate. Las facultades jurisdiccionales están para ejercerse, no para consensarlas.

El quinto tribunal colegiado en materia civil del primer circuito ha resuelto que deben desecharse las pruebas ofrecidas que no guarden relación con cada uno de los hechos controvertidos, por ser incongruentes respecto de ellos, pues todo medio de prueba que no conduce directamente a justificar los hechos materia del litigio debe ser desechado o desestimado por el juzgador, ya que la totalidad del proceso debe guardar congruencia con los puntos debatidos conforme a la realidad o la fijación de la litis y, por tanto, sobre aquello que no exista controversia la prueba es inconducente.¹⁰

No obstante, lo anterior, el segundo segmento del art 462 del CNPCyF puede resultar útil procesalmente hablando al disponer que las partes pueden pactar la incorporación de pruebas vinculadas con el debate, aunque no se hubiesen ofrecido en los escritos iniciales. Los acuerdos consensuados quedarán formalmente fijados. De esta manera, se habilita una segunda ventana para ofrecer medios probatorios fuera del momento que se contempla en los juicios orales civiles, que es en los escritos de demanda (fracc IX del art 235 CNPCyF), contestación de demanda (fracc V del art 241 del CNPCyF), reconvencción (art. 242 CNPCyF) y contestación a la reconvencción (art. 242 CNPCyF).

En la fase de admisión de pruebas, la autoridad abrirá un breve debate, a petición de parte, para discutir su pertinencia y, posteriormente, resolverá sobre su admisión o desechamiento, señalando la forma en que deberán prepararse para su desahogo en la audiencia de juicio.

¹⁰ *Semanario Judicial de la Federación*, tomo II, segunda parte-2, julio-diciembre de 1988, p. 438. Registro digital: 230403.

Aunque los arts. 234 y 241 del CNPCyF establecen que, tanto la parte actora, como la demandada, respectivamente, deben ofrecer sus medios probatorios mencionando con toda precisión el hecho o hechos que se tratan de demostrar con cada prueba, si no cumplen con la referida carga procesal, no debe dar en automático como resultado el desechamiento de los medios probatorios por no cumplir con este requisito formal, ya que se debe dejar al prudente arbitrio del tribunal la valoración de las circunstancias del caso, con el fin de determinar si se tienen por cumplidas o no las cargas impuestas en el precepto, en atención a su finalidad y razón de ser que se traduce en proporcionar al juez la información estimada útil y necesaria para facilitar su labor al resolver sobre la admisibilidad de los medios probatorios, así como para tomar las providencias necesarias en su preparación y desahogo, en atención al régimen legal de la prueba. En dicha tesitura, el tribunal, al analizar la admisión de las pruebas ofrecidas en el juicio ordinario civil, debe actuar con la flexibilidad necesaria que requieran las circunstancias de cada caso y no sólo fundar su decisión en el incumplimiento formal de un precepto legal que obliga a las partes a relacionar los medios de convicción con los hechos que intentan ser demostrados. Así, pueden considerarse cumplidos los requisitos si de la información que proporcione el oferente y las remisiones que haga a su demanda o contestación, se adviertan con claridad los hechos específicos que busca demostrar con cada prueba, así como los motivos por los cuales considera que con tales elementos los acreditaría, aunque no los haga explícitos formalmente; por el contrario, cuando no resulte claro o fácil relacionar las pruebas ofrecidas con los hechos específicos a demostrar, la satisfacción de la carga es más gravosa porque sus fines quedarán insatisfechos, con lo cual daría lugar al desechamiento de los medios probatorios.¹¹ Al respecto es aplicable, por analogía, el siguiente criterio:

*PRUEBAS EN EL JUICIO ORAL CIVIL. PARA
PROVEER SOBRE SU ADMISIÓN, EL JUEZ
DEBE INTERPRETAR INTEGRALMENTE LOS*

¹¹ Tesis: 1a. CCCXXXVIII/2013 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 1, diciembre de 2013, tomo I, p. 534. Registro digital: 2005138.

ESCRITOS FIJATORIOS DE LA LITIS. El artículo 982 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal dispone que en los escritos de demanda, contestación, reconvencción, contestación a la reconvencción y desahogo de vista de éstas, las partes ofrecerán sus pruebas expresando con toda claridad cuál es el hecho o hechos que se tratan de demostrar; por tanto, una correcta interpretación conlleva considerar que el rector del procedimiento debe interpretar integralmente el escrito correspondiente, porque el procedimiento probatorio en el juicio oral civil atiende al principio de concentración, que tiene que ver con la celeridad que se debe observar para obtener una sentencia pronta que dirima la controversia. En ese sentido, si de la lectura integral del escrito de demanda se advierte que la actora hizo una relación clara y precisa de los hechos en que sustentó su pretensión, señalando con qué prueba demostraría cada uno de ellos, en tanto que en el capítulo relativo, al ofrecer las pruebas, señaló que tenían por efecto dilucidar la verdad de los hechos, es claro que se cumplió con la exigencia de la norma.¹²

Independientemente de la flexibilidad con la que debe actuar la autoridad jurisdiccional ante la omisión de una o de ambas partes de relacionar los medios probatorios con los hechos controvertidos, la autoridad jurisdiccional al abrir la etapa de admisión de pruebas, a petición de parte, debe permitir un breve debate sobre la admisibilidad de las pruebas, previo a que se pronuncie al respecto.

Tanto el debate sobre los acuerdos probatorios, como el de la admisibilidad de los medios de convicción, se erigen en sendas

¹² Tesis: I.14o.C.17 C (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 38, enero de 2017, tomo IV, p. 2628. Registro digital: 2013429.

oportunidades para que los operadores jurídicos formulen sus argumentos y los esgriman oralmente, actualizándose el principio rector de oralidad, y a la vez, el de inmediación que pugna por una autoridad judicial que esté en contacto directo, personal e indelegable de la autoridad jurisdiccional con las partes y los medios de convicción, o bien dicho en palabras de la primera sala de la SCJN, la inmediación consiste en que el juzgador presencie los actos del juicio y, en estricto sentido, que sea el Juez ante el que se practicaron las actuaciones el que decida la contienda, lo que corresponde a la dimensión subjetiva del mencionado principio.¹³

La preparación corresponde a las partes, quienes deben presentar testigos, peritos y demás elementos probatorios admitidos. En casos autorizados, el órgano jurisdiccional expedirá los oficios o citaciones necesarios y los entregará al oferente en la misma audiencia. Si únicamente se admiten pruebas documentales, instrumentales o presuncionales, el juez podrá concentrar la audiencia de juicio dentro de la preliminar, con alegatos de apertura y de cierre y la emisión de sentencia definitiva. Al respecto es aplicable por analogía la siguiente tesis de jurisprudencia:

PRINCIPIO DE CONCENTRACIÓN EN EL JUICIO ORAL MERCANTIL. EL ARTÍCULO 1390 BIS 37 DEL CÓDIGO DE COMERCIO, QUE PREVE LA CELEBRACIÓN DE LA AUDIENCIA DEL JUICIO EN LA AUDIENCIA PRELIMINAR, CUANDO SE ADMITAN PRUEBAS DOCUMENTALES QUE NO REQUIERAN PREPARARSE, NO ES APLICABLE A LA PRUEBA CONFESIONAL DE POSICIONES, EN EL CASO DE QUE ÉSTA SE ADMITA Y DEBA DESAHOGARSE. Hechos: Los Tribunales Colegiados de Circuito contendientes resolvieron de manera divergente, al analizar si procedía o no, en aplicación del

¹³ Tesis: 1a. LVIII/2019 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 68, julio de 2019, tomo I, p. 265. Registro digital: 2020270.

artículo 1390 Bis 37 del Código de Comercio, concentrar en la audiencia preliminar la audiencia del juicio, pues mientras uno de los órganos razonó que la norma incluía a todas las pruebas admitidas que no requieran preparación o que su desahogo esté preparado, y no sólo la documental prevista de manera expresa, por lo cual, admitida la prueba de confesión de posiciones en el supuesto de que acudan las partes a la audiencia preliminar, debe realizarse la indicada concentración para que en la audiencia única se desahogue, en tanto que el otro consideró que no procedía unificar las audiencias en tal supuesto.

Criterio jurídico: El Pleno Regional en Materia Civil de la Región Centro-Sur, con residencia en Guadalajara, Jalisco, establece que en los juicios orales mercantiles, las personas juzgadoras no están facultadas para concentrar la audiencia del juicio en la audiencia preliminar –aun cuando asistan las partes a ésta– en el supuesto de que se admita y deba desahogarse la prueba confesional de posiciones, como sí autoriza al admitirse pruebas documentales cuyo desahogo no requiera preparación.

Justificación: El último párrafo del artículo 1390 Bis 37 del Código de Comercio establece que: a) en la audiencia preliminar se admitan “sólo” pruebas documentales; y, b) no requieran ser preparadas para su desahogo. Dada esa situación a) y b), se produce la consecuencia c), esto es, unificar la celebración de las audiencias preliminar y del juicio. De su interpretación sistemática con los artículos 1390 Bis 2 y 1390 Bis 4, se concluye que: 1) El derecho fundamental al debido proceso contiene

un núcleo duro a observarse en todo el procedimiento jurisdiccional. 2) El legislador tiene amplio margen de configuración en torno a las normas procesales que han de regir en los juicios orales mercantiles. 3) Los trabajos legislativos relativos se basaron en la celeridad, agilidad, expeditéz, dinamismo y en combatir la saturación del sistema judicial. 4) El principio de concentración implica regular en el menor número de audiencias un máximo posible de actuaciones para hacer ágil y rápido el proceso, y la práctica judicial permite apreciar, de modo agrupado, los planteamientos y las pruebas. 5) El indicado artículo 1390 Bis 37 prevé una regla especial para verificar la audiencia del juicio en la audiencia preliminar, que constituye expresión del principio de concentración, únicamente cuando se admitan documentos cuyo desahogo no requiere preparación. 6) Su interpretación literal da lugar a establecer que la prueba confesional de posiciones no se sitúa en esa regla de excepción, ni siquiera cuando estén presentes las partes. 7) No hay una laguna normativa o vicio legal que deba ser subsanado, ni facultad para integrar la norma, por analogía, acorde al código mercantil. 8) Una laguna axiológica, que se conforma cuando el intérprete pretende que el supuesto de una norma especial se extienda a otra no prevista en la ley, es subjetiva por no derivar del derecho positivo; sin embargo, tal proceder no está permitido en el caso. 9) Un entendimiento distinto del texto legal, dada la interpretación teleológica del precepto, sí deja claro que el legislador tuvo en consideración la prueba confesional, y su intención fue no asimilarla en la regla de excepción. 10) La construcción normativa es idónea, necesaria, proporcional y razonable, frente al derecho fundamental a la

*tutela judicial efectiva, vinculada a la impartición de justicia pronta y expedita, al guardar silencio con relación a la prueba de confesión de posiciones.*¹⁴

De conformidad con el último párrafo del artículo 463 del CNPCyF durante la etapa preliminar, posterior a la admisión de pruebas, las partes pueden formular objeciones a las pruebas documentales que estimen pertinentes. Asimismo, el art. 325 del CNPCyF dispone que los documentos que presenten las partes en los escritos de demanda y contestación, o en el desahogo de vista, podrán ser objetados en cuanto a su alcance y valor probatorio¹⁵ en esos propios escritos o una vez admitidos en la audiencia preliminar. Los documentos que surjan con posterioridad deberán ser exhibidos o incorporados sólo durante audiencia por parte interesada y, de ser admitidos, en el mismo acto podrá realizarse su objeción.

Así entonces, la objeción de documentos puede realizarse en dos momentos procesales; primero, en los escritos de contestación de demanda o en el desahogo de vista —por analogía la regla es aplicable al contestar la reconvencción—, y segundo, en la audiencia

¹⁴ Tesis: PR.C.CS. J/20 C (11a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 33, enero de 2024, tomo V, p. 4796. Registro digital: 2027990.

¹⁵ De conformidad con art. 344 del CNPCyF los documentos públicos siempre harán prueba plena, salvo el caso de objeción declarada procedente o probado el incidente de impugnación. Por su parte, el art 345 del mismo ordenamiento dispone que los documentos privados provenientes de las partes hacen prueba plena cuando no son objetados, cuando no se pruebe la objeción, cuando no fueren impugnados, cuando no se demuestre la impugnación o cuando fueren legalmente reconocidos. Así entonces, el reconocimiento de documentos por su autor o autores sea en etapa escrita o en audiencia, hace prueba plena salvo que existan otras que las contradigan. Por último, los documentos privados provenientes de extraños al juicio, no reconocidos, ni objetados, constituyen indicio que requiere concatenación con otros medios de prueba para que funden una presunción.

preliminar, una vez que los medios probatorios hayan sido admitidos por la autoridad jurisdiccional.

Por razones de especial complejidad, la autoridad puede programar el desahogo de pruebas en más de una sesión, siempre en días consecutivos y sin afectar los principios de continuidad y concentración.

Concluida la admisión de pruebas, se concede a las partes el uso de la palabra para peticiones finales antes de cerrar la audiencia preliminar.

V. LA AUDIENCIA DE LEY O DE DESAHOGO DE PRUEBAS

La audiencia de juicio inicia con los alegatos de apertura, en los que cada parte expone su teoría del caso. El órgano jurisdiccional determina el orden de desahogo de las pruebas conforme a los acuerdos previos, declarando desiertas aquellas no preparadas por causas imputables al oferente, sin recurso alguno. Terminada la prueba, se otorga a cada parte una sola intervención para los alegatos de cierre, cuidando el tiempo concedido.

Es importante mencionar que, en atención al principio de oralidad que tiene lugar en el sistema de audiencias, los alegatos de apertura y de cierre, así como las manifestaciones formuladas por las partes en las audiencias preliminar y de juicio y que se encuentren relacionadas con la litis deben ser consideradas por el juzgador al momento de dictar la sentencia definitiva—lo anterior no aplica a lo expresado por las partes durante fase de conciliación—.

Lo anterior, porque se prevé a la oralidad como uno de los principios rectores del juicio oral mercantil, conforme al cual la resolución judicial puede basarse también en el material procesal preferido oralmente, atendiendo al apotegma: *audiatur et altera pars* (ser oída también la otra parte) cuya observación es el mínimum de una configuración oral del proceso y conduce al principio de contradicción, es decir, a la audiencia de las alegaciones

mutuas de las partes en forma de un juicio oral. En ese sentido, si bien la litis en el juicio oral se establece con la demanda y su contestación (o falta de ésta), así como con la reconvencción y contestación de ésta, cierto es que no pueden soslayarse las manifestaciones formuladas durante las audiencias por las partes, aun a manera de alegatos, pues en la preliminar puede llegarse a acuerdos sobre hechos no controvertidos y probatorios de manera verbal, los cuales deben valorarse por tratarse de la prueba instrumental de actuaciones. Esto, porque en el ordenamiento procesal aplicable les da el carácter de pruebas a las declaraciones de las partes durante las audiencias, así como los documentos reconocidos por la contraria de quien los exhibió, de no interpretar dichos preceptos bajo una óptica de flexibilidad y dar carácter material a los alegatos, sino sólo formal, con la finalidad de advertir la veracidad de los hechos discutidos, se desnaturalizaría la finalidad de la oralidad en los juicios, mediante los actos procesales de las partes presenciadas por el juzgador en las audiencias (inmediación), en tanto que las audiencias preliminar y de juicio se desahogan en forma oral, no obstante que consten en medios ópticos y se reproduzcan por escrito, porque ello permite al juzgador tener conocimiento inmediato de los hechos y de la voluntad de las partes de fijar la litis en determinado sentido (acuerdos sobre hechos no controvertidos), o los hechos que serán objeto de prueba; así como los que deberán ser materia de pronunciamiento por el juzgador, por haber sido reconocidos de manera oral por alguna de las partes. Amén de que los alegatos verbales son uno de los momentos más importantes en el juicio oral, porque toda prueba ha sido presentada de cara a las alegaciones de las partes formuladas de forma oral en las audiencias.¹⁶

Concluido lo anterior, se declara el asunto visto y se procede a emitir sentencia definitiva, ya sea de inmediato o, en casos complejos, tras un receso dentro del mismo día o dentro de los diez días posteriores, citando a las partes. La resolución se explica en lenguaje claro y cotidiano, se leen únicamente los puntos resolutivos

¹⁶ Tesis: III.2o.C.11 C (11a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 21, enero de 2023, tomo VI, p. 6601.Registro digital: 2025719.

y se entrega copia simple en un plazo máximo de dos días. Si las partes no asisten, la explicación y lectura se dispensan y la sentencia se publica por el medio procesal oficial.

La autoridad informará a las partes su derecho a solicitar aclaración de la sentencia dentro de los tres días siguientes si detectan omisiones, contradicciones o ambigüedades, sin que ello altere los plazos para la apelación, así como su derecho de impugnación. En caso de personas pertenecientes a grupos en situación de vulnerabilidad, la sentencia se dictará con los ajustes y formatos necesarios para su comprensión.

Finalmente, al dictar la resolución, el juzgador explicará las ventajas del cumplimiento voluntario y las consecuencias legales de no hacerlo, así como la importancia de presentarse a las audiencias de ejecución y de vigilar el expediente, advirtiendo que, si la sentencia no es modificada o revocada por la segunda instancia, la falta de notificación personal en los tres meses posteriores a la ejecutoria no exime de su cumplimiento.

VI. CONCLUSIONES

El examen del Juicio Ordinario Oral Civil bajo el *CNPCyF* evidencia una disonancia sistemática entre la naturaleza contenciosa de esta vía y su ubicación normativa en el Título de procedimientos no contenciosos. Esta decisión legislativa, más que un detalle de técnica proyecta efectos interpretativos y prácticos que conviene corregir: una sistemática coherente fortalece la certeza de los operadores, armoniza la dogmática procesal y mejora la gestión jurisdiccional del conflicto.

Desde la perspectiva funcional, el modelo de oralidad concentrada solo alcanza su promesa de celeridad y calidad si los principios de concentración, intermediación, contradicción, publicidad, continuidad e igualdad informan la planificación y conducción de las audiencias. En este marco, la audiencia preliminar opera como verdadero eje de gestión del caso: depura el procedimiento, delimita la litis y racionaliza la actividad probatoria

mediante acuerdos sobre hechos no controvertidos y un debate breve de admisibilidad. El éxito de esta arquitectura depende de una flexibilidad judicial inteligente; esto es, de evitar formalismos que sacrifiquen la verdad material sin renunciar al rigor garantista.

La eficacia del modelo exige, además, que operadores jurídicos y juzgadores desarrollen la competencia de la oralidad, entendida como la capacidad estratégica y técnica para comunicarse en un formato conversacional jurídico-procesal. Dicha competencia abarca el dominio de las reglas del debate y la argumentación dialéctica, la disposición comunicativa para exponer con claridad y pertinencia los planteamientos, así como la habilidad para fundar, motivar, objetar, refutar y evaluar argumentos en tiempo real ante el juez. Implica, por tanto, no solo destrezas retóricas, sino el manejo de estructuras lógicas, la identificación de falacias, la formulación de proposiciones y la adaptación del discurso al contexto procesal, garantizando inmediación y contradicción efectivas.

La disciplina probatoria del modelo precisa que la admisión y preparación de los medios de convicción se orienten estrictamente a los hechos controvertidos, habilitando objeciones oportunas y excluyendo pruebas inconducentes. Los acuerdos probatorios son útiles para depurar trámites y evitar redundancias, pero no sustituyen las potestades del juzgador para desechar aquello que no guarde relación con la litis. En igual medida, la conciliación intraprocesal —con recesos sin registro, convenio circunscrito a la controversia y eventual elevación a cosa juzgada— constituye un cauce eficaz de autocomposición que coexiste, y no compite, con la tutela judicial efectiva.

En la audiencia de juicio, los alegatos de apertura y de cierre cumplen una función epistémica que trasciende la retórica: orientan la percepción judicial, integran teoría del caso y prueba, y deben ponderarse en la motivación de la sentencia, sin confundirlos con las manifestaciones vertidas durante la fase de conciliación. Complementariamente, el régimen de notificaciones propio de la oralidad —personal solo para el emplazamiento y ordinario para las demás determinaciones— resulta compatible con el debido proceso

siempre que se garantice igualdad de armas, posibilidad real de contradicción y claridad en las cargas procesales.

Finalmente, la progresiva transformación digital del proceso — bajo el principio de equivalencia funcional— impone nuevas competencias a litigantes y juzgadores. Para que la oralidad cumpla su cometido, se impone una agenda mínima: i. Ajuste técnico-normativo que reubique correctamente los procedimientos contenciosos; ii. Capacitación intensiva en litigación y argumentación oral, incluida la competencia de la oralidad en su triple dimensión comunicativa, estratégica y argumentativa; iii. Fortalecimiento de la gestión judicial de audiencias y evidencia; y iv. criterios uniformes sobre concentración y acuerdos probatorios. Solo así la reforma trasciende la letra y se convierte en una política pública de calidad de la justicia.

VII. BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

CERVANTES GARCÍA, Hiram Arturo, *Opiniones sobre criterios controvertidos en los procedimientos orales*, en la obra colectiva *Oralidad Civil-Mercantil: Audiencia preliminar y audiencia de juicio*, Instituto de Estudios Judiciales del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 2013.

DE LA ROSA GARCÍA, Haydée, *Etapas del juicio oral y mercantil*, en la obra colectiva *Oralidad Civil-Mercantil: Audiencia preliminar y audiencia de juicio*, Instituto de Estudios Judiciales del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 2019.

MARTÍNEZ GONZÁLEZ, Juan Carlos, Tesis de doctorado intitulada *La Competencia de la Oralidad*, División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM, 2025.

VALDEZ AGUIRRE, Pedro, *El procedimiento civil por audiencias. El juicio oral civil, lineamientos para su implementación*, Ediciones del Azar, México, 2013.

Hemerografía

MENA MORENO, Erick, “Diagramas para el aprendizaje de los procesos escrito y oral en materia civil, mercantil, familiar y de adopción”, *Revista de Investigaciones Jurídicas*, 2022, año 46, México.

Jurisprudencia nacional

Semanario Judicial de la Federación, tomo II, Segunda Parte-2, julio-diciembre de 1988. Registro digital: 230403.

Tesis: XXVII.3o.38 C (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 33, agosto de 2016, tomo IV, p. 2626. Registro digital: 2012280.

Tesis: 1a. XIV/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 26, enero de 2016, Tomo II, p. 971. Registro digital: 2010739.

Tesis: 1a. CCCXXXVIII/2013 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 1, diciembre de 2013, tomo I, p. 534. Registro digital: 2005138.

Tesis: I.14o.C.17 C (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 38, enero de 2017, tomo IV, p. 2628. Registro digital: 2013429.

Tesis: III.2o.C.11 C (11a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 21, enero de 2023, tomo VI, p. 6601. Registro digital: 2025719.

CRISIS JUDICIAL Y ACCESO A LA JUSTICIA: LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS COMO HERRAMIENTAS DE TRANSFORMACIÓN

ROSA MARÍA DÍAZ LÓPEZ*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La crisis del sistema judicial y el acceso efectivo a la justicia.* III. *Eficiencia y eficacia aplicada a un Poder Judicial.* IV. *El libro blanco de la Reforma Judicial: Diagnóstico y propuestas para la transformación.* V. *Fundamentos, ventajas y desafíos de los MASC.* VI. *La Ley General de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias: Un marco normativo para la solución pacífica de conflictos.* VII. *Estrategias de aproximación de la justicia: la experiencia del Poder Judicial de Tamaulipas.* VIII. *Consideraciones finales.* IX. *Referencias bibliográficas.*

* Licenciada, Maestra y Doctora en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Investigadora de Tiempo Completo del Sistema Nacional de Investigadoras e Investigadores de CONAHCYT. Catedrática en varias universidades nacionales (UNAM, UANL, UDEM) y extranjeras (Université de Lille, Francia, Universidad Católica-Colombia, UFCSPA-Brasil). Presidenta del Colegio de Doctores de N.L. Autora de más de 15 libros entre los cuales se destacan: *El Ombudsman de la salud en México* 1a y 2a ediciones, *Derecho Fiscal Mexicano*, entre otros y una treintena de artículos. Actualmente se desempeña como Comisionada de la Comisión Estatal de Arbitraje Médico de Nuevo León. Contacto: rosy4343@hotmail.com

I. INTRODUCCIÓN

Los sistemas judiciales en América Latina, y en particular en México, atraviesan una crisis estructural caracterizada por la congestión de tribunales, el retraso procesal, y la persistencia de barreras económicas y sociales que impiden el ejercicio efectivo del derecho de acceso a la justicia. Esta situación genera una creciente desconfianza ciudadana y debilita el Estado de derecho.

Frente a este panorama, los mecanismos alternativos de solución de controversias (MASC) han sido promovidos como mecanismos eficaces y eficientes que contribuyen a la descongestión judicial y a la solución ágil de conflictos. Este trabajo se enfoca en analizar el papel de los MASC como instrumentos de transformación del sistema de justicia, delimitando su estudio como formas complementarias —y no sustitutivas— de la justicia formal.

El problema de investigación que guía el presente estudio radica en el difícil y desigual acceso a la justicia en México, una situación que no solo afecta a grupos históricamente vulnerables, como personas en situación de pobreza, sino también a la ciudadanía en general que enfrenta un sistema judicial lento, costoso, formalista y en muchas ocasiones inaccesible. Esta problemática no es reciente, pero se ha agudizado en las últimas décadas como consecuencia de la sobrecarga de los tribunales, la escasez de recursos humanos y materiales, la dispersión normativa y la desconfianza ciudadana en las instituciones judiciales.

En este contexto, surge la necesidad de preguntarse: ¿En qué medida los MASC pueden constituir una respuesta efectiva a esta crisis del acceso a la justicia? La investigación parte de la hipótesis de que los MASC, si bien no sustituyen al sistema formal, pueden actuar como herramientas transformadoras que complementan la función jurisdiccional al ofrecer soluciones más ágiles, participativas, restaurativas y contextualizadas. No obstante, su implementación enfrenta también múltiples desafíos: desde la falta de armonización legislativa y escasa capacitación de facilitadores, hasta resistencias culturales tanto en operadores jurídicos como en la ciudadanía.

Por ello, este estudio se orienta a identificar y analizar de manera crítica las causas estructurales del problema del acceso a la justicia, evaluar la capacidad de los MASC para responder a dicha crisis y, finalmente, proponer estrategias que permitan superar las barreras de implementación y potenciar su impacto transformador en el sistema jurídico mexicano.

El objetivo general del artículo es analizar críticamente el papel de los MASC frente a la crisis judicial actual y su potencial para ampliar y facilitar el acceso a la justicia, por lo que también se han planteado objetivos específicos que permita identificar las principales causas de la crisis judicial en materia de acceso a la justicia; examinar las ventajas y limitaciones de los MASC; y proponer medidas para su fortalecimiento institucional.

En el presente estudio, se emplea una metodología cualitativa con enfoque analítico y descriptivo, basada en el estudio de fuentes doctrinales, instrumentos jurídicos nacionales e internacionales, y documentos institucionales. Este enfoque resulta pertinente para captar la complejidad del fenómeno jurídico-social analizado, particularmente en contextos donde los datos cuantitativos no reflejan las condiciones reales de acceso a la justicia.

II. LA CRISIS DEL SISTEMA JUDICIAL Y EL ACCESO EFECTIVO A LA JUSTICIA

Uno de los síntomas más visibles de la crisis judicial es la acumulación de causas y el retraso en su resolución. De acuerdo con datos del *World Justice Project* (2023), en varios países latinoamericanos los procesos pueden prolongarse más de cinco años, afectando la tutela judicial efectiva.

El artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce el derecho a ser oído en un plazo razonable. El incumplimiento de este estándar no solo vulnera derechos procesales, sino que inhibe el acceso a la justicia, ya que muchas personas optan por no litigar ante la ineficiencia del sistema.

1. Barreras estructurales al acceso a la justicia

Además de la lentitud, existen barreras de tipo económico, geográfico, cultural y lingüístico que afectan especialmente a mujeres, personas indígenas, con discapacidad y en situación de pobreza. Estas limitaciones contradicen el principio de igualdad ante la ley y profundizan la exclusión jurídica.

Es importante destacar que cada región del país presenta sus propias particularidades en cuanto al acceso a la justicia. Por ejemplo, en algunas zonas conurbadas y urbanas, la infraestructura judicial puede ser más amplia, con presencia institucional consolidada y servicios accesibles. Sin embargo, en regiones alejadas, rurales o de difícil acceso, la escasez de juzgados, la falta de personal capacitado y la inexistencia de servicios de interpretación o mediación intercultural hacen que el acceso efectivo sea una posibilidad remota para muchas personas. Esta diversidad territorial exige enfoques diferenciados en las políticas de justicia, con atención especial a contextos donde la presencia del Estado de derecho es débil o intermitente.

En este sentido, el acceso a la justicia debe entenderse no como un concepto meramente formal, sino como un derecho sustantivo que exige condiciones materiales, institucionales y socioculturales para su ejercicio efectivo.¹

2. Acceso a la justicia desde un enfoque institucional y estadístico

Además de las barreras estructurales ya expuestas, el acceso a la justicia en México presenta una dimensión cuantitativa que permite comprender la magnitud del problema desde un enfoque institucional y medible. El Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), a través del Catálogo Nacional de Indicadores,

¹ FIX-ZAMUDIO, Héctor y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *El poder judicial y la protección de los derechos fundamentales*, Porrúa-Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2006.

ha definido seis componentes fundamentales para evaluar el acceso efectivo a la justicia, con base en datos obtenidos de encuestas y registros administrativos.

Estos componentes son:

- I. Cifra negra de delitos: porcentaje de delitos que no son denunciados o que, aun siéndolo, no derivan en una investigación.
- II. Recursos para la procuración de justicia: número de agencias del Ministerio Público y personal operativo disponible.
- III. Desempeño en procuración de justicia: eficiencia en la atención, investigación y resolución de denuncias.
- IV. Recursos para la impartición de justicia: cantidad de juzgados, jueces, personal jurisdiccional y presupuesto disponible.
- V. Desempeño del sistema judicial: duración promedio de los procesos, carga de trabajo y cumplimiento de resoluciones.
- VI. Condiciones del sistema penitenciario: acceso a la reinserción, trato digno y cumplimiento de estándares de derechos humanos.

Uno de los datos más alarmantes es el relacionado con la cifra negra. Según la Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre Seguridad Pública (ENVIPE) 2023, el 92.4 % de los delitos cometidos no se denunciaron o no derivaron en una carpeta de investigación. Esta cifra revela que una inmensa mayoría de las personas en México no accede al sistema judicial ni siquiera en su fase inicial, debido al miedo, desconfianza, costos o falta de resultados.

Este enfoque estadístico confirma que el problema del acceso no solo es normativo o estructural, sino también funcional. Las personas evitan utilizar los mecanismos formales de justicia porque perciben que no funcionan, que son inaccesibles o que no ofrecen soluciones reales. Por tanto, los datos del INEGI refuerzan la necesidad de repensar el modelo tradicional de justicia y de buscar

vías alternativas que permitan un acceso más ágil, humano y eficiente.

En este contexto, los MASC aparecen como una respuesta directa y práctica a los vacíos del sistema judicial formal. Al ofrecer procesos más simples, menos costosos y centrados en las personas, los MASC pueden ayudar a reducir la cifra negra, fomentar la confianza ciudadana y descongestionar los tribunales. De este modo, su incorporación sistemática al sistema de justicia en todas las materias no solo es deseable, sino urgente.

III. EFICIENCIA Y EFICACIA APLICADA A UN PODER JUDICIAL

En los últimos años, los conceptos de eficiencia y eficacia han adquirido una relevancia creciente dentro del discurso sobre la reforma judicial y el acceso a la justicia. Mientras que la eficacia se refiere al grado en que los tribunales logran los fines que justifican su existencia, la resolución justa y oportuna de los conflictos, la eficiencia alude al uso racional y óptimo de los recursos disponibles para alcanzar dichos fines.

Ambos criterios, si bien provienen de un enfoque típicamente gerencial o administrativo, son hoy elementos imprescindibles para evaluar el desempeño de los sistemas judiciales modernos, especialmente en contextos de saturación institucional, desigualdad en el acceso y pérdida de legitimidad ciudadana. Sin embargo, es importante señalar que una de las tendencias predominantes en diversas entidades federativas ha sido la de aperturar más juzgados como respuesta inmediata a la sobrecarga del sistema, en lugar de implementar con la misma fuerza nuevos centros o unidades regionales de MASC.

Esta política, aunque comprensible desde una lógica de cobertura jurisdiccional, no resuelve de fondo la cultura del litigio ni promueve esquemas sostenibles de convivencia y solución pacífica de conflictos. En contraste, una estrategia de expansión de los MASC podría contribuir de manera más eficaz a despresurizar el

aparato judicial y a fortalecer una política pública orientada a la pacificación social, especialmente en contextos comunitarios, rurales o con escasa infraestructura institucional.

1. Parámetros de medición en la eficiencia y eficacia judicial

Diversas instituciones nacionales e internacionales han propuesto marcos de evaluación que permiten medir la eficiencia y eficacia de los órganos jurisdiccionales. Entre los más relevantes se encuentran:

- I. Duración de los procedimientos (tiempo promedio de resolución de causas).
- II. Índices de congestión judicial (proporción de casos resueltos frente a los ingresados).
- III. Porcentaje de ejecución efectiva de resoluciones judiciales.
- IV. Grado de satisfacción ciudadana con respecto al servicio de justicia.

Organismos como el World Justice Project y la OCDE han señalado que México presenta un déficit estructural en varios de estos indicadores, particularmente en materia civil y familiar, donde los tiempos de resolución superan con frecuencia los dos años.

2. Obstáculos estructurales a la eficiencia judicial en México

Las deficiencias de eficiencia y eficacia en la impartición de justicia responden a múltiples factores. Entre los principales se encuentran:

- I. La congestión estructural de los tribunales, resultado del excesivo número de causas asignadas por juzgado.
- II. La insuficiencia presupuestaria y disparidad en la distribución de recursos entre jurisdicciones locales y federales.
- III. La resistencia cultural e institucional a incorporar herramientas de gestión judicial modernas o tecnología procesal.

- IV. Una marcada asimetría social y territorial en el acceso a órganos jurisdiccionales, especialmente en zonas rurales o indígenas.

3. Los Mecanismos Alternativos como medio para incrementar la eficiencia judicial

Frente a estos desafíos, los MASC se han presentado no solo como instrumentos de despresurización del sistema judicial, sino también como vías eficaces de solución de conflictos, particularmente en materias donde el diálogo y la voluntad de las partes son elementos determinantes.

La recientemente publicada Ley General de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias (2024) constituye un intento por institucionalizar este enfoque a nivel nacional, permitiendo:

- I. Reducir tiempos procesales.
- II. Minimizar costos económicos y emocionales.
- III. Desarrollar soluciones más sostenibles desde el punto de vista social.
- IV. Su correcta implementación puede constituir uno de los pilares más sólidos para incrementar la eficiencia judicial sin sacrificar el derecho al debido proceso.

En conclusión, el desafío del sistema judicial no es únicamente aumentar su productividad, sino hacerlo sin perder de vista su razón de ser: la garantía de derechos fundamentales. Eficiencia y eficacia deben ser entendidas como medios al servicio de la justicia, no como fines en sí mismos. En este sentido, es necesario establecer equilibrios entre lo cuantitativo y lo cualitativo, incorporando indicadores que midan tanto la agilidad como la calidad de las decisiones judiciales.

IV. EL LIBRO BLANCO DE LA REFORMA JUDICIAL: DIAGNÓSTICO Y PROPUESTAS PARA LA TRANSFORMACIÓN

En agosto de 2003, la SCJN convocó a una amplia consulta nacional con el propósito de recabar propuestas para una reforma integral y coherente del sistema de impartición de justicia en México. Esta iniciativa buscaba involucrar a diversos sectores de la sociedad en la identificación de problemas y en la formulación de soluciones, reconociendo la necesidad de una transformación profunda del aparato judicial mexicano.

La consulta se desarrolló a lo largo de tres años y culminó en la publicación del Libro Blanco de la Reforma Judicial: Una agenda para la justicia en México en 2006. Este documento recopiló las más de 7,000 propuestas recibidas durante el proceso consultivo, reflejando una amplia participación ciudadana y profesional en el diseño de una nueva visión para la justicia en el país.

1. Principales áreas de intervención identificadas

El Libro Blanco identificó diversas áreas críticas que requerían atención para mejorar el acceso a la justicia y la eficiencia del sistema judicial. Entre las principales se destacan:

- I. Reforma del sistema de justicia penal: Se propuso una transformación hacia un sistema acusatorio y oral, que garantizara el debido proceso, la transparencia y la equidad entre las partes.
- II. Revisión del juicio de amparo: Se planteó una redefinición de la función del juicio de amparo, buscando su fortalecimiento como mecanismo de control de la constitucionalidad y protección de los derechos humanos.
- III. Unificación de la codificación procesal: Se sugirió la creación de códigos procesales uniformes a nivel nacional, con el fin de armonizar los procedimientos judiciales y facilitar el acceso a la justicia en todo el territorio.

- IV. Fortalecimiento de la independencia y autonomía del Poder Judicial: Se recomendó garantizar la autonomía presupuestaria y administrativa del Poder Judicial, así como la implementación de mecanismos de evaluación y rendición de cuentas.
- V. Desarrollo de MASC: Se reconoció la importancia de los MASC como herramientas eficaces para la resolución de conflictos, proponiendo su promoción y fortalecimiento institucional.

2. Relevancia de los MASC en la reforma judicial

Dentro del marco propuesto por el *Libro Blanco*, los MASC fueron considerados como elementos clave para mejorar el acceso a la justicia. Se destacó su capacidad para ofrecer soluciones rápidas, económicas y menos formales que los procedimientos judiciales tradicionales, lo que los hacía especialmente adecuados para casos de menor complejidad.

La implementación de MASC requería, según el documento, la creación de centros especializados, la formación de profesionales capacitados y la sensibilización de la sociedad sobre sus beneficios. Además, se subrayó la necesidad de establecer marcos normativos claros que regularan su funcionamiento y garantizaran la calidad y eficacia de los procesos.

3. Desafíos en la implementación

A pesar de las propuestas contenidas en el Libro Blanco, la implementación de las reformas planteadas enfrentó diversos obstáculos. Entre los principales desafíos se encuentran:

- I. Resistencia al cambio: La cultura institucional arraigada en los órganos judiciales dificultó la adopción de nuevas prácticas y enfoques.
- II. Limitaciones presupuestarias: La falta de recursos impidió la creación de infraestructura adecuada y la capacitación del

personal necesario para operar los nuevos sistemas propuestos.

III. Desigualdad en el acceso a los MASC: Aunque se promovieron como herramientas para ampliar el acceso a la justicia, su disponibilidad y efectividad variaron significativamente entre regiones y grupos sociales.

IV. Falta de seguimiento y evaluación: La ausencia de mecanismos efectivos para monitorear y evaluar la implementación de las reformas limitó la capacidad para ajustar y mejorar las estrategias adoptadas.

Como se puede observar, el Libro Blanco de la Reforma Judicial representó un esfuerzo significativo por parte de la SCJN para involucrar a la sociedad en un proceso de transformación del sistema de justicia mexicano. Si bien muchas de las propuestas contenidas en el documento han sido parcialmente implementadas, persisten retos importantes en su aplicación efectiva, especialmente en lo que respecta a los MASC.

Para avanzar en la consolidación de una justicia accesible y eficiente, es esencial retomar y fortalecer las recomendaciones del Libro Blanco, adaptándolas a las realidades actuales y asegurando su implementación efectiva a nivel nacional.

V. FUNDAMENTOS, VENTAJAS Y DESAFÍOS DE LOS MASC

Los MASC comprenden mecanismos como la conciliación y la mediación, que permiten resolver conflictos sin recurrir al proceso judicial tradicional. Estos se basan en principios como la autonomía de la voluntad, la flexibilidad y la confidencialidad.

En el ámbito internacional, se reconocen en instrumentos como los Principios Básicos sobre la Función de los Abogados (ONU, 1990) y la Carta Democrática Interamericana (OEA, 2001). En México, están regulados en diversas leyes locales y federales, así como en la Constitución federal (artículo 17), que promueve su uso para evitar el uso innecesario del aparato judicial.

1. Ventajas para el acceso a la justicia

Una de las contribuciones más significativas de los MASC es su capacidad para ampliar el acceso a la justicia más allá del modelo tradicional, adversarial y judicializado. En contraste con los procedimientos jurisdiccionales clásicos, que suelen estar marcados por la formalidad, la rigidez procesal y los tiempos prolongados, los MASC introducen una lógica distinta basada en la colaboración, la voluntariedad, la autonomía de las partes y la búsqueda de soluciones mutuamente satisfactorias.

Desde esta perspectiva, los MASC no solo representan un recurso complementario, sino que se configuran como una vía efectiva, inclusiva y transformadora para garantizar el derecho a la justicia, especialmente para sectores de la población que históricamente han sido marginados del sistema formal.

Entre las principales ventajas que ofrecen los MASC destacan las siguientes:

- I. Reducción de tiempos y costos: Al tratarse de procedimientos más ágiles, flexibles y menos burocráticos, los mecanismos como la mediación y la conciliación permiten resolver conflictos en plazos considerablemente menores, disminuyendo tanto los costos económicos como el desgaste emocional de las partes involucradas.
- II. Empoderamiento de las partes: A diferencia del modelo judicial tradicional, en el que las decisiones son impuestas por un tercero, los MASC promueven la autonomía de las personas para construir sus propias soluciones, fortaleciendo así su capacidad de agencia y corresponsabilidad.
- III. Promoción de soluciones restaurativas: En muchos casos, los MASC facilitan acuerdos que no solo resuelven el conflicto, sino que también reparan relaciones interpersonales o comunitarias dañadas, generando efectos positivos en el tejido social y fomentando la reconciliación.
- IV. Descongestión de tribunales: Al canalizar conflictos que no requieren necesariamente la intervención de un juez, los

MASC ayudan a aliviar la carga de trabajo del Poder Judicial, permitiendo que los tribunales se concentren en asuntos de mayor complejidad o relevancia pública.

En términos doctrinales, Cappelletti y Garth (1989) consideran a los MASC como una de las grandes “olas de acceso a la justicia”, precisamente porque rompen con la idea de que la única vía legítima para resolver disputas es a través de los tribunales. Esta tercera ola posterior a la asistencia jurídica gratuita y las acciones colectivas implica la reconceptualización del acceso a la justicia como un derecho que debe garantizar múltiples puertas de entrada, diversas formas de resolución y enfoques centrados en las personas.

Desde esta visión transformadora, los MASC no son únicamente un instrumento técnico o procedimental, sino una expresión concreta del derecho humano a una justicia accesible, digna, pronta y eficaz, tal como lo mandatan los estándares nacionales e internacionales. Este enfoque ha sido reconocido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la cual ha sostenido que el derecho de acceso a la justicia no puede entenderse de forma restrictiva ni limitarse al inicio de un procedimiento judicial, sino que debe garantizar la efectividad real del sistema para resolver conflictos y proteger derechos fundamentales.²

2. Limitaciones y riesgos

A pesar de las múltiples ventajas que ofrecen los MASC para ampliar el acceso a la justicia, su implementación y consolidación en el sistema jurídico mexicano no está exenta de retos importantes que es necesario visibilizar y atender de manera crítica.

Uno de los principales obstáculos es la falta de una cultura jurídica que valore el diálogo, la autocomposición y la resolución

² Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis Aislada 2a./J. 68/2010 (registro digital 2004630), publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXXI, julio de 2010, Segunda Sala. Rubro: “Acceso a la justicia. Su contenido como derecho humano”.

pacífica de los conflictos. Durante décadas, el modelo judicial adversarial ha dominado el imaginario jurídico y social, generando una fuerte dependencia del litigio como vía exclusiva de solución. Este fenómeno no solo permea entre los operadores jurídicos, sino también en la ciudadanía, que muchas veces desconoce o desconfía de los MASC por considerarlos “informales” o “menos eficaces”.

Además, existe un riesgo real de imposiciones o resultados injustos cuando no se garantiza la equidad entre las partes, especialmente en contextos de asimetría social, económica o de poder. Si no se establecen salvaguardas claras, como la presencia de facilitadores capacitados o mecanismos de revisión posterior, el proceso puede reproducir relaciones desiguales en lugar de resolverlas, afectando principalmente a personas en situación de vulnerabilidad.

A nivel normativo, la dispersión de legislaciones y criterios a lo largo del país ha generado una falta de uniformidad que debilita la institucionalización de los MASC. En muchas entidades federativas, los marcos legales son fragmentarios, contradictorios o insuficientes para garantizar estándares mínimos de calidad, imparcialidad y transparencia en los procesos alternativos. Esta situación impide su consolidación como política pública nacional coherente y evaluable.

Finalmente, se requiere una mayor profesionalización y control ético de las personas facilitadoras, ya que la falta de formación especializada, de actualización constante y de estándares comunes puede derivar en prácticas ineficaces, sesgadas o incluso abusivas. Sin estos elementos, los MASC corren el riesgo de degradarse como una simple formalidad procesal, desvirtuando su esencia como herramienta transformadora y accesible para la sociedad.

En este sentido, la reciente aprobación de la Ley General de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias representa un paso relevante para contrarrestar muchas de estas debilidades. La ley establece criterios nacionales para la certificación, formación y supervisión de facilitadores, promueve la creación de registros públicos y mecanismos de seguimiento, e impulsa la estandarización de los procedimientos bajo principios de calidad, imparcialidad,

confidencialidad y voluntariedad. Si bien su implementación plena sigue siendo un desafío, esta ley constituye una base normativa sólida que puede contribuir decisivamente a profesionalizar el sector, garantizar derechos y consolidar a los MASC como una opción real y legítima para millones de personas en México.

VI. LA LEY GENERAL DE MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS: UN MARCO NORMATIVO PARA LA SOLUCIÓN PACÍFICA DE CONFLICTOS

El 26 de enero de 2024, se publicó en el Diario Oficial de la Federación el Decreto por el que se expide la Ley General de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias (LGMASC), con el objetivo de establecer un marco normativo que regule y promueva el uso de mecanismos alternativos para la resolución de conflictos en México. Esta ley busca ofrecer a las personas opciones eficaces, accesibles y menos confrontativas que el litigio tradicional, contribuyendo así a la descongestión del sistema judicial y al fortalecimiento del acceso a la justicia.

1. Principales mecanismos alternativos contemplados

La LGMASC reconoce y regula diversos mecanismos alternativos de solución de controversias, entre los que se incluyen:

- I. Negociación: proceso en el cual las partes, por sí mismas o con la asistencia de terceros, buscan llegar a un acuerdo para resolver su disputa.
- II. Negociación colaborativa: método en el que las partes, con el apoyo de abogados y otros profesionales, trabajan conjuntamente para encontrar soluciones mutuamente satisfactorias.
- III. Mediación: procedimiento en el que un facilitador imparcial ayuda a las partes a identificar sus intereses y a explorar posibles soluciones, sin imponer decisiones.

- IV. Conciliación: proceso en el que un conciliador propone soluciones a las partes, orientándolas hacia un acuerdo.
- V. Arbitraje: método en el que las partes, mediante un acuerdo voluntario, deciden someter sus diferencias a un tercero imparcial llamado árbitro, quien emite un laudo conforme a las normas aplicables, como el Código de Comercio, el Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares, y los tratados internacionales vigentes.

2. Autoridades y actores involucrados

La implementación de los mecanismos alternativos de solución de controversias está a cargo de diversas autoridades y actores, entre los que se destacan:

- I. Facilitadores: personas capacitadas y certificadas por el Poder Judicial de la Federación o por los tribunales de justicia administrativa, encargadas de conducir los procesos de mediación y conciliación.
- II. Abogados colaborativos: profesionales del derecho que asisten a las partes en los procesos de negociación colaborativa.
- III. Centros de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias: instituciones públicas o privadas que ofrecen servicios de mediación, conciliación y otros mecanismos alternativos.
- IV. Consejo Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias: órgano colegiado, honorífico y rector en materia de políticas públicas respecto de los mecanismos alternativos, encargado de supervisar y coordinar su implementación a nivel nacional.

3. Innovaciones y desafíos

La LGMASC introduce varias innovaciones significativas, entre las que se incluyen:

- I. Uso de tecnologías de la información y comunicación: se permite la realización de procesos de solución de controversias en línea, facilitando el acceso a personas en localidades remotas o con limitaciones de movilidad.
- II. Procesos de justicia terapéutica: se incorporan enfoques que buscan la reparación del daño y la restauración de relaciones, especialmente en casos de conflictos familiares o comunitarios.
- III. Registro y seguimiento: se establece la creación de registros nacionales de personas facilitadoras y de convenios alcanzados, promoviendo la transparencia y la trazabilidad de los procesos.
No obstante, la implementación de la LGMASC enfrenta diversos desafíos, tales como:
- IV. Coordinación entre niveles de gobierno: es necesario armonizar las legislaciones locales con la ley federal para garantizar su eficacia y cobertura nacional.
- V. Capacitación y certificación de facilitadores: se requiere una formación adecuada y continua de los profesionales encargados de conducir los procesos, asegurando la calidad y ética en su desempeño.
- VI. Cambio cultural: es fundamental fomentar una cultura de resolución pacífica de conflictos, superando la preferencia por el litigio y promoviendo la confianza en los mecanismos alternativos.

La promulgación de la LGMASC representa un avance significativo en la construcción de un sistema de justicia más accesible, eficiente y orientado a la resolución pacífica de conflictos. Su éxito dependerá de una implementación efectiva, que incluya la capacitación de los actores involucrados, la coordinación entre las autoridades competentes y la promoción de una cultura de paz y diálogo en la sociedad mexicana.

VII. ESTRATEGIAS DE APROXIMACIÓN DE LA JUSTICIA: LA EXPERIENCIA DEL PODER JUDICIAL DE TAMAULIPAS

El acceso a la justicia no solo implica el derecho formal a acudir ante los tribunales, sino también la posibilidad real, efectiva y digna de resolver conflictos sin barreras físicas, económicas o tecnológicas. En México, el Poder Judicial del Estado de Tamaulipas ha desarrollado iniciativas destacadas de justicia cercana, implementando mediación a distancia y unidades móviles de mediación, con resultados exitosos en la ampliación del acceso a la justicia local.

1. Mediación a distancia

Desde el año 2012, el Centro de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias (CEMASC) del Poder Judicial del Estado de Tamaulipas incorporó formalmente el uso de plataformas digitales para ofrecer mediaciones a distancia, permitiendo que las partes resolvieran sus conflictos sin tener que trasladarse físicamente a un centro de justicia. Esta iniciativa fue pionera a nivel nacional y permitió acercar la justicia a comunidades rurales, zonas marginadas o regiones de difícil acceso.

Posteriormente, esta modalidad cobró especial relevancia durante la emergencia sanitaria por SARS-CoV-2, periodo en el cual se consolidó como un modelo estructural de atención remota, adoptado incluso en procedimientos no urgentes. Según lo documentado en la Revista Código Justicia del Poder Judicial del Estado de Chiapas, este modelo implementado en Tamaulipas demostró ser viable, eficiente y altamente replicable en otros contextos, ya que no solo garantizó la continuidad del servicio, sino que fortaleció el ejercicio del derecho a la justicia de forma innovadora y digna.³

³ Poder Judicial del Estado de Chiapas, “Mediación a distancia en Tamaulipas”, en Código Justicia, *Revista del Poder Judicial del Estado de Chiapas*, cuarta edición, diciembre de 2018, pp. 14–17. <https://issuu.com/poderjudicialchiapas/docs/cj004pag/14>

2. Unidades móviles de mediación

Las unidades móviles del CEMASC están equipadas para llegar a comunidades con limitada presencia institucional y baja infraestructura judicial. Operan en coordinación con las Unidades Regionales de municipios clave como Altamira, Reynosa y Ciudad Victoria, y han sido herramientas fundamentales para promover la cultura de paz, acercar los servicios de mediación y conciliación, y facilitar el acceso efectivo a la justicia.

Estas estrategias rompen con el modelo estático y urbano de justicia, trasladando los servicios directamente a las personas en sus entornos sociales, comunitarios y geográficos. Según lo documentado en la revista *El Acuerdo* de la Asociación IMCA de Argentina, la mediación móvil en Tamaulipas ha sido una práctica innovadora, adaptable y eficaz, que ha demostrado cómo el Poder Judicial puede ejercer un rol activo en la transformación social y en el diseño de justicia territorializada.⁴

Estas iniciativas no solo han sido bien recibidas por la ciudadanía, sino que además han sido destacadas a nivel nacional e internacional como ejemplo de buenas prácticas replicables. La experiencia del Poder Judicial del Estado de Tamaulipas demuestra que es posible transformar el sistema de justicia desde lo local, utilizando recursos cercanos, móviles, tecnológicos y sensibles a las necesidades reales de la población.

En este sentido, la mediación móvil y digital no son meramente soluciones técnicas, sino estrategias profundamente sociales y democratizadoras, que deben fortalecerse e integrarse dentro de las políticas públicas de acceso a la justicia a nivel nacional. La experiencia tamaulipeca muestra que, con voluntad política, innovación institucional y enfoque territorial, es posible diseñar soluciones accesibles, replicables y sostenibles en otras entidades federativas del país.

⁴ “La Mediación en el Poder Judicial del Estado de Tamaulipas: Facilitando el Acceso a la Justicia a través de Unidades Móviles de Mediación”, *El Acuerdo*, 2013, no. 91, año 18, pp. 14–16, IMCA Asociación Civil, Buenos Aires. <https://tinyurl.com/6vrd85sv>

VIII. CONSIDERACIONES FINALES

En atención a los diagnósticos expuestos, la persistente crisis judicial, la deficiente accesibilidad efectiva a la justicia y la burocratización de los procesos, este artículo concluye proponiendo una serie de líneas de acción concretas:

- I. Establecer la obligatoriedad de evaluar sistemáticamente los MASC como opción preferente, ante la saturación de tribunales.
- II. Incorporar indicadores de eficacia, equidad y sobre todo de satisfacción que permitan medir el impacto y los costos de los MASC.
- III. Creación de diplomados o maestrías interinstitucionales, coordinados entre los poderes Judicial, Ejecutivo y académico, dirigidos a jueces, personal jurídico y conciliadores.
- IV. Establecer protocolos estandarizados para el uso de los MASC.
- V. Implantar plataformas digitales de gestión integral, para el uso de los MASC, reduciendo tiempos y costos.
- VI. Promover alianzas entre universidades, ONG y dependencias públicas, con el fin de integrar MASC en las zonas rurales y urbanas de baja cobertura judicial.
- VII. Campañas de divulgación informativa para sensibilizar a la población sobre la utilidad, alcance y legitimidad de los MASC.
- VIII. Talleres y recursos educativos (videos, folletos, guías), con el objetivo de empoderar a las personas para que conozcan, usen y difundan los MASC como medios eficientes y efectivos de acceso a la justicia.

IX. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Doctrina

- CAPPELLETTI, Mauro y GARTH, Bryant, *Acceso a la justicia*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, UNAM, 1989.
- CARBONELL, Miguel (Coord.), *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, México, 2014.
- CENTRO DE INVESTIGACIÓN Y DOCENCIA ECONÓMICAS (CIDE), *Libro blanco de la reforma judicial: consulta nacional sobre la reforma judicial*, Suprema Corte de Justicia de la Nación/CIDE, México, 2006.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *El poder judicial y la protección de los derechos fundamentales*, Porrúa/Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2006.
- GARAPON, Antoine, *Juez y democracia: el guardián de las promesas*, trad. Mariana Dimópulos, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2006.
- PÁSARA, Luis, *Jueces en la trampa: administración de justicia y corrupción en América Latina*, Fondo Editorial del Congreso del Perú, Lima, 2004.

Hemerografía

- HERRERA, Marisol, “Mecanismos alternativos de solución de conflictos y su vinculación con el acceso a la justicia”, *Revista del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, 2022, no. 2, vol. 49, pp. 213–235.
- IMCA Asociación Civil, “La Mediación en el Poder Judicial del Estado de Tamaulipas: Facilitando el Acceso a la Justicia a través de Unidades Móviles de Mediación”, *El Acuerdo*, 2013, no. 91, año 18, pp. 14–16.
- OCDE, World Justice Project Report 2023, OCDE, París, 2023.
- Poder Judicial del Estado de Chiapas, “Mediación a distancia en Tamaulipas”, en *Código Justicia*, cuarta edición, diciembre de 2018, pp. 14–17.

Referencias normativas

CONSEJO DE EUROPA, Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, Roma, 4 de noviembre de 1950.

MÉXICO, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Diario Oficial de la Federación, 5 de febrero de 1917 (última reforma publicada el 6 de junio de 2025).

MÉXICO, Ley General de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias, Diario Oficial de la Federación, 26 de enero de 2024.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (ONU), Principios Básicos sobre la Función de los Abogados, La Habana, 27 de agosto – 7 de septiembre de 1990.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (OEA), Carta Democrática Interamericana, Lima, 11 de septiembre de 2001.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (OEA), Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), San José, Costa Rica, 22 de noviembre de 1969.

Jurisprudencia mexicana

Tesis Aislada 2a./J. 68/2010, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, julio de 2010. Registro 2004630.

Esta obra se editó
el 7 de noviembre de 2025

EDITORIAL PRIMERA INSTANCIA

Mail: primerainstancia@Outlook.com
www.primerainstancia.com.mx
Ciudad de México, México



**Editorial
Primera Instancia**

Transformación jurídica y dignidad, paradigmas para la humanización del derecho, no es solo una obra colectiva: es una intervención continental. Desde los márgenes del derecho latinoamericano, en quince capítulos interpelan sus dogmas, desmontan sus ficciones y proponen nuevas arquitecturas jurídicas sensibles, garantistas y humanizantes. Este volumen articula crítica, propuesta y praxis en torno a la justicia digital, el control de convencionalidad, la hermenéutica plural, la discriminación algorítmica y la reconstrucción democrática. Con el respaldo del Colegio de Doctores en Ciencias Jurídicas de Iberoamérica, esta obra surge como un llamado urgente a repensar el derecho desde la dignidad humana y la justicia social. No se limita a teorizar el cambio: lo impulsa. No busca consensos, sino transformación. Es una obra para pensar el derecho, pero sobre todo, para actuarlo.



Editorial Primera Instancia

ISBN: 978-607-29-7552-1



9 786072 975521