

REVISTA
**IBEROAMERICANA
DE DERECHO
PROCESAL**
RIDP

AÑO 2 • VOL. 1 • ENERO-JUNIO 2023

DIRECTORES:

JOAN PICÓ I JUNOY

LUIZ GUILHERME MARINONI

IIDP

Instituto Iberoamericano
de Derecho Procesal

IB
BOSCH EDITOR

1. **Los poderes del juez civil en materia probatoria.** Abel LLuch, Xavier y Picó i Junoy, Joan (Directores), 2003
2. **La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva. Hacia una teoría procesal del Derecho.** Guimaraes Ribeiro, Darci, 2004
3. **Problemas actuales de la prueba civil.** Abel LLuch, Xavier y Picó i Junoy, Joan (Directores), 2004
4. **La tutela judicial del crédito. Estudio práctico de los procesos monitorio y cambiario.** Picó i Junoy, Joan y Adan Domènech, Federic, 2005
5. **Aspectos prácticos de la prueba civil.** Abel LLuch, Xavier y Picó i Junoy, Joan (Directores), 2006
6. **La prejudicialidad en el proceso civil.** Reynal Querol, Nuria, 2006
7. **Objeto y Carga de la Prueba Civil.** Abel LLuch, Xavier y Picó i Junoy, Joan (Directores), 2007
8. **Introducción a la probática.** Muñoz Sabaté, Lluís, 2007
9. **La cooperación judicial civil y penal en el ámbito de la Unión Europea: instrumentos procesales.** Incluye CD. Jimeno Bulnes, Mar (Coord.), 2007
10. **El juez y la prueba. Estudio de la errónea recepción del brocardo *iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam* y su repercusión actual.** Picó i Junoy, Joan, 2007
11. **El interrogatorio de partes (Estudios prácticos sobre los medios de prueba - 1).** Abel LLuch, Xavier y Picó i Junoy, Joan (Directores), 2007
12. **Análisis práctico del juicio de desahucio por falta de pago.** Achón Bruñen, M^a José, 2007
13. **Aspectos problemáticos en la valoración de la prueba civil.** Abel LLuch, Xavier y Picó i Junoy, Joan (Directores), 2008
14. **El interrogatorio de testigos (Estudios prácticos sobre los medios de prueba - 2).** Abel LLuch, Xavier y Picó i Junoy, Joan (Directores), 2008
15. **Las costas procesales y las denominadas juras de cuentas. Soluciones a problemas que la LEC silencia.** Achón Bruñen, M^a José, 2008
16. **La ejecución judicial civil y sus alternativas en España y México.** Hernández Bezanilla, Emma del Rosario, 2008
17. **Tratamiento procesal del allanamiento en el Proceso Civil.** Carbonell Tabeni, Joaquín, 2008
18. **El interrogatorio de las partes en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil.** Abel LLuch, Xavier (Dir.), 2008
19. **La ejecución civil privada. Realización por persona o entidad especializada. Estudio del artículo 641 de la LEC.** Cerrato Guri, Elisabet, 2008
20. **La ejecución hipotecaria.** Adan Domènech, Federic, 2008
21. **La prueba pericial (Estudios prácticos sobre los medios de prueba - 3).** Abel LLuch, Xavier y Picó i Junoy, Joan (Directores), 2009
22. **La prueba documental (Estudios prácticos sobre los medios de prueba - 4).** Abel LLuch, Xavier y Picó i Junoy, Joan (Directores), 2010
23. **La audiencia previa.** Abel LLuch, Xavier y Picó i Junoy, Joan (Directores), 2010
24. **Las garantías constitucionales del proceso (2^a edición).** Picó i Junoy, Joan, 2011
25. **Los delitos semipúblicos y privados. Aspectos sustantivos y procesales.** Libano Beristain, Arantza, 2011
26. **La prueba electrónica (Estudios prácticos sobre los medios de prueba - 5).** Abel LLuch, Xavier y Picó i Junoy, Joan (Directores), 2011
27. **El aprendizaje del Derecho Procesal. Nuevos retos de la enseñanza universitaria.** Joan Picó (Dir.), 2011
28. **La aplicación de la Teoría del Caso y la Teoría del Delito en el Proceso Penal Acusatorio.** Benavente Chorres, Hesbert, 2011
29. **El aseguramiento de la prueba en el proceso civil y penal.** Gil Vallejo, Beatriz, 2011
30. **La prueba de reconocimiento judicial (Estudios prácticos sobre los medios de prueba - 6).** Abel LLuch, Xavier y Picó i Junoy, Joan (Directores), 2012

31. **La investigación judicial y el control de convencionalidad en el proceso penal: Concepto y modalidades.** Benavente Chorres, Hesbert, 2012
32. **Derecho probatorio.** Abel Lluch, Xavier, 2012
33. **Técnica procesal. 25 años de estudios forenses.** Muñoz Sabaté, Lluís, 2012
34. **El principio de la buena fe procesal (2ª edición).** Picó i Junoy, Joan, 2012
35. **La ejecución del laudo y su anulación. Estudio del artículo 45 LA.** Ripol, Ignacio, 2013
36. **La desnaturalización del proceso.** Sánchez Álvarez, Eduardo, 2013
37. **La liquidación de cargas en el proceso de ejecución civil.** Sabater Sabaté, Josep Maria, 2013
38. **La adhesión al recurso de apelación civil.** Rodríguez Camacho, Nuria, 2013
39. **Principios y garantías procesales. Liber amicorum en homenaje a la profesora Mª Victoria Berzosa Francos.** Picó i Junoy, Joan (Dir.), 2013
40. **El secreto profesional del abogado en el proceso civil.** Andino López, Juan Antonio, 2014
41. **Inspecciones, registros e intervenciones corporales en el proceso penal.** Duart Albiol, Juan José, 2014
42. **Las intervenciones telefónicas en el proceso penal.** Casanova Martí, Roser, 2014
43. **El principio de audiencia.** Alfaro Valverde, Luis Genaro, 2014
44. **Las diligencias policiales y su valor probatorio.** González i Jiménez, Albert, 2014
45. **La suspensión de los juicios orales.** Pesqueira Zamora, Mª Jesús, 2015
46. **El desistimiento en la Ley de Enjuiciamiento Civil.** Rueda Fonseca, María del Socorro, 2015
47. **La construcción de los interrogatorios desde la teoría del caso.** Benavente Chorres, Hesbert, 2015
48. **Nuevos horizontes del Derecho Procesal. Libro-Homenaje al Prof. Ernesto Pedraz Penalva.** Jimeno Bulnes, Mar y Pérez Gil, Julio (Coords.), 2016
49. **La cuestión prejudicial europea. Planteamiento y competencia del Tribunal de Justicia.** Soca Torres, Isaac, 2016
50. **La acción rescisoria concursal.** Huelmo Regueiro, Josefina, 2016
51. **Aproximación legislativa versus reconocimiento mutuo en el desarrollo del espacio judicial europeo: una perspectiva multidisciplinar.** Jimeno Bulnes, Mar (Dir.), 2016
52. **Las excepciones materiales en el proceso civil.** De Miranda Vázquez, Carlos, 2016
53. **La venta judicial de inmuebles.** Sabater Sabaté, Josep Maria, 2017
54. **La prueba en el proceso penal. A la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, Tribunal Constitucional y Tribunal Europeo de Derechos Humanos.** De Aguilar Gualda, Salud, 2017
55. **Lingüística procesal: estrategias discursivas en los juicios españoles.** Torres Álvarez, José, 2017
56. **La LEC práctica en fichas.** Adan Domènech, Federic, 2017
57. **Peritaje y prueba pericial.** Picó i Junoy, Joan (Dir.), 2017
58. **La LEC práctica en fichas.** Segunda Edición. Adan Domènech, Federic, 2018
59. **La personación procesal ante el juzgado de instrucción y de menores.** Valdivielso García, Yolanda, 2018
60. **La preparación del proceso civil: las diligencias preliminares.** Castrillo Santamaria, Rebeca, 2018
61. **Problemática actual de los procesos de familia. Especial atención a la prueba.** Picó i Junoy, Joan y Abel Lluch, Xavier (Dir.), 2018
62. **La subasta concursal.** Huerta García, Rafael, 2019
63. **Tribunal Constitucional y fines de la prisión provisional. Evolución de la prisión provisional en España.** Alonso Fernández, José Antonio, 2019
64. **La aplicación práctica de la segunda oportunidad: problemas y respuestas.** Puigcerver Asor, Carlos y Adan Domenech, Federico, 2019

65. **Internamientos psiquiátricos y por razones de salud pública. Aspectos civiles, administrativos y penales.** Pérez Losa, Lluís, 2019
66. **La Prueba Digital en el proceso judicial. Ámbito civil y penal.** De Aguilar Gualda, Salud, 2019
67. **La prueba en acción. Estrategias procesales en materia probatoria.** Picó i Junoy, Joan (Dir.), 2019
68. **Piero Calamandrei: Vida y obra. Contribución para el estudio del proceso civil.** Cruz e Tucci, José Rogério, 2019
69. **El fin de las cláusulas abusivas hipotecarias en la Ley de Crédito Inmobiliario y en la jurisprudencia del TS y TJUE.** Adan Domenech, Federico, 2020
70. **La prueba pericial a examen. Propuestas de lege ferenda.** Picó i Junoy, Joan (Dir.), 2020
71. **Proceso y Principios. Una aproximación a los Principios Procesales.** Ríos Muñoz, Luis Patricio, 2020
72. **Del sumario como fase a la instrucción como proceso penal. Reflexiones de lege lata y propuestas de lege ferenda.** Libano Beristain, Arantza, 2020
73. **La segunda oportunidad de personas naturales en el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal.** Puigcerver Asor, Carlos y Adan Domenech, Federico, 2021
74. **La pragmática de la imputación penal.** Benavente Chorres, Hesbert, 2021
75. **El testimonio como prueba. Una reconstrucción teórica y unitaria de la prueba testimonial.** González Coulon, María de los Ángeles, 2021
76. **Reflexión contemporánea sobre la cosa juzgada. Comparación entre modelos de Civil Law y Common Law.** Ezurmendia Álvarez, Jesús, 2021
77. **La prueba a debate. Diálogos hispano-cubanos.** Picó i Junoy, Joan; Mendoza Díaz, Juan; Mantecón Ramos, Ariel (Dir.), 2021
78. **La nueva configuración del secreto profesional del abogado.** Andino López, Juan Antonio, 2021
79. **La enseñanza del derecho en tiempos de crisis: nuevos retos docentes del Derecho procesal.** Picó i Junoy, Joan; Pérez Daudí, Vicente; Navarro Villanueva, Carmen y Cerrato Guri, Elisabet (Dir.), 2021
80. **La conducta procesal de las partes.** González Carvajal, Jorge I., 2021
81. **La evolución del derecho procesal a la luz de Justicia (40 años de historia).** Picó i Junoy, Joan, 2021
82. **Principios de Justicia Civil.** Ezurmendia Álvarez, Jesús (Dir.), 2022
83. **Derecho Judicial. El derecho de creación judicial a la luz del siglo XXI.** de Porres Ortiz, Eduardo; C. Sosa, Jordan (Dir.), 2022
84. **La procura a juicio.** Fernández Galarreta, Fco. Javier, 2022
85. **Tratamiento judicial de los hombres violentos de género: análisis lege data y propuestas de mejora lege ferenda.** Ordeñana Gezuraga, Ixusko, 2022
86. **Nuevas perspectivas sobre los medios de prueba.** González Coulon, María de los Angeles, 2022
87. **Estrategias procesales en materia probatoria. La prueba en acción (II).** Munné Catarina, Frederic y de Miranda Vázquez, Carlos (Dir.), 2022
88. **La justicia de paz: nuevos tiempos, ¿nuevas (infra)estructuras? Disquisiciones ante la creación de las Oficinas de Justicia en los municipios en lugar de los Juzgados de Paz.** Ordeñana Gezuraga, Ixusko, 2023
89. **La segunda oportunidad de las personas naturales. En el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal, tras la reforma de la Ley 16/2022.** Puigcerver Asor, Carlos, Adán Domenech, Federico, Azpeitia Alonso, Idoia, Sierra Sánchez, Zayda, 2023
90. **Aspectos críticos del Derecho procesal. Diálogos hispano-italianos en homenaje al Profesor Angelo Dondi.** Picó i Junoy, Joan (Dir.), 2023



Colección Procesal J.M. Bosch Editor

COLECCIÓN DIRIGIDA POR **JOAN PICÓ I JUNYO**, CATEDRÁTICO DE DERECHO PROCESAL

JMB
BOSCH EDITOR

JUSTICIA
REVISTA DE DERECHO PROCESAL

Desde 1981 publicando
**JUSTICIA, Revista de
Derecho procesal,**
de manera ininterrumpida.

2 NÚMEROS al año

Director honorífico
Francisco Ramos Méndez

Directores
Manuel Cachón Cadenas
Joan Picó i Junoy
Vicente Pérez Daudí

FINANCIADO EN 1981 POR:
José Antonio Sainza
Vicente Cachón Cadenas
Francisco Ramos Méndez
Joan Martínez Alcega
Francisco Ramos Méndez
Bosch Editor Designers

Director honorífico:
Francisco Ramos Méndez

Directores:
Manuel Cachón Cadenas
Joan Picó i Junoy
Vicente Pérez Daudí

NÚMERO 2
2020 JUSTICIA
REVISTA DE DERECHO PROCESAL

JMB
BOSCH EDITOR

Para más información y pedidos: editorial@jmboscheditor.com

REVISTA
**IBEROAMERICANA
DE DERECHO
PROCESAL**
RIDP

Año 2 • Vol. 1 • Enero-Junio 2023



REVISTA
IBEROAMERICANA
DE DERECHO
PROCESAL
RIDP

Año 2 • Vol. 1 • Enero-Junio 2023

Directores

JOAN PICÓ I JUNOY | LUIZ GUILHERME MARINONI

INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO PROCESAL

PRESIDENTE

Santiago Pereira Campos

SECRETARIO GENERAL

Giovanni Priori

TESORERA

Ángela María Buitrago

VICEPRESIDENTES

I) Región España y Portugal

Titular: Joan Picó i Junoy (España)

Suplente: Paula Costa e Silva (Portugal)

II) Región Bolivia, Chile, Ecuador y Perú

Titular: Macarena Vargas (Chile)

Suplente: Karla Vilela (Perú)

III) Región Brasil

Titular: Cassio Scarpinella (Brasil)

Suplente: Alexandre Câmara (Brasil)

IV) Argentina, Paraguay y Uruguay

Titular: Patricia Bermejo (Argentina)

Suplente: Virginia Barreiro (Uruguay)

V) Región Colombia y Venezuela

Titular: Ulises Canosa (Colombia)

Suplente: Rodrigo Rivera (Venezuela)

VI) Región México, América Central y el Caribe

Titular: Eduardo Ferrer Mac-Gregor (México)

Suplente: Juan Mendoza (Cuba)

REVISTA
IBEROAMERICANA
DE DERECHO
PROCESAL
RIDP

Año 2 • Vol. 1 • Enero-Junio 2023

Directores

JOAN PICÓ I JUNOY | LUIZ GUILHERME MARINONI

Ex Directores de la Revista: Juan Monroy Galvez, Roberto Omar Berizonce

Consejo Consultivo - Presidentes Honorários: Augusto Mario Morello (t), José Carlos Barbosa Moreira (t), Roberto Omar Berizonce, Jairo Parra Quijano, Raúl Tavorari Oliveros, Ángel Landoni Sosa, Eduardo Oteiza, Lorenzo Bujosa Vadell.

Consejo Científico: Ada Pellegrini Grinover (t) (Brasil), Adolfo Alvarado Velloso (Argentina), Aristides Rengel-Romberg (Venezuela) (t), Cândido Rangel Dinamarco (Brasil), Carlos M. Ferreira da Silva (Portugal), Carlos Parodi Remón (Peru), Carlos Pecchi Croce (t) (Chile), Cipriano Gómez Lara (t) (México), Daniel González Álvarez (Costa Rica), Enrique Manuel Falcón (Argentina), Francisco Ramos Méndez (España), Germán R. Peters Arzabe (Bolivia), Gonzalo Armienta Calderón (t) (México), Hernán Fabio López Blanco (Colombia), Hugo Allen (Paraguay), Jaime Greif (Uruguay), Jorge Fábrega P. (Panamá) (t), José Almagro Nosete (t) (España), José Luis Vázquez Sotelo (España), José M. de Arruda Alvim Neto (Brasil), José Ovalle Favela (México), Juan Monroy Galvez (Peru), Juan Montero Aroca (España), Julio B. Maier (t) (Argentina), Mario Aguirre Godoy (Guatemala) (t), Mariolga Quintero Tirado (t) (Venezuela), Mauro R. Chacón Corrado (Guatemala) (t), Miguel Teixeira Ferreira de Sousa (Portugal), Nelson Ramírez Jiménez (Peru), Paula Costa e Silva (Portugal), Olman Arguedas Salazar (Costa Rica), Rodolfo Duarte Pedro (Paraguay), Víctor Fairén Guillén (t) (España).

Secretários: Álvaro Perez Ragone (Chile), Christian Delgado (Peru), Daniel Mitidiero (Brasil), Francisco Verbic (Argentina), Gabriel Valentin (Uruguay), Giovanni Priori Posada (Peru), Henry Sanabria Santos (Colombia), Hugo Contreras Lamadrid (México), José Martín Pastor (España), Sérgio Cruz Arenhart.

REVISTA
IBEROAMERICANA
DE DERECHO
PROCESAL
RIDP

Año 2 • Vol. 1 • Enero-Junio 2023

Directores

JOAN PICÓ I JUNOY | LUIZ GUILHERME MARINONI

© AGOSTO 2023



Librería Bosch, S.L. <http://www.jmboscheditor.com> <http://www.libreriabosch.com> E-mail: editorial@jmboscheditor.com

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Dirijase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

ISSN: 2358-7156
D.L: B 11165-2021

Maquetación: CRISTINA PAYÁ  +34 672 661 611

Printed in Spain – Impreso en España

REVISTA
IBEROAMERICANA
DE DERECHO
PROCESAL
RIDP

Año 2 • Vol. 1 • Enero-Junio 2023

Directores

JOAN PICÓ I JUNOY | LUIZ GUILHERME MARINONI

La Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, ahora publicada en España con nueva numeración, es una continuación de la Revista que se publicó anteriormente en Brasil por Thomson Reuters.

PRESENTACIÓN

Tras haber superado la crisis sanitaria provocada por el COVID, que tan duramente ha golpeado a nuestras sociedades durante estos dos años, la Revista vuelve a su actividad normal, llena de interesantes estudios de procesalistas de toda Iberoamérica.

En este primer volumen de 2023 se recogen, básicamente, las mejores comunicaciones libres que fueron evaluadas y admitidas por el comité científico de las «XXVII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal» del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal celebradas, de la mano del Instituto Brasileño de Derecho Procesal, en la ciudad de Porto Alegre los días 17, 18 y 19 de mayo de 2023.

Agradecemos a todos los autores de los estudios su colaboración con la Revista, y a todos sus lectores la paciencia que han tenido a la espera de su nuevo ejemplar. Ahora solo tenemos que disfrutar leyendo las interesantes aportaciones de las procesalistas iberoamericanas que se recogen en el volumen de esta Revista.

Barcelona-Curitiba, 30 de junio de 2023

JOAN PICÓ I JUNOY
LUIZ GUILHERME MARINONI
Directores

SUMARIO

PRESENTACIÓN	13
---------------------------	----

DOCTRINA

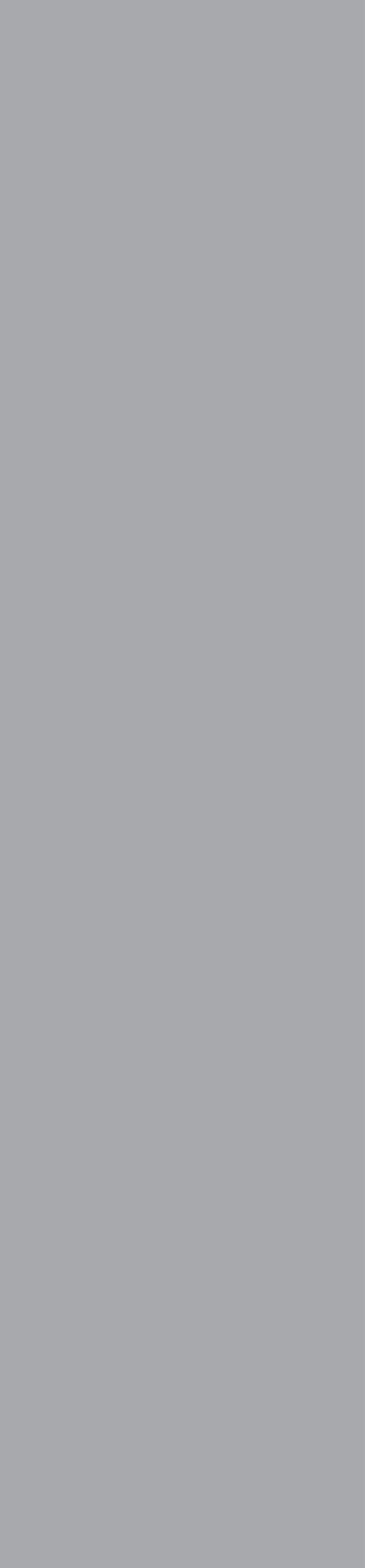
Disposiciones de la prueba en un modelo adversativo. Comentarios al Código Procesal Civil y Mercantil de El Salvador. <i>Evidence law in an adversative model. Comments on the civil and commercial procedure code of El Salvador.</i>	
ROMMEL ISMAEL SANDOVAL ROSALES	21
A jurisdição e a função estatal de determinação política. <i>Jurisdiction and the determination of policies function.</i>	
WILLIAM SOARES PUGLIESE	85
El registro de equipos informáticos en el transcurso de una diligencia de entrada y registro en despacho de abogados. La afectación al secreto profesional. <i>The search of computer equipment during an entry and search of a lawyer's office. Violation of professional secrecy.</i>	
SUSANA ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER	129
Reflexos da Lei nº 14.344/2022 nos Juizados Especiais Criminais. <i>Law 14.355/2022 reflexes on the Special Criminal Courts.</i>	
SUZANE MARIA CARVALHO DO PRADO, MARCELO FERREIRA JUNIOR	169
Artigo 28 da Lei 11.343/2006 – Natureza Jurídica e Procedimento Penal. <i>Brazilian Law 11.343/2006, Article 28 – Legal Nature and Criminal Procedure.</i>	
SUZANE MARIA CARVALHO DO PRADO, CLARA DO PRADO PATRICIO.....	193

La inteligencia artificial y su vinculación con los derechos fundamentales. <i>Artificial intelligence and its link with fundamental rights.</i>	
HUGO CARLOS CARRASCO SOULÉ LÓPEZ, BADEN GARCÍA MENDOZA	223
El futuro de la jurisdicción. Por un equilibrio entre la inteligencia artificial y la motivación de sentencias. <i>The future of adjudication: balance between artificial intelligence and judicial justification.</i>	
CHRISTIAN A. DELGADO SUÁREZ	243
La respuesta penal contra la publicación de actuaciones sumariales reservadas: nueva reflexión sobre un problema crónico de la justicia penal. <i>Criminal response against the public spreading of reserved summary proceedings: a new reflection on a chronic problem of criminal justice.</i>	
JESÚS MARÍA GONZÁLEZ GARCÍA.....	269
Tratamiento procesal de la prueba documental: admisión y fiabilidad. <i>Procedural treatment of documentary evidence: admission and reliability.</i>	
RAQUEL LIMAY CHAVEZ	299
Relación entre teoría general del proceso y amparo interamericano. <i>Relationship between general theory of procedure and inter-american amparo.</i>	
ALFONSO JAIME MARTÍNEZ LAZCANO	333
El lenguaje de la justicia. Portugal y el reconocimiento jurídico del principio de utilización de una lengua sencilla y clara en los actos procesales. <i>The language of justice. Portugal's legal recognition of clear and simple language in procedural acts as a principle.</i>	
MARIA ELIZABETH MOREIRA FERNÁNDEZ	361
Ações coletivas transnacionais: perspectivas e propostas sobre o reconhecimento e a execução da sentença estrangeira na Amé-	

rica e na Europa. <i>Transnational class actions: perspectives and proposals on the recognition and enforcement of foreign judgment in America and Europe.</i>	
LARISSA CLARE POCHMANN DA SILVA	395
Las consecuencias del control de oficio del presupuesto procesal de capacidad y representación de las partes por los tribunales de alzada. <i>The consequences of ex officio review of the procedural requirement of capacity and representation of the parties by the courts of appeal.</i>	
CLAUDIA ELIZABETH ZALAZAR	417
NORMAS EDITORIALES	433

The background features a series of overlapping, curved, light gray lines that create a sense of depth and movement. A subtle grid pattern is visible in the lower right quadrant, where the lines intersect to form a fine mesh. The overall color palette is monochromatic, consisting of various shades of gray and white.

Doctrina



DISPOSICIONES DE LA PRUEBA EN UN MODELO ADVERSATIVO. COMENTARIOS AL CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL DE EL SALVADOR

*EVIDENCE LAW IN AN ADVERSATIVE MODEL. COMMENTS ON THE
CIVIL AND COMMERCIAL PROCEDURE CODE OF EL SALVADOR*

ROMMEL ISMAEL SANDOVAL ROSALES

Abogado y notario, Doctor en Derecho. Participante en la redacción de los proyectos de Código Procesal Civil y Mercantil y del nuevo Código Procesal Penal (2007). Socio presidente de I&D Consulting así como de la firma legal SBA. Consultor e implementador de Programas de Cooperación Internacional para la reforma judicial, fortalecimiento del Estado de Derecho, integridad y transparencia

Fecha de recepción: 17 de julio de 2022

Fecha de aceptación: 25 de noviembre de 2022

RESUMEN: La reforma del Código Procesal Civil y Mercantil en El Salvador modificó las reglas probatorias tradicionales heredadas del derecho continental inquisitivo europeo. Implicó introducir reglas adversativas para lograr la efectividad del derecho de confrontación. La reforma de la prueba debe ser un proceso dinámico ante las nuevas tecnologías.

PALABRAS-CLAVE: Modelo procesal adversativo, reglas de prueba de El Salvador, interrogatorio directo, contrainterrogatorio, objeciones, Código Procesal Civil y Mercantil.

ABSTRACT: The reform of the Civil and Commercial Procedure Code in El Salvador modified the traditional evidentiary rules inherited from the continental European inquisitorial law. It involved introducing adversarial rules to achieve the effectiveness of the right of confrontation. The reform of the evidence must be a dynamic process in the introduction of new rules by new technologies.

KEYWORDS: Adversative procedural model, Salvadorean rules of evidence, direct examination, cross, examination, objections, Civil and Commercial Procedure Code.

SUMARIO: Introducción. 1. Algunos conceptos de la prueba. 2. La convicción judicial. 3. El objeto de la prueba. 4. La carga de la prueba. 5. La práctica probatoria y sus principios en el CPCM. 6. Las fuentes y los medios de prueba. 7. El acceso a la prueba documental. 8. La declaración de parte. 9. Interrogatorio de testigos. 10. Medio probatorio pericial. 11. El reconocimiento judicial. 12. Medios de reproducción del sonido, voz o imagen y almacenamiento de la información. 13. El reto de incorporar reglas probatorias sobre la Inteligencia Artificial. 14. El régimen jurídico de las objeciones. 15. Reflexión final. 16. Bibliografía.

INTRODUCCIÓN

En el año 2000 se iniciaron las primeras discusiones para la reforma del proceso civil y mercantil. En el año 2010 entró en vigor el Código Procesal Civil y Mercantil (CPCM) en El Salvador basado en un sistema de proceso por audiencias públicas. La novedad del CPCM es que se incluyeron reglas probatorias adversariales del sistema puertorriqueño, a partir de las enseñanzas de la reforma del proceso penal. Muchos dudaban de la viabilidad de la reforma procesal civil y mercantil fundada en los principios de inmediatez y oralidad adversativa y en procedimientos más eficientes. Su impacto positivo, como norma supletoria, se extendió a las materias laboral, familia, contencioso administrativo y otras.

Al entrar en vigor la reforma procesal civil sin duda la mayor presión que tenían los operadores jurídicos, incluyendo los jueces, era el desempeño en audiencias. Luego de una década de la vigencia del Código Procesal Civil y Mercantil (CPCM) se puede afirmar que fue exitosa su implementación, por supuesto con grandes esfuerzos financieros del Órgano Judicial y del Consejo Nacional de la Judicatura. La Corte Suprema de Justicia autorizó remodelaciones y adaptaciones en edificios judiciales para adecuar las salas de audiencia con su equipo de grabación audiovisual. La Escuela de Capacitación Judicial ha brindado formación a jueces, defensores públicos y abogados en los contenidos procesales, así como en destrezas de litigación oral.

Las Escuelas de Derecho, a partir de su preparación en la reforma procesal penal y procesal de familia, rápidamente adaptaron sus pensum a los nuevos retos, fortalecieron sus salas de simulación de audiencia y los cursos sobre el CPCM.

Durante la pandemia por el virus de la COVID-19¹ la justicia civil y mercantil continuó trabajando con las medidas higiénicas pertinentes, salvo una breve suspensión de audiencias y plazos procesales. Asimismo, se celebraron audiencias virtuales bajo la reforma al CPCM por medio del decreto legislativo 679. Si bien, no estuvieron exentas de problemas por la falta de infraestructura tecnológica en oficinas judiciales y en los despachos de abogados, se lograron interesantes experimentos. Incluso utilizando mecanismos comerciales o plataformas de comunicación remota como *zoom*, *teams* u otros.

Si bien, desde el año 2015 en materia penal se han venido celebrando audiencias virtuales especialmente, para la materia de crimen organizado y delitos de realización compleja, dicha tecnología fue específicamente diseñada para las necesidades de dicha competencia. Los imputados se encuentran en los centros penales y tienen una conexión de audio/video simultáneo con la sala de audiencias. Los sujetos que sí se encuentra físicamente en la sala son el juez, el fiscal y el defensor. Las víctimas y testigos declaran de forma presencial y son sometidos a los interrogatorios correspondientes. En la sala de audiencias se instalan televisores de alta resolución para que los sujetos procesales puedan observar a los imputados en tiempo real mientras se desarrolla la audiencia. Los imputados.

En este artículo se actualizan las ideas inicialmente propuestas sobre las reglas probatorias, en el año 2008, cuando el CPCM aún era un proyecto legislativo. Se ofrece al lector la discusión de un nuevo campo para la práctica probatoria: los negocios surgidos del uso de aplicaciones de Inteligencia Artificial (IA). La IA está entre los consumidores. Todos los días en las actividades habituales las personas se encuentran interactuando, y lo hacen de manera natural, desde un

1 Con amor a Milagro, Fer, Noé, Ale, Javier, la Oli y la Maily.

correo electrónico que reconoce las direcciones o las palabras que usualmente se utilizan hasta las compras en plataformas virtuales. La IA es una rama de la informática que realiza actividades similares a las humanas por medio de programas informáticos o máquinas.

En el CPCM vigente hay un apartado sobre la prueba electrónica, que quedó obsoleto rápidamente. Tampoco existen reglas precisas sobre la evidencia producida por los negocios o actividades de la inteligencia artificial, por lo que se tiene que utilizar el principio de libertad probatoria y los medios probatorios permitidos para demostrar las afirmaciones fácticas de las partes, ante conflictos contractuales o extracontractuales. Un desafío.

En esta revisión que se debe realizar al CPCM, doce años después de su vigencia, se deben actualizar las reglas de procedimiento para que sea más eficiente, y controlar sus costos. A continuación, se explican las reglas probatorias adversariales del vigente CPCM.

1. ALGUNOS CONCEPTOS DE LA PRUEBA

En la actividad humana cotidiana cuando alguien pide que se le demuestre lo afirmado o alegado por otra persona, inmediatamente se entiende que está solicitando una «prueba» o una «evidencia» de algo. La palabra «prueba», entonces es un proceso de conocimiento sobre unos hechos. Si una persona duda o ignora un hecho puede expresar que necesita que le «prueben», «demuestren» lo afirmado o exige que se le permita «verificar», «examinar», «inspeccionar» o «comprobar»².

2 MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La Mínima Actividad Probatoria en el Proceso Penal*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1997, p. 15. La prueba es una necesidad humana para tomar una decisión.

En el derecho procesal la palabra «prueba» tiene un significado similar al coloquial, pero, la Ley exige el cumplimiento de formalidades y requisitos que garanticen que la decisión que tomará el Juez sea la legal y racionalmente aceptable³. Un Estado de Derecho no puede concebirse sin que se presente «evidencia» de las afirmaciones de las partes. En el Derecho procesal moderno se establecen disposiciones para la recolección, presentación, rechazo, admisión, evaluación y valoración de las pruebas. Reglas de los roles de los sujetos procesales. Así como normas que excluyen o no permiten incorporar prueba, sea porque se obtuvo ilícitamente (una actividad ilegal de las partes) o porque no es confiable para ser confrontada en audiencia, como la prueba de referencia⁴.

La palabra «prueba» tiene diversas acepciones, pero llegan a un solo resultado: procurar el convencimiento del Juez o del Tribunal⁵ sobre las aseveraciones de las partes.

3 LANDONI SOSA, Ángel, *Código General del Proceso, comentado, anotado, con jurisprudencia*, V. II-A, 1ª edición, Editorial B de F, Montevideo, 2003, p. 341.

4 EMMANUELLI JIMENEZ, Rolando, *Reglas de Evidencia en Puerto Rico*, Facultad de Derecho de la Universidad Interamericana de Puerto Rico-CEJA-JSCA, 2018, p. 35 y 36, dice: «...al hablar de evidencia nos referimos a la normativa para la presentación en el tribunal de los testimonios, objetos y documentos que se dispone son admisibles. Al referirnos a Derecho Probatorio abarcamos otros aspectos del proceso del juicio y su objetivo, que es viabilizar el probar los hechos alegados y descubrir la verdad en forma justa, rápida y económica. El Derecho Probatorio establece normas para la representación, rechazo, admisión, evaluación y suficiencia de la evidencia que presentan las partes...»

5 MIRANDA ESTRAMPES, op.cit, p. 19 y 23, «el concepto de prueba debe ser universalmente válido, con independencia de los principios concretos que inspiren cada sistema procesal». Lo que exige la conciencia jurídica

Para MORENO CATENA, el concepto de la prueba puede precisarse por la finalidad que conlleva. En el lenguaje común se entiende que es una actividad de cotejo entre una afirmación sobre unos hechos y la realidad de estos, encaminada a convencer una persona. Entonces, «si de un concepto jurídico de prueba tratamos, se encaminará a formar la convicción precisamente del juzgador sentados en los escritos de alegaciones unos hechos las partes habrán de ir proporcionando al juzgador afirmaciones que intentarán traducirle la realidad que interesa al proceso, y en tal sentido son afirmaciones instrumentales»⁶.

Dice EMMANUELLI JIMENEZ⁷, que se utiliza la palabra evidencia («*evidence*») para comprender las clases de prueba que legalmente puede ser ofrecida por las partes, no sin antes ser sometida a un examen de credibilidad mediante la confrontación de las partes. Este examen en el sistema angloamericana se lleva por medio del dominio de la técnica del conainterrogatorio.

Esta técnica adversativa fue adoptada por el legislador salvadoreño a partir del aprendizaje de las reglas de evidencia de Puerto Rico, tal y como puede revisarse en las disposiciones del art. 367 CPCM. Es decir, el comité redactor preparó el proyecto de reforma con la

actual es que esa prueba sea pertinente y obtenida de forma lícita, prohibiéndose o dejando sin efectos la obtenida por métodos ilegales.

- 6 MORENO CATENA, Víctor; *El secreto en la prueba de testigos del proceso penal*, Editorial Montecorvo, S.A., Madrid, 1980, p. 22.
- 7 EMMANUELLI JIMÉNEZ, Rolando, *Prontuario de Derecho Probatorio Puertorriqueño*, Reimpreso en Reprográfica, San Juan Puerto Rico, febrero 1999, p. 11. La versión de Reglas de Evidencia que se utilizó en la preparación del proyecto de CPCM fue la de 1979. En el año 2009 se aprobaron nuevas reglas. En esta versión se incluyeron disposiciones sobre la prueba electrónica que sin duda es la parte de la cotidianidad de las personas y de los negocios.

experiencia nacional y con las fuentes del sistema europeo (español y uruguayo) y angloamericano en Puerto Rico, especialmente para los procesos declarativos común y abreviado.

Entendido el sistema adversativo adoptado en el CPCM como «un sistema de enjuiciamiento en el que el desarrollo del proceso es controlado por las partes y el juez se mantiene pasivo»⁸ en la actividad probatoria (no en la gestión del proceso). Se destaca que en el Código Procesal Civil y Mercantil salvadoreño se adoptó el «principio de aportación» de partes establecido en el art. 7, cuya regla expresa que la responsabilidad de la de fijación de los hechos y de la actividad probatoria es de las partes.

2. LA CONVICCIÓN JUDICIAL

La prueba tiene la finalidad de convencer al Juez sobre las afirmaciones de los hechos de las partes en un sistema adversativo. Son las partes las que deben efectuar, como actividad procesal, un conjunto de operaciones por medio de los cuales intentarán lograr el convencimiento del Juez con respecto a los hechos. Es decir, que con la actividad procesal intentada por las partes pretenderán convencer al juzgador que sus afirmaciones coinciden con la realidad. En efecto, el objetivo de una parte no es la de convencer a la otra. Con ello se reafirma la importancia de la separación de poderes en el «proceso».

Manifiesta GUASP DELGADO que la prueba no trata de la averiguación de la verdad, tampoco es una actividad sustancialmente

8 DAMASKA, Mirjan, *El Derecho Probatorio a la deriva*, Madrid, Editorial Marcial Pons, 2015, p. 83. De acuerdo con el autor. En un sistema adversativo los abogados llevan a cabo la investigación de los hechos, el desarrollo del proceso es controlado por los litigantes, y deciden que hechos serán objeto de la prueba.

demostrativa ni de fijación formal de los datos sino de lograr el convencimiento psicológico del Juez sobre los hechos. La prueba, por lo tanto, logra su finalidad cuando produce en el ánimo del Juez la certeza de la existencia o inexistencia de los hechos que las partes han afirmado⁹.

Ahora bien, MONTERO AROCA rechaza la distinción que se hace del concepto de verdad material de la verdad formal¹⁰. Es más, a dicha distinción la considera «absurda», ya que, en el proceso, independientemente su naturaleza, sea civil o penal, únicamente puede existir una verdad jurídica que no se basa en la lógica sino en la ley y en los hechos probados. Por su parte, MIRANDA ESTRAMPES, es de la opinión que uno de los errores que han tenido los procesalistas es con relación a la definición de la finalidad de la prueba procesal, puesto que se ha afirmado que ésta intenta buscar o averiguar la verdad de un hecho. De allí que afirma este autor que la clasificación entre verdad material y verdad formal es un absurdo jurídico y lógico «si consideráramos a la verdad como la finalidad de la prueba estaríamos admitiendo que la misma tiene un fin inalcanzable o irrealizable»,

9 GUASP DELGADO, Jaime, *Derecho Procesal Civil, T. 1*, op. cit., p. 21. GUASP, dice, «Las simples alegaciones procesales no bastan para proporcionar al órgano jurisdiccional el instrumento que éste necesita para la emisión de su fallo. El juez...tiene que contar con datos lógicos que le inspiren el sentido de su decisión...pero sólo con aquéllos que sean o, por lo menos le parezcan convincentes, respecto a su exactitud y certeza». MIRANDA ESTRAMPES, op. cit., p. 47. La finalidad de la prueba es obtener la convicción del tribunal. Eliminando las dudas razonables o relevantes.

10 MONTERO AROCA, Juan Derecho; *Jurisprudencial II, Proceso Civil*, 12a Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 248. Reitera el calificativo de absurdo a la división entre verdad real y material en MONTERO AROCA, Juan Derecho; *El Nuevo Proceso Civil*, 2ª. Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 303.

por lo que carecería de sentido la inversión del trabajo realizado si la prueba es irrealizable¹¹.

El papel que juegan las normas probatorias en el proceso vendría a ser la regulación de los mecanismos con los cuales el juzgador fija los hechos, reflexiona MONTERO AROCA¹². Estas reglas pretenden dar seguridad en la determinación de los hechos por el Juez.

En este sentido las funciones de la prueba son la de fijar los hechos, convencer al Juez y establecer la certeza jurídica. En el primer caso –continúa afirmando MONTERO AROCA– la función de las normas probatorias es la regulación de los mecanismos con los cuales el juzgador fija los hechos¹³.

Desde la perspectiva de la objetivación de la prueba en el proceso civil y mercantil, la convicción del Juez o tribunal únicamente puede basarse en las pruebas y no en las alegaciones o argumentaciones de parte, que no tienen ningún carácter probatorio. El proceso de convicción del Juez únicamente puede lograrse con base en las pruebas que se hubieren practicado¹⁴. El Juez o tribunal, a partir de

11 MIRANDA ESTRAMPES, op.cit., pp. 38-40. Para este autor, la búsqueda de la verdad acabó convirtiéndose en un mito o dogma, irrealizable en el plano práctico y que llenó de confusión el plano académico.

12 MONTERO AROCA, Juan. *Derecho Jurisdiccional II*, con AAVV, 12a Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 249 y ss. MONTERO AROCA, Juan Derecho; *El Nuevo Proceso Civil*, op. cit., p. 303 en esta concepción la actividad probatoria se conforma con fijar los hechos cumpliendo unas reglas jurídicas.

13 *Ibíd.* p. 249 y ss.

14 MIRANDA ESTRAMPES, op. cit., 174-175. Para este autor, la doctrina de la mínima –y suficiente agregaríamos– actividad probatoria elaborada por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo gira en torno a la posibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia reconocido por el art. 24. 2 de la Constitución española.

las aportaciones probatorias admitidas tiene la posibilidad de decidir sobre la pretensión de una parte o de las partes.

Para DAMASKA¹⁵, si bien existen rasgos diferentes entre los modelos judiciales continentales de los angloamericanos, así como una visión filosófica que influye en la estructuración de cada sistema judicial, existe una coincidencia: los jueces deciden sobre la prueba. Los roles de las partes, previamente reglamentadas por el legislador, son los que determinarán la obtención, ofrecimiento, admisibilidad y valoración de la prueba. Así como los poderes del juez.

3. EL OBJETO DE LA PRUEBA

El objeto de la prueba lo constituyen las afirmaciones que las partes realizan en torno a los hechos en controversia. No son los hechos en sí mismos. MIRANDA ESTRAMPES, opina que «el objeto de la prueba no lo constituyen los hechos de la realidad sino las afirmaciones que las partes realizan en torno a dichos hechos. Mediante la prueba se trata de verificar la exactitud de las afirma-

15 DAMASKA, *El Derecho Probatorio a la deriva*, op. cit, p. 154 y 231-233. En la página 171 y siguientes Damáska resalta la importancia de las reglas en el litigio forense. Es el legislador el que debe «imaginarse» como deben comportarse los sujetos procesales en el rito de la justicia. En efecto el autor, en su obra las «Caras de la Justicia», manifiesta que existen variaciones en las reglas de los sistemas inquisitivos (europeo) del adversativo (anglosajón) y que no se pueden hablar de modelos puros, sino que están estrechamente entretnejidos. El ejemplo claro es el modelo adversarial salvadoreño en el cual sus instituciones procesales son una mezcla del moderno proceso español y suramericano, con agregados de las reglas de evidencia puertorriqueñas. Ver DAMASKA, Mirjan R., *Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal*, Editorial Jurídica de Chile, 2000, p. 127 y 314 y siguientes.

ciones formuladas por las partes procesales»¹⁶. Así lo recoge el art. 7 CPCM.

El objeto de la prueba o *thema probandi* son las «afirmaciones realizadas por las partes sobre los hechos controvertidos y, excepcionalmente, sobre normas jurídicas»¹⁷. Ello permite afirmar que los hechos existen con independencia de su introducción en el proceso y que concurre una relación entre el objeto de la prueba y las alegaciones procesales, por existir afirmaciones fácticas y jurídicas efectuadas por las partes.

En este orden de ideas, el CPCM expresa en el art. 313 y art. 309 CPCM que luego que se delimite la pretensión del demandante y la resistencia por el demandado, el Juez o Tribunal deberá comprender que los temas de la prueba han quedado fijados y que únicamente sobre ellos deberá efectuarse toda actividad probatoria en la audiencia judicial. Ciertamente, entonces, la legislación admite que el objeto de la prueba podrán ser las afirmaciones fácticas y la norma jurídica, especialmente la norma extranjera (art. 309 CPCM). En las siguientes páginas, por razones de espacio, únicamente revisaremos las afirmaciones fácticas.

16 MIRANDA ESTRAMPES, op. cit., p. 33. Para este autor para la teoría clásica del objeto de la prueba únicamente considera que es parte de ésta los hechos, la realidad introducida por las partes al proceso. En cambio, para este autor el objeto de la prueba no puede ser tan amplio, por lo tanto, no son los hechos sino las afirmaciones que las partes hacen en el proceso.

17 GIMENO SENDRA, Vicente; *Derecho Procesal Civil*, T.1, 1ª. Edición, Editorial COLEX, 2004, p. 395. En todo proceso, se entiende, normalmente, que la prueba está formada por las afirmaciones sobre los hechos y no por normas jurídicas. Al igual que en la legislación española, en la legislación salvadoreña el Juez está sometido al derecho y las normas deben ser conocidas por él.

El CPCM dispone diversas reglas para fijar de manera ordenada y clara los hechos (o las normas) sujetas a la controversia:

- a) El art. 7 de la ley procesal vigente expresa que los hechos en que se fundamenta la pretensión y la oposición sólo podrán ser introducidos por las partes, y que la actividad probatoria deberá recaer «exclusivamente» sobre los hechos afirmados por las partes o por los que tiene la calidad de terceros;
- b) La ley procesal vigente en el art. 276 dice que todo proceso inicia con una demanda escrita en la que el demandante interpondrá su pretensión haciendo del conocimiento del juzgador los hechos en que funda su petición, numerándolos y narrándolos con claridad y precisión para que el demandado pueda preparar su contestación y defensa;
- c) El demandado, tiene a su vez la carga procesal de contestar la demanda, art. 284 CPCM, en la cual expondrá las excepciones procesales, su allanamiento a alguna o algunas de las pretensiones del demandante, sea parcialmente como en su totalidad, asimismo, podrá el demandado negar los hechos o reconvenir al demandante; y,
- d) Se estatuye que en la «audiencia preparatoria», art. 290 CPCM se define el contenido de la pretensión y la prueba, sobre la que versará la aportación probatoria en el juicio y la decisión del Juez con conocimiento en materia civil¹⁸. Pero, además de

18 El efecto más importante de la promoción de la acción consiste en la *vinculación temática del tribunal a la pretensión*. El art. 290 CPCM constituye una regla delimitadora respecto al examen judicial y a la resolución: el Juez sólo pueden tener como objeto de sus comprobaciones objetivas y de su valoración judicial, el suceso histórico cuya identidad, con respecto al hecho y con respecto al autor resulta de la fijación de la pretensión efectuada en la audiencia preparatoria. El tema así fijado sólo se puede modificar con mu-

que las partes fijan las afirmaciones en la audiencia preparatoria, también se establecen los hechos a ser probados y el ofrecimiento de los medios probatorios a utilizar en la audiencia probatoria (art. 309 CPCM). La audiencia preparatoria fija el auto de apertura del «juicio plenario civil» (art. 311 CPCM), la fijación del objeto de la prueba en los términos establecidos y la admisión de la prueba según lo determina el art. 310 y el art. 312 CPCM.

- e) Es en la audiencia probatoria en dónde se practica la prueba por medio de las técnicas de interrogatorio y contrainterrogatorio de un sistema adversativo.

4. LA CARGA DE LA PRUEBA

En el proceso civil y mercantil le corresponde la carga de la prueba a la parte que intente probar su pretensión en el juicio, «las reglas de la carga de la prueba tienen, pues, una doble dimensión. De un lado, afectan a las partes, porque les indican la necesidad de probar sus afirmaciones y el ámbito del derecho a probar que ostentan en el proceso. De otro, son la única salida para la encrucijada en la que puede encontrarse el Tribunal cuando duda acerca de la certeza de los hechos probados, bien porque no lo han sido, bien porque la prueba ha sido insuficiente o insatisfactoria... la carga de la prueba columna vertebral del proceso (puede ser definida)... como la necesidad de las partes de probar los hechos que constituye el supuesto fáctico de la

cha cautela y excepcionalmente. Si el examen judicial excede el tema fijado, violando la regla de limitación, la resolución producida en esa forma no corresponde al asunto y no constituye una sentencia en la causa respectiva, y, de acuerdo con esto, vulnera el principio de congruencia de la sentencia judicial.

norma jurídica que invocan a su favor a riesgo de obtener una resolución desfavorable a sus pretensiones y resistencias»¹⁹

La doctrina subjetiva o formal de la carga de la prueba expresa que corresponde al actor (*onus probandi incumbit actori*) demostrar jurídicamente el objeto de la pretensión. La carga material u objetiva de la prueba se preocupa por establecer el «qué» debe ser establecido en la audiencia judicial, por lo tanto, la carga no sólo es las partes en el proceso para lograr el convencimiento judicial, sino que se admite alguna intervención del Juez, como las denominadas diligencias para mejor proveer. En este último caso, el legislador al diseñar el procedimiento probatorio tiende a ceder el principio de aportación de parte a favor del principio inquisitivo, en detrimento de la necesaria imparcialidad objetiva y subjetiva del Juez.

Esta decisión legislativa no deja de entrañar peligros puesto que no existen límites legales para el papel indagador o instructor del Juez, lo cual genera un riesgo para que el sistema judicial garantice un juicio imparcial. En este punto hay que recordar que para el constituyente salvadoreño la única función del Juez es «juzgar y hacer ejecutar lo juzgado» para preservar su imparcialidad objetiva a la hora de determinar una decisión judicial (art. 172 Cn).

Se regula la regla de la carga de la prueba en el art. 321 del CPCM. En esta norma se dispone que les corresponde a las partes probar los hechos que alegue y que sean presupuesto para la aplicación de la ley que resulte determinante para la decisión de su preten-

19 GIMENO SENDRA, *Derecho Procesal Civil*, T.1, op. cit., p. 410. La carga de la prueba distingue entre la teoría formal y la teoría material de la prueba. La primera se fundamenta en que a las partes les incumbe probar, en cambio a la segunda lo importante no es lo que a las partes les corresponde probar sino sobre lo qué debe recaer la prueba, de allí que se admite un papel más activo del Juez en la búsqueda de la información probatoria.

sión, defensa o excepción²⁰. El art. 321 del CPCM se encuentra en armonía con el párrafo segundo del art. 322 con respecto a la cadena de custodia de la prueba, cuando dice «la parte que propone la prueba podrá acreditar inicialmente que no ha sufrido modificaciones o alteraciones desde que se encontrare bajo su custodia o poder».

En este orden de ideas algunas disposiciones propias de los medios probatorios atribuyen a las partes y no al órgano jurisdiccional la carga de aportar la prueba al proceso, así el art. 325, 335, 336, 354, 378 y otras. Ahora bien, en lo que respecta al reconocimiento judicial, el art. 390 y las siguientes de dicha sección atribuye al Juez una mayor función y actividad en detrimento de las partes, lo cual debe estar sujeto a control de las partes por medio de la objeción o el uso de cualquier otro medio de impugnación.

El último párrafo del art. 321 CPCM, en virtud del principio de aportación admite que las partes se pongan de acuerdo sobre aquellos hechos en los cuales no existe controversia, para reducir el área de la actividad probatoria. Esto puede implicar una estipulación expresa sobre fuentes probatorias, sobre la pretensión o sobre los fundamentos fácticos de ésta.

5. LA PRÁCTICA PROBATORIA Y SUS PRINCIPIOS EN EL CPCM

En el sistema de audiencia oral adoptado por El Salvador rigen los principios de inmediación y concentración, contradicción e

20 NIEVA-FENOLL, Jordi *La inexplicable persistencia de la valoración legal de la prueba*, Fecha de recepción: 4 de abril de 2017. Fecha de aceptación definitiva: 21 de abril de 2017. *Ars Iuris Salmanticensis*, ESTUDIOS Vol. 5, 57-76. NIEVA-FENOLL Jordi. *Carga de la prueba y estándares de prueba: dos reminiscencias del pasado*. *Estudios De Derecho*, 77(170), 117-148. <https://doi.org/10.17533/udea.esde.v77n170a05>, 2020.

igualdad, oralidad y publicidad, para la introducción y práctica de la prueba por medio de los interrogatorios y contrainterrogatorios, no solo para la prueba personal sino también para la prueba material²¹. Estos principios se derivan directamente del art. 11 de la Constitución salvadoreña.

La oralidad tiene un rango constitucional (arts. 11 y 12 Cn) ya que toda persona tiene derecho a ser oído por el órgano jurisdiccional, es decir, tiene que la facultad de confrontar la prueba de cargo mediante el contrainterrogatorio o a presentar prueba que le favorezca para defenderse de las pretensiones contrarias efectuadas por el demandante. No se trata del cumplimiento formal de una «comunicación verbal entre las partes»²².

Si bien el art. 321 CPCM dispone que los actos de prueba son efectuados por las partes en el *juicio*, es decir en la *audiencia probatoria*, especialmente por la parte que tiene la carga de probar sus afirmaciones o defensas. Ello implica que las partes tienen la carga procesal de

21 De acuerdo con GIMENO SENDRA y GOMEZ COLOMER, a partir de la relación entre el juez y el material fáctico se derivan los principios de intermediación inherentes al juicio oral o juicio por audiencias. GIMENO SENDRA, José Vicente; *Fundamentos del Derecho Procesal, jurisdicción, acción y proceso*, 1a. Edición, Editorial Civitas, S.A., 1981, pp. 33 y ss.

22 FONTANET, Julio. *Principios y Técnicas de la Práctica Forense*, 2ª. Edición, Jurídica Editores, San Juan Puerto Rico, mayo 2002, p. v. Dice QUIÑONES VARGAS, «la prueba en un proceso acusatorio (adversativo oral) sólo puede surgir del testimonio de los testigos que tienen conocimiento personal de los hechos en controversia, del testimonio de peritos o de los documentos o evidencias físicas que se admitan en el proceso. Las partes litigantes (fiscal y abogado defensor) no son testigos en el juicio. No puede, por voz de ninguno de ellos surgir prueba alguna de los hechos que se juzgan o que están por juzgarse». QUIÑONES VARGAS, Héctor. *Las Técnicas de Litigación Oral en el Proceso Penal Salvadoreño*, PAS/DPK Consulting, El Salvador, septiembre 2003.

realizar una suficiente actividad probatoria en las audiencias y el Juez o Tribunal tiene la carga de exigirla. Excepcionalmente, de acuerdo con el art. 326 y siguientes del CPCM se puede producir «prueba» antes del juicio por el mecanismo del anticipo de prueba para los actos definitivos e irreproducibles.

El art. 10 del CPCM constituye una garantía para las partes y para el sistema de justicia civil, expresa que el «juez debe presidir personalmente tanto la celebración de audiencias como la práctica de los medios probatorios, quedando expresamente prohibida la delegación de dicha presencia, so pena de nulidad insubsanable»²³.

La inmediación es la relación particular del Juez, del tribunal o del jurado con la prueba y con las partes; así como con los espectadores de la audiencia. Para identificar al principio de inmediación en un procedimiento penal o de cualquier otra índole, todo el material sobre el pronunciamiento jurisdiccional deberá desfilarse en la audiencia. En la audiencia es en donde las partes exponen sus probanzas con la intención de lograr el convencimiento judicial²⁴. Es decir, que la actividad probatoria se efectúa ante el juzgador que ha de dictar sentencia²⁵. Bajo el principio de concentración, los actos procesales

23 GIMENO SENDRA, José Vicente; *Fundamentos del Derecho Procesal*, op. cit., pp. 228 a 232. Ubica los principios de inmediación y concentración como integrantes de los principios del procedimiento que se refieren a la relación entre el órgano jurisdiccional y el material fáctico introducido por las partes en el juicio.

24 FAIRÉN GUILLÉN, Víctor; *Doctrina General del Derecho Procesal. Hacia una teoría y Ley procesal generales*, Librería Bosch, Barcelona, 1990., pp. 395 y 404.

25 Para MIRANDA ESTRAMPES el principio de inmediación tiene un aspecto subjetivo o formal y un aspecto material u objetivo. En su aspecto subjetivo implica que el Juez o tribunal se relacione y presida la práctica de los medios de prueba. MIRANDA ESTRAMPES, op.cit., 1997, p. 271.

se efectuarán con la mayor proximidad temporal entre ellos (art. 11 CPCM). Es decir, es en la audiencia probatoria en donde las partes deberán concentrar la práctica de la prueba, de allí su vinculación o relación con el principio de inmediación, art. 12 CPCM.

El principio de inmediación significa, desde el punto de vista objetivo, que el juzgador debe preferir la práctica de los medios de prueba «que se encuentren en más directa relación con el hecho que se pretende probar»²⁶. Otra ventaja que tiene la aplicación práctica del principio de inmediación es justamente la posibilidad que el juzgador evalúe la conducta de quien está sentado en la silla testifical deponiendo el conocimiento que tiene sobre los hechos.

En el derecho anglosajón el análisis que hace el Juez sobre el lenguaje corporal del testigo, el perito o la que parte que depone en audiencia se denomina «demeanor». De allí la importancia del principio de inmediación importado por el derecho continental del derecho anglosajón: la posibilidad que el Juez esté en contacto directo con la práctica de la prueba.

Desde la perspectiva de GIMENO SENDRA, el principio de contradicción o confrontación, y el de igualdad integran los principios inherentes a la estructura del proceso. Estos principios determinan y explican un proceso civil con vocación democrática. Es decir, que los sujetos procesales, especialmente las partes, tienen la posibilidad de ejercer sus oportunidades procesales de manera adversarial en el procedimiento²⁷.

El principio de defensa y contradicción se encuentra contenido en el art. 4 y art. 5 del CPCM. En un proceso adversativo, la parte

26 Ibid, p. 271.

27 GIMENO SENDRA, José Vicente; *Derecho Procesal. Proceso Penal*, con AAVV, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, p. 48-49.

que demanda tiene la carga probatoria frente al individuo que tiene calidad de demandado, a quien se le reconocen sus derechos para ejercer su defensa material y técnica para confrontar las pretensiones que obran en su contra. Esta relación tiene que ser equilibrada y en igualdad de condiciones. Por esta razón, los principios inherentes a la estructura del proceso son los de contradicción e igualdad, sin cuya existencia material el derecho a un debido proceso sería una ficción.

La existencia de los sujetos que confrontan sus pruebas en el proceso civil es esencial para garantizar la lucha entre dos tesis que se contraponen (pretensión y resistencia) y para equilibrar las fuerzas en el proceso bajo las reglas del juego limpio, arts. 11 y 12 de la Constitución (Cn) arts. 3 a 13 del CPCM.

El principio de confrontación, como derivación del derecho constitucional de defensa, exige que el demandado pueda «carearse» con los testigos de parte contraria, incluso con la parte demandante. Pero el careo implica que el demandado pueda estar presente en la audiencia en donde los testigos de la parte demandante estén deponeando y pueda confrontarlas, si así lo desea, por medio de un contrainterrogatorio.

Bajo el principio de confrontación se incorporó la regla del contrainterrogatorio (sugestivo) es la verdadera efectivización del derecho de defensa en una audiencia. Asimismo, le asiste el derecho al demandado de confrontar a sus propios testigos, cuando el testimonio de éstos le resulta adverso en la audiencia. Por otra parte, al demandado le asiste el derecho de solicitar la exclusión o no admisión de prueba de referencia, puesto que su inclusión al proceso no permite un adecuado ejercicio del derecho de confrontación²⁸.

28 CHIESA APONTE, Ernesto L, *Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos*, V.1, 1^a. Reimpresión, Editorial Forum, San Juan, 1995, p. 389-

También bajo el principio de contradicción es que se diseñó y se incorporó en el CPCM un sistema no taxativo de objeciones. Las objeciones son un recurso oral por medio del cual las partes expresan sus reparos a las preguntas de los procuradores, a las respuestas de las fuentes de prueba o a la conducta de los sujetos procesales. El uso técnico de la objeción permite un uso estratégico en las audiencias.

A fin de evitar que la celebración de una audiencia de juicio se convierta en el mero cumplimiento de una formalidad, la ley obliga a que las partes practiquen la prueba ofrecida y no simplemente argumenten sobre los hechos, o en el peor de los casos trasladen los actos de investigación civil sin llevar las fuentes probatorias a la audiencia judicial²⁹.

Los principios del procedimiento civil, como son la oralidad y publicidad, que involucran la forma de la actividad procesal y la comunicación entre los sujetos procesales son denominados principios del procedimiento relativos a la formación de los actos procesales³⁰.

En el procedimiento común y en los procedimientos especiales en los que fueran aplicables estos principios, según los arts. 8 y 9

390.

- 29 Si bien, en el proceso civil existe una idea deformada sobre la investigación, ya que se considera que sólo se hace en materia penal, los actos de prueba no son una mera repetición de los actos de investigación, sino que su propia mecánica de desarrollo es distinta: de ahí que en el juicio oral no se trata simplemente de corroborar, confirmar o ratificar lo practicado durante el sumario. El material probatorio que se obtiene en el juicio es fruto de la actividad de todas las partes y del tribunal; mientras que en los actos de investigación el protagonismo corresponde a una parte. MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, op.cit, p. 274.
- 30 GIMENO SENDRA, *Derecho Procesal, Derecho Penal*, Editorial COLEX, Madrid, 2004, p. 83.

CPCM, se encuentran varios mandatos en los que se resaltan que el órgano jurisdiccional debe celebrar las audiencias en forma oral. Es así como el Juez deberá fundar su decisión utilizando exclusivamente el material fáctico y probatorio que se introdujo en la audiencia. Bajo el principio de oralidad de los actos procesales tiene la ventaja de facilitar y hacer que concurren los otros principios, como son la inmediación, la concentración y la publicidad³¹.

El CPCM ha puesto especial énfasis en asegurar que la prueba se introducirá «oralmente» con el fin de garantizar la inmediación del Juez y las partes al material probatorio, así como un juicio «público» con todas las garantías para las partes. La práctica de la prueba en el juicio está vinculada a los principios relativos a la formación material de los actos procesales, a la comunicación de los sujetos procesales entre sí, a los tipos de relación del órgano jurisdiccional con el material fáctico y a la temporalidad de los actos procesales, como se ha dicho³². De esa manera, en la práctica el derecho procesal civil por ser derecho común se ha trasladado a la práctica de interrogatorios y conainterrogatorios en todas las materias, como familia, laboral, contencioso administrativo, extinción de dominio (civil) y hasta en el ámbito administrativo.

En el proceso civil, la actividad procesal se concentrará en el juicio oral o audiencia probatoria (arts. 402 y 403 CPCM), o sea que el material sobre el pronunciamiento jurisdiccional concurre en la audiencia mencionada, en donde las partes expondrán sus hipótesis, argumentos, sus probanzas y la discuten ante el público y el Juez. La concentración en la audiencia de todos los elementos relevantes per-

31 El proceso oral favorece el *descubrimiento de la verdad* y evita la delegación de funciones para la práctica y valoración de la prueba. Diríamos que favorece que las partes obtengan la convicción judicial a sus afirmaciones.

32 GIMENO SENDRA, *Fundamentos del Derecho Procesal*, op. cit., p. 180-181.

mite la visión global y unitaria del caso, tanto de la actividad acusatoria y defensiva, la introducción de la prueba, los alegatos de las partes, la deliberación, la emisión del veredicto y la sentencia.

En el año 2020 el virus de la COVID-19 generó una crisis sin precedente en el planeta debido a los contagios mortales producidos. La Organización Mundial de la Salud emitió un llamado de alerta ante este desconocido virus. Ante dicha situación el Gobierno de El Salvador adoptó una serie de medidas restrictivas a la libertad que fueron sometidas al control constitucional. En una de las decisiones la Sala de lo Constitucional³³ declaró que era un hecho notorio la existencia científica de la letalidad del virus denominado como COVID-19. La Sala de lo Constitucional manifestó que no ignoraba que se necesitaban determinadas medidas para enfrentar la emergencia sanitaria, incluyendo la limitación de derechos constitucionales. Pero expresó que la Constitución establecía cuáles eran los órganos que tenían la competencia y cuál era el procedimiento para adoptarlo.

Ante esta realidad sanitaria, y para evitar dilaciones en los procesos judiciales de naturaleza civil y mercantil (aunque era aplicables como norma supletoria a otras materias) la Asamblea Legislativa adoptó en julio de 2020 el Decreto Legislativo Decreto Legislativo No. 679 de fecha 02 de julio de 2020, publicado en el Diario Oficial No. 175, Tomo 428 de fecha 31 de agosto de 2020, por medio del cual emitió reformas al CPMC intercalando entre los artículos 203 y 204, los artículos 203 A, 203 B y 203 C.

Con estas disposiciones se estaba autorizando la celebración de audiencias por medio de plataformas de comunicación. Las denomi-

33 Sala de lo Constitucional, proceso de inconstitucionalidad 21-2020/23-2020/24-2020/25-2020 del 8 de junio de 2020. Sala de lo Constitucional, 18/05/2020, amparo 219-2020

nó «audiencias virtuales» con el objeto de que los sujetos procesales respetaran los principios del CPCM, especialmente el de intermediación, audiencia, igualdad, confrontación y concentración.

Bajo estas reglas se dispusieron lineamientos para asegurar la celebración de audiencias en modalidad virtual cuando la forma presencial fuera imposible ante las condiciones de la emergencia sanitaria. Se instruyó que las sedes judiciales fueran dotadas de infraestructura tecnológica. También se dispuso las reglas de presentación de las fuentes de prueba, sin embargo, eran poco prácticas porque requerían presentaciones previas en sede judicial. En dichas circunstancias era muy complicado para los tribunales coordinar a las partes y a las fuentes de prueba de carácter personal.

6. LAS FUENTES Y LOS MEDIOS DE PRUEBA

Se utiliza la expresión «elementos de prueba» para referirse a una realidad anterior al proceso³⁴. Se trata, en efecto, de una realidad extrajurídica ya que los elementos de prueba solo tienen existencia jurídica, cuando se introducen los hechos a ser demostrados jurídicamente en una audiencia judicial conforme a las reglas procesales. El concepto

34 GUASP DELGADO, Jaime, *Derecho Procesal Civil*, T. 1, op.cit., 321. GUASP DELGADO considera conveniente, para los efectos terminológicos precisamente, distinguir entre «elementos de la prueba, que son aquellas categorías lógicas que se dan o son particularmente aplicables a los problemas del derecho probatorio; fuentes de la prueba son aquellas operaciones mentales mediante las que se obtiene o puede obtenerse la convicción judicial, de las que brota o puede brotar (de ahí su nombre) tal convencimiento; medios de prueba son aquellos instrumentos que, por el conducto de las fuentes de prueba, llegan eventualmente a producir la convicción del Juez; materia de la prueba es aquella sustancia a la que el medio va incorporado; tema de la prueba y motivos de la prueba».

fuentes de prueba hace alusión a los elementos de prueba identificados en las cosas, documentos, personas, vestigios que en determinadas circunstancias o etapas en un proceso judicial reglado pueden aportar información sobre los hechos acaecidos o en controversia.

La incorporación de las fuentes de prueba al proceso se realiza a través de los medios probatorios. Los medios probatorios tienen un carácter técnico-instrumental pues sirven para que las partes introduzcan las fuentes de prueba con el objeto de convencer al Juez de la existencia o inexistencia del dato objeto de la prueba. Es así, que «los medios de prueba son los soportes de la percepción judicial directa (como sucede con el reconocimiento judicial) o transmitida a través de declaraciones de personas (partes, testigos y peritos) o por documentos»³⁵.

Para MONTERO AROCA las fuentes de prueba son elementos que existen en la vida real y los medios son las actividades que las partes o los interesados deben realizar para incorporarlas las fuentes al proceso³⁶.

Cada uno de los medios de prueba debe proponerse y practicarse como lo establece la ley y no de otra manera. Si bien, en principio todos los medios de prueba son admisibles en el proceso, no solo es relevante llegar en el proceso a la certeza de los hechos, sino que es necesario el cumplimiento de la norma que regula la actividad de la realización de los medios probatorios.

La expresión «medio probatorio» o «medio de prueba» explica el procedimiento o actividad necesaria para el ingreso válido dentro

35 GIMENO SENDRA, Vicente; *Derecho Procesal Civil*, T.1, op. cit., p. 428. El medio probatorio tiene un uso instrumental para que el Juez pueda obtener la convicción sobre la certeza del thema probandi.

36 MONTERO AROCA, Juan. *Derecho Jurisdiccional II, Proceso Civil*, con AAVV, op. cit, p. 264.

del proceso de los elementos de prueba, siendo éstos precisamente los datos concretos o información objetiva, útiles para demostrar o desvirtuar los hechos alegados en las pretensiones de las partes. El Código Procesal Civil y Mercantil proyectado establece una libertad de medios probatorios, siempre que se respete su legal obtención, arts. 312 (derecho de probar) y 316 (licitud de la prueba). Así al existir libertad probatoria los medios de prueba son los establecidos en la ley procesal vigente legislativo y aquellos que puedan ser pertinentes e idóneos (arts. 318 a 320 CPCM).

Los medios probatorios reconocidos en la ley procesal vigente de CPCM, en el capítulo cuarto del Título Segundo, Libro Segundo, son los siguientes:

- a) Documentos;
- b) Declaración de parte (propia y contraria);
- c) Interrogatorio de testigos;
- d) Prueba pericial;
- e) Reconocimiento judicial;
- f) Medios de reproducción del sonido, voz o de la imagen y almacenamiento de la información.

7. EL ACCESO A LA PRUEBA DOCUMENTAL

El documento, desde un punto de vista probatorio es la representación escrita del pensamiento humano o del resultado de una operación de una máquina en un soporte de papel³⁷ que puede o no

37 CORTES DOMINGUEZ, Valentín, AAVV, *Derecho Procesal Civil, parte general*, 3ª Edición, COLEX, 2000, p. 291. Dice CORTES DOMINGUEZ, «des-

tener una intervención humana, como es la aplicación de la inteligencia artificial³⁸. Esta definición, se encuentra retomada en los arts. 331 y 332 del CPCM que intuyen que tanto los instrumentos públicos y privados deben ser contenidos en documento escrito. Las reglas de la sección de la prueba documental son aplicables para la aportación y utilización de dibujos, fotografías, planos, mapas croquis u otros documentos, como dice el art. 343.

El CPCM distingue dentro de los documentos los públicos y privados. Los instrumentos públicos son los emitidos por notario, autoridad o funcionario público, y en general por cualquier persona a la

de el punto de vista procesal, y más concretamente desde el punto de vista de la prueba, documento es sólo y exclusivamente la representación de un pensamiento escrita en papel. El requisito de escritura en papel se deduce de forma bastante clara, de la mera lectura de las normas que regulan la prueba por documentos en la LEC».

- 38 CASADESUS RIPOLL, Paula, *Inteligencia artificial y responsabilidad civil: perspectivas jurídicas y retos legislativos*, Revista de la Facultad de Derecho de México, Tomo LXX, Número 278, Septiembre-Diciembre 2020 DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/fder.24488933e.2020.278-1.77358>, dice p. Según la Real Academia Española (RAE), un robot es una *máquina o ingenio electrónico programable que es capaz de manipular objetos y realizar diversas operaciones*. Según esta definición solo máquinas o ingenios, es decir, entidades con un soporte físico son considerados como robots. Además, el uso por parte de esta definición del adjetivo «programable», provoca que englobe únicamente aquellas máquinas programables o programadas por personas humanas destinadas a realizar tareas concretas ya determinadas y que son reconocidas como productos... Sin embargo, tal definición parece de difícil aplicación a la nueva generación de robots que se están desarrollando en la actualidad: robots *autónomos e inteligentes* capaces de aprender de su propia experiencia, tomar decisiones y adaptar su comportamiento según lo aprendido independientemente de cualquier control humano y sin la necesidad de haber sido expresamente programados.

que el Estado le reconozca su capacidad y habilidad como fedatario público (art. 331).

El Código reconoce la autenticidad de los instrumentos públicos mientras no se pruebe su falsedad, art. 334 CPCM y le atribuye el siguiente valor probatorio: «los instrumentos públicos constituirán prueba fehaciente de los hechos, actos o estado de cosas que documenten, de la fecha y personas que intervienen en ella, así como del fedatario o funcionario que la expide», inciso 1º, art. 341. Para que los documentos públicos pierdan su eficacia formal, deben ser impugnados³⁹.

Los documentos privados, según estipula la ley procesal vigente de Código, son los atribuidos a los particulares, de igual manera, si el documento público no ha sido emitido u otorgado con las formalidades legales, tendrá el carácter de documento privado. La autenticidad del instrumento privado se corroborará mediante el cotejo de letras efectuada por perito (arts. 332 y 340 CPCM). Los instrumentos cuya autoría se atribuya a particulares harán plena prueba de su contenido y otorgantes si no ha sido impugnada su autenticidad. Si no se demuestra la autenticidad, quedará a criterio del Juez brindarle valor, según las reglas de la sana crítica, art. 341 inciso final CPCM.

En cuanto a los documentos públicos o privados emitidos en el extranjero, si bien, el CPCM no hace mayor mención, se habilita al derecho común especialmente al proveniente de los Convenios In-

39 CORTES DOMINGUEZ, Valentín, *Derecho Procesal Civil, parte general*, op. cit., p. 296. Se afirma que «la impugnación de la autenticidad del documento es una carga del que se sienta perjudicado procesalmente por el documento presentado, pero, curiosamente, y tal como hemos visto anteriormente, la carga de la impugnación no conlleva la carga de la prueba de la falta de autenticidad».

ternacionales (art. 2 CPCM) para que establezca y complemente los requisitos de validez⁴⁰.

El CPCM, art. 335, expresa que los instrumentos públicos o privados se presentarán con la demanda o con la contestación de esta, pero el mismo proyecto habilita la posibilidad de presentarlos en otro momento procesal. Esta regla guarda relación con el art. 276 que obliga al demandante a presentar junto con la demanda los documentos acreditativos del cumplimiento de los presupuestos procesales, los que fundamentan la pretensión y los informes periciales. Por su parte el art. 288 reitera que, junto con la demanda, la contestación a la misma, la reconvencción y la contestación a la misma deberán aportar documentos sobre los presupuestos procesales y los documentos probatorios sobre los que las partes fundan su derecho, así como informes periciales.

El art. 289 CPCM expresa que cuando no se aporten los documentos inicialmente, o se informe sobre el lugar en donde se encuentre precluirá dicha oportunidad, excepto que la ley autorice otro momento para su aportación. La misma disposición faculta la posibilidad de presentar documentos por el demandante en la audiencia preparatoria, art. 308 CPCM⁴¹.

Resulta que los redactores del CPCM se empeñaron en promover un proceso civil y mercantil en el cual las partes pudieran actuar con lealtad con respecto al Juez y la parte contraria. Asimismo, se ha pretendido garantizar un juicio en igualdad de armas para la adecua-

40 Como el « Convenio de La Haya del 5 de octubre de 1961 por el que se suprime la exigencia de la legalización de los actos públicos extranjeros», mediante la inserción de la APOSTILLE. Este Convenio se encuentra vigente para El Salvador.

41 El art. 317 CPCM dice que la prueba deberá ser propuesta en la demanda o contestación. Las partes podrán proponerla en la audiencia preparatoria o en la audiencia del procedimiento abreviado.

da defensa tanto de las pretensiones como de las resistencias de las partes. El principio de veracidad, lealtad y probidad procesal contenido en el art. 13 y el de igualdad procesal, art. 5 ha sido desarrollado no solo en las audiencias orales como tal, sino en procedimientos que pueden permitir el conocimiento de la existencia de la prueba instrumental y de su contenido, así como garantizar su integridad.

El art. 336 CPCM establece el deber de exhibición de los instrumentos públicos o privados por las partes que las tengan en su poder. Esta posibilidad la puede exigir la parte interesada sea en los actos previos al proceso, denominado como diligencias preliminares en la que se pide al Juez su auxilio para la obtención de los instrumentos (arts. 254 y 255 CPCM) o para asegurar prueba (arts. 323 y 324 CPCM). El procedimiento de aseguramiento de la integridad de la prueba está vinculado a las reglas sobre la cadena de custodia de la prueba, art. 322.

Pero también, el procedimiento de descubrimiento de la prueba, art. 317 CPCM, determina la posibilidad de dar a conocer entre las partes los documentos que cuentan en su poder. Si esto no se lleva a cabo antes de la audiencia probatoria, puede acarrear una sanción procesal para la parte que hubiere ocultado o impedido el conocimiento de la existencia de dicha prueba documental.

8. LA DECLARACIÓN DE PARTE

La declaración de parte puede ser definida como la manifestación oral de una de las partes «materiales» según lo dispuesto por el art. 344 CPCM, vertida en audiencia por medio de un interrogatorio con eficacia probatoria⁴².

42 Dice CORTES DOMINGUEZ, «podemos definir al interrogatorio como la declaración de las partes en el proceso con eficacia probatoria. Se trata de un medio indirecto, en el que el Juez utiliza la declaración de la parte para,

Es relevante mencionar que el legislador define quiénes tiene calidad de parte, art. 344 CPCM y luego incluye en el art. 346 CPCM a otros «sujetos que declaran por la parte». También debe tomarse en consideración que la forma de manifestación de los hechos en audiencia es por medio de un interrogatorio. Se realizará un interrogatorio directo si lo hace la propia parte, y si lo hace la parte contraria se utilizará la técnica del contrainterrogatorio con preguntas sugestivas.

Al introducir en la definición del medio probatorio de la declaración de parte, a la eficacia probatoria implica que se puede separar otras intervenciones de las partes que no tienen valor probatorio, como las alegaciones o argumentaciones expresas por escrito o verbalmente en audiencia.

Los sujetos que pueden declarar a título de parte son:

- i) El demandado y el demandante (arts. 344 y 345 CPCM), así como los terceros;
- ii) Los representantes de los incapaces por los hechos en que hayan intervenido personalmente; y,

en su caso, obtener la certeza de los hechos alegados en el proceso...», CORTES DOMINGUEZ, Valentín, *Derecho Procesal Civil, parte general*, op. cit., p. 275. Según manifiesta MARABOTTO LUGARO, cuanto comenta el Código General del Proceso del Uruguay, «en el nuevo ordenamiento procesal, se habla de declaración de parte como el género, comprensivo de dos especies: una, la ya conocida (confesión) y otra la que se obtiene a través de un interrogatorio no formal de la contraria. Por ello, se estableció que *las partes podrán recíprocamente pedirse posiciones o interrogarse...* (art. 148)». Para este autor uruguayo, la regulación legal establecida en el Código General del Proceso en Uruguay es la de la confesión, entendida como toda declaración de ciencia o conocimiento formulada por una de las partes que se refiera a hechos del declarante. MARABOTTO LUGARO, Jorge en *AAVV Curso sobre el Código General del Proceso*, T.1, Fundación de Cultura Universitaria, 1991, p. 147.

- iii) Los apoderados, por los hechos efectuados en nombre de sus mandantes, estando vigente el mandato; y por hechos anteriores cuando estuvieren sus representados fuera del lugar en que se sigue el proceso, siempre que el apoderado tuviese facultades para ello y la parte contraria así lo consienta (art. 346 CPCM).

Tanto el demandante como el demandado pueden requerir al Juez o Tribunal para que se autorice la práctica del interrogatorio de la parte adversaria (art. 344 CPCM). Con las disposiciones del art. 344 se pretendió superar las viejas reglas sobre la confesión o absolución de posiciones que fue la costumbre jurídica salvadoreña hasta la derogatoria del Código de Procedimientos Civiles. Si bien el concepto y el procedimiento por el cual se practica este medio probatorio es bastante novedoso para el derecho procesal civil, según lo contiene el art. 344 y siguientes. El CPCM siguió una orientación adversativa, no se siguió el modelo procesal continental de la LEC (arts. 301 a 316), ni del Código Procesal Civil modelo para Iberoamérica.

La práctica del interrogatorio y la declaración de la parte será oral y se efectuará en la audiencia probatoria en el Tribunal (art. 344). Una excepción para la recepción de una declaración de parte en audiencia probatoria en el Tribunal es la que se refiere el art. 352, que formula un procedimiento análogo al anticipo de prueba. La excepción para que se practique el interrogatorio en el domicilio de una de las partes o en el lugar en donde se encuentre, es por motivos de enfermedad o por otras circunstancias en la cual la persona que deba responder al interrogatorio no pudiera comparecer en la sede del tribunal.

Las preguntas deberán hacerlas los procuradores en sentido afirmativo y evitarán contener valoraciones, sugerencias, calificaciones ni ninguna otra clase de indicación o comentario que pueda dirigir la contestación (art. 348 CPCM). Según el art. 349 el juez o tribunal será el responsable de admitir o rechazar las preguntas. Las

partes pueden objetar la pregunta de la parte contraria u objetar la no admisión de la pregunta que realice. Esto último permitirá resguardar la imparcialidad del juez, ya que el inciso primero del art. 349 da la impresión de que el Juez controla el interrogatorio sin que la parte objete o proteste, lo cual no es así en la práctica. Son las partes las que objetan y el Juez las califica su admisibilidad o rechazo.

Véase a continuación las diferencias procedimentales del interrogatorio de propia parte y del interrogatorio de parte contraria.

Si es la propia parte la que solicita que se le interroge. El primero en comenzar las preguntas por medio de la técnica del interrogatorio directo será su propio procurador. Luego de efectuada la declaración personal de la propia parte, el abogado de la parte contraria podrá efectuar un contrainterrogatorio (art. 345 CPCM). Luego, podrán realizar un interrogatorio redirecto y un recontrainterrogatorio.

Si se trata de la declaración de parte contraria, la primera regla que se establece en el CPCM es que las preguntas se formularán por los abogados de una de las partes a la parte contraria (o a la misma parte en su caso) de manera oral, clara y precisa.

El art. 350 complementa el art. 349 para el desarrollo del interrogatorio en la audiencia probatoria. El interrogatorio comienza con la parte que ha propuesto la prueba. Las respuestas deben de hacerse directamente por la parte interrogada de forma oral (art. 344 inciso final). En esta sección del interrogatorio de parte, hay una insistencia y reiteración en la ley procesal vigente por asegurar que la audiencia será oral, tanto en la realización de las preguntas como en la formulación de las respuestas.

El art. 353 CPCM (así como su equivalente del 316 LEC) tiene la finalidad de permitir que el Juez fije en la sentencia los hechos declarados. La declaración implica una expresión de conocimientos sobre los hechos en controversia por la parte. Así dice el art. 353 que

se «consideran como ciertos los hechos que una parte haya reconocido en la contestación al interrogatorio si en los hubiera intervenido personalmente y su fijación le resulte enteramente perjudicial, siempre que a ello no se oponga el resultado de las demás pruebas. En lo demás, el resultado de la declaración se apreciará conforme a las reglas de la sana crítica».

En el primer caso se podría estar ante un medio probatorio similar a la «confesión de parte», y en el segundo caso supone una declaración que se valora según las reglas de la sana crítica, que puede ser complementaria a los demás medios probatorios⁴³. El Juez en todo caso, siempre tiene la última palabra en el proceso mental de valoración de los hechos vertidos en audiencia.

Por otro lado, si la parte que ha sido citada debidamente no comparece a la audiencia probatoria, sin justa causa, se entenderán por aceptados los hechos alegados por la contraparte (art. 347 CPCM). Según establece el art. 351 CPCM, si la parte que es interrogada en la audiencia se niega a responder podrá ser considerada dicha negativa como el reconocimiento de los hechos en que hubiera intervenido y les fueran perjudiciales a los que se refieran las preguntas, la misma consecuencia se aplicará si las respuestas de las partes son evasivas o poco concluyentes.

Esta circunstancia se exceptúa si la parte se encuentra amparada por la facultad de guardar un secreto. Las reglas sobre el deber y la facultad de guardar silencio pueden ser retomadas de la legislación procesal penal, además de las preceptuadas en los arts. 370 a 372 y 374 del CPCM.

43 CORTES DOMINGUEZ, Valentín, *Derecho Procesal Civil, parte general*, op. cit., p. 278.

9. INTERROGATORIO DE TESTIGOS

Se define al testigo, como una fuente de prueba personal, pues se trata de una persona física, ajena al proceso, citada por el órgano judicial (o las partes procesales) con el fin que preste declaración de hechos relevantes, útiles y pertinentes para la averiguación y constancia de los hechos contenidos en la pretensión⁴⁴.

La calidad de testigo se adquiere con el llamamiento judicial, art. 360 CPCM, aunque en el sistema propuesto esta calidad puede ser adquirida si existen posibilidades de obtener declaraciones anteriores al inicio del juicio, durante la etapa investigación o preparación del caso.

El CPCM⁴⁵ adoptó una regla del derecho probatorio moderno que reconoce que todas las personas son aptas para ser testigos, art. 355⁴⁶. El único testigo que se excluye es el de referencia (art. 357)⁴⁷, sin

44 MORENO CATENA, Víctor; *El Secreto en la Prueba de Testigos del Proceso Penal*, op. cit., p. 26-27. Dice MORENO CATENA «Ante el panorama doctrinal español, podemos concretar que el testigo es la fuente de la prueba y el testimonio el medio probatorio. El testigo es un «tercero» en el proceso. El testigo, que ha de ser –y esto no se cuestiona– una persona física, debe revestir, a nuestro juicio, la nota de alteridad con respecto al órgano jurisdiccional y a los litigantes». Es así que, para este autor, el testigo es toda persona física que aparece como tercero en el proceso y que es ajeno a éste, con la finalidad que declaren en audiencia ante el juez y las partes, de todo cuanto conozca de los hechos históricos que sucedieron fuera del tribunal.

45 SANDOVAL ROSALES, Rommel Ismael, Las técnicas de litigación en el Código Procesal Civil y Mercantil, Revista DeLegibus, No. 4, UCA, 2010.

46 IMWINKELRIED, Edward J.; *Evidentiary Foundations*, 5th Edition, Lexis-Nexis, USA, 2002, p. 24.

47 Art. 357 dice «Razón del conocimiento. Testigo de referencia. El testigo siempre deberá dar razón de su dicho, con explicación de las formas y cir-

embargo, admite de forma limitada la técnica para el interrogatorio y contrainterrogatorio de testigo no disponible. De manera parecida, dice CHIESA, «en Puerto Rico –al igual que en la jurisdicción federal y en las jurisdicciones estatales– existe hoy una norma de gran liberalidad en cuanto a quién puede testificar. Las viejas barreras se han derrumbado. Tales barreras son hoy, si acaso, motivo de impugnación o evaluación de credibilidad. En nuestro ordenamiento existe una regla general de toda persona es apta para ser testigo, salvo que el tribunal estimara que es incapaz de expresarse con relación al asunto sobre el cual declararía...»⁴⁸. Para que un Juez pueda estimar, en un proceso adversativo, que el testigo no tiene capacidad de expresarse sobre los hechos, por sí mismo o por medio de intérprete, o es incapaz de comprender la obligación de decir la verdad, deberá estar sujeto a interrogatorio o contrainterrogatorio en audiencia, como dice el art. 356 CPCM.

En la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), de acuerdo con GIMENO SENDRA, existe un carácter diferenciador en el procedimiento de la prueba testimonial, y es que previo a que declare el testigo debe superar el escollo del procedimiento de la «tacha»⁴⁹. La tacha de testigos es un procedimiento previo a la declaración de un testigo en audiencia, que los procuradores realizan sobre las personas que se han ofrecido para declarar en el tribunal.

cunstances por las que obtuvo conocimiento sobre los hechos. No hará fe la declaración de un testigo que no tenga conocimiento personal sobre los hechos objeto de la prueba o cuando los hubiera conocido por la declaración de un tercero.» Ver. EMMANUELLI JIMENEZ, *Reglas de Evidencia en Puerto Rico*, op. cit. P.76

48 CHIESA APONTE, Ernesto L, *Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos*, V. III, op.cit, p. 321. Para Chiesa, el sistema probatorio americano es liberal al no exigir requisitos o restricciones para ser testigo.

49 GIMENO SENDRA, Vicente; *Derecho Procesal Civil*, T.1, op.cit, pág. 439. Las disposiciones a las que se hace referencia son los arts. 377 y 376 LEC.

Por medio del procedimiento de la tacha la contraparte tiene la oportunidad procesal de advertirle al juzgador que el medio de prueba testifical carece de un conocimiento de los hechos veraz, que carece de imparcialidad y que por lo tanto la versión de los hechos puede ser afectado por un interés de este en el asunto judicial.

El sistema de tacha no existe en el sistema probatorio civil y mercantil ni en el proceso penal salvadoreño. En realidad, en ninguna materia a partir de la vigencia del CPCM. Ello se debe que el legislador adoptó las técnicas originadas en el sistema adversativo desde 1996. Es justamente a través del contrainterrogatorio como se impugna o ataca la credibilidad de los testigos en la propia audiencia probatoria, según lo estipula el art.356 CPCM. Será el Juez quien determine, entonces, las razones o el interés por medio del cual el testigo que está sentado en la audiencia deponiendo sobre los hechos en controversia.

El interrogatorio de los testigos es la declaración probatoria que prestan las personas que tengan noticias sobre los hechos en audiencia. Los testigos son personas que han presenciado a través de los sentidos todo o parte de los hechos controvertidos. Normalmente, los sentidos con los que el testigo capta los hechos son la vista y/u oído, pero también el olfato, gusto o el tacto.

Con la reforma al sistema de justicia civil y mercantil se superó la cultura jurídica continental de la declaración testifical por medio del «relato» de los hechos, sustituyéndola por la técnica adversativa del interrogatorio directo y contrainterrogatorio de las partes. Es decir, el Juez no le indica al testigo a que comience a relatar los hechos. Si no que es responsabilidad del procurador que lo ofreció iniciar las preguntas, empezando por la identificación y acreditación del testigo.

El testimonio como medio de prueba tiene por objeto demostrar la existencia o inexistencia los hechos alegados por las partes en sus escritos o aquellos otros que puedan tener una relación directa con ellos, así como los que se aporten al proceso como alegaciones

complementarias y aclaratorias, como pretensiones complementarias o las que se incluyan en informes preparados por terceros que hayan sido aportados al proceso por las partes).

Lo que el testigo realiza, bajo juramento en audiencia⁵⁰, es emitir lo que su memoria recuerda sobre la existencia o inexistencia de los hechos o la manera en que ocurrieron, si pudo o no identificar a los responsables (normalmente al demandado u otros) de alguna conducta antijurídica. Por medio del interrogatorio el procurador podrá preguntar al testigo, para efecto de credibilidad, sobre la razón de su conocimiento.

Establece el art. 364 CPCM que antes de comenzar la declaración, los testigos serán instruidos acerca de las penas de falso testimonio, para cuyo efecto el Juez o tribunal les instruirá sobre los artículos pertinentes del Código Penal. Inmediatamente después los testigos prestarán ante el Juez o tribunal y las partes, juramento o promesa, bajo pena de nulidad, excepto los menores de doce años. Posteriormente el procurador que ofreció al testigo comenzará con las preguntas de acreditación (art. 364 CPCM), requiriendo su nombre, apellidos, edad, estado familiar, documento de identidad, nombre del cónyuge, compañero de vida o conviviente, profesión, domicilio y vínculos de parentesco o de interés con las partes (art. 366).

El CPCM establece, a partir de los artículos 366 y siguientes, el régimen procedimental de la prueba testimonial. Ahora bien, será responsabilidad de los abogados asegurarse que las personas señaladas como testigos, realmente puedan declarar en audiencia. La mendaci-

50 CHIESA APONTE, Ernesto L, *Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos*, V. III, op.cit, p. 322. Un testigo, en Puerto Rico, únicamente puede declarar bajo juramento o bajo la promesa de decir la verdad, sujeto a responsabilidad penal, es decir, el perjurio (REPR 39).

dad de un testigo podrá acarrear consecuencias negativas para probar las pretensiones o resistencia de la parte que lo ofrece.

El interrogatorio en el sistema CPCM salvadoreño tiene cuatro oportunidades procesales. Un primer interrogatorio que realiza la parte que ofreció o presentó el medio probatorio (art. 366 CPCM)⁵¹. Luego, un contrainterrogatorio que efectúa la parte contraria a la que hizo el primer interrogatorio y que tiene el objetivo general de confrontarlo (art. 367 CPCM)⁵². Después un interrogatorio redirecto que verifica la parte que llevó a cabo el primer interrogatorio, con el objetivo de rehabilitar la credibilidad del testigo y del testimonio que fue confrontado en el primer contrainterrogatorio. Finalmente, la parte que contrainterroga realiza un recontrainterrogatorio, es decir, se confronta nuevamente a la prueba de quien la ha ofrecido.

El art. 357 CPCM obliga a que los testigos den razón de su conocimiento de los hechos, a través del interrogatorio, contrainterrogatorio o por medio de las objeciones. Los testigos solo pueden declarar sobre el conocimiento personal sobre los hechos objeto del litigio, por lo que excluye a los testigos de referencia. En el proyecto del CPCM original, sí había reglas de admisibilidad limitada de declaraciones de prueba de referencia, como en el Código Procesal Penal vigente.

Definir la prueba de referencia desde la perspectiva del derecho continental no deja de traer algunas dificultades. Una porque no en todas las leyes procesales está regulado su concepto, alcance, exclusión o los casos de excepcional admisión. Además, el concepto de prueba de referencia en el sistema anglosajón pretende proteger el de-

51 STRONG, John W; *McCormick on Evidence*, con AAVV, 5th Edition, Hornbook Series West Group, Minn, 1999, pp. 10-18.

52 QUIÑONES VARGAS, Héctor. *Las Técnicas de Litigación Oral en el Proceso Penal Salvadoreño*, op.cit, p. 148.

recho de defensa y confrontación⁵³. En cambio, en el derecho continental, salvo algunas decisiones jurisprudenciales, el legislador regula algunos casos en que se admite la prueba de testigos de referencia como sustitución de prueba directa⁵⁴.

En la práctica, las preguntas que deben realizar los abogados a sus testigos tienen que ser sencillas, cortas, directas y orientadas a cubrir los hechos que le interesan fijar en la mente del juzgador⁵⁵. Es recomendable utilizar un sistema cronológico de preguntas y que permitan describir los hechos, a los sujetos participantes y la posición del testigo para conocer de primera mano los hechos. Los tipos

-
- 53 CHIESA APONTE, Ernesto L, *Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos*, V. III, op.cit, p. 340. CHIESA APONTE CHIESA APONTE define la prueba de referencia para el derecho norteamericano como «la declaración aseverativa de una persona, hecha fuera de la vista en que se ofrece como evidencia, presentada para probar que la aseveración en cuestión es verdadera. De ahí que la declaración constitutiva de prueba de referencia ha de ser una aseveración o una oración susceptible de ser verdadera o falsa. Queda fuera toda oración interrogativa o imperativa, entre otras»
- 54 VELAYOS MARTINEZ, María Isabel, *El Testigo de Referencia en el Proceso Penal: Aproximación a las soluciones angloamericanas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 24. Como afirma VELAYOS MARTINEZ, en la legislación española se entiende como prueba de referencia únicamente al testimonio de referencia, esto es, la prueba consistente en la declaración de un testigo, quien refiere los conocimientos fácticos que ha adquirido por la comunicación de estos proveniente de un tercero. Desde esta última perspectiva se incluye en la idea de testimonio de referencia un amplio espectro de medios probatorios que abarcan desde el testigo de referencia *strictu sensu*, hasta la prueba documental y las declaraciones previas de un mismo testigo deponente en juicio.
- 55 MURRAY, Peter L, *Basic Trial Advocacy*, Aspen Law & Business, USA, 1995, p. 107. QUINONES VARGAS, Héctor. *Las Técnicas de Litigación Oral en el Proceso Penal Salvadoreño*, op.cit, p. 151.

de preguntas con las que se lleva a cabo el interrogatorio directo se recomienda que normalmente comiencen así: «qué, cómo, cuándo, dónde, por qué, explique, cual, describa...Haciendo las preguntas de esta forma se le concede libertad al testigo para que sus respuestas fluyan de manera espontánea y sin sugerencia alguna del interrogador»⁵⁶.

Como se trata de testigos que son anunciados como por la parte y presentados por ésta, el procurador de la parte contraria no le puede hacer preguntas sugestivas. Esta es una prohibición se deriva del art. 367 que faculta efectuar en el contrainterrogatorio preguntas sugestivas, por lo que a contrario sensu, no se pueden efectuar en el interrogatorio directo.

A manera de excepción los tribunales pueden autorizar a un abogado a hacer preguntas sugestivas cuando se está llevando a cabo el interrogatorio directo, la «excepción para que se permita preguntas sugestivas durante el interrogatorio directo está basada en que si no se permitieran, sería muy difícil obtener información valiosa para la resolución de la controversia»⁵⁷, como en los casos en los testigos de la propia parte se comportan de manera hostil, es de escasa cultura o no puede expresarse adecuadamente.

Una vez terminado el primer interrogatorio, le tocará su turno al procurador de la parte contraria por medio del contrainterrogatorio⁵⁸. El contrainterrogatorio o repregunta es una confrontación

56 QUIÑONES VARGAS, *op.cit.*, p. 157. Dice este autor que en el interrogatorio directo «la parte que presenta al testigo intenta convencer y persuadir al juzgador de la veracidad de sus alegaciones...en el interrogatorio directo el protagonista es el testigo y no el interrogador».

57 EMMANUELLI JIMÉNEZ, Rolando; *Prontuario de Derecho Probatorio Puer-torriqueño* *op.cit.*, p. 296.

58 STRONG, John W; *McCormick on Evidence*, con AAVV, *op.cit* pp. 34 y sgtes.

defensiva o el ejercicio al derecho al «careo». En puridad, el primer contrainterrogatorio que se realiza es la del abogado defensor sobre el testigo del de la parte contraria, según dispone el art. 367 CPCM.

La «técnica del contrainterrogatorio en sus diversas fases es conocida como el *cross interrogation* o interrogatorio cruzado, porque la parte que no propuso al testigo o perito tiene la posibilidad de contrainterrogarlo con una técnica que en los buenos abogados y fiscales adquiere caracteres de verdadero arte...»⁵⁹.

Como se trata de un testigo que es presentado como prueba por una de las partes, el abogado que contrainterroga puede hacer preguntas sugestivas ya que el propósito del contrainterrogatorio es buscar la verdad o impugnar la credibilidad del testigo. El contra interrogatorio también puede ser útil para destacar las debilidades o aspectos negativos del caso de la parte contraria y también el mismo puede aportar aspectos positivos del caso que representa el abogado que contra interroga⁶⁰. Para CHIESA, el derecho a contrainterrogatorio es el núcleo del derecho a defenderse mediante la confrontación de la prueba contraria⁶¹.

59 QUIÑONES VARGAS es más dramático al describir el sentido y alcance del contrainterrogatorio cuando afirma que «el contrainterrogatorio ha sido descrito como el ataque frontal que asegura el triunfo de la verdad y la justicia», QUIÑONES VARGAS, Héctor. *Las Técnicas de Litigación Oral en el Proceso Penal Salvadoreño*, op.cit, p. 207.

60 IMWINKELRIED, Edward J. *Evidentiary Foundations*, op.cit, pp. 6 y ss.

61 CHIESA, Ernesto L.; *Tratado de Derecho Probatorio, Reglas de Evidencia de Puerto Rico y Federales T. 1*, op.cit, p. 363. Así dice que «con gran frecuencia se cita a WIGMORE al caracterizar al contrainterrogatorio como la más grande arma jurídica jamás inventada para el descubrimiento de la verdad...constituye una violación al derecho del acusado a confrontarse con los testigos del fiscal, imponer limitaciones irrazonables al contrainterrogatorio de estos testigos»

El propósito principal del conainterrogatorio es lograr que el testigo de la parte contraria pierda credibilidad frente al tribunal, desacreditando dicho testimonio o a la persona. En la primera situación se confronta la versión de los hechos del testigo sea porque no es creíble, es ilógica, desafía las leyes de la naturaleza, se contradice con una versión anterior que hubiera depuesto o con la de otro testigo. En la segunda estrategia, se intenta arremeter contra la credibilidad del testigo, sea por su falta de criterio, por carecer de agudeza mental para entender los hechos, por su conducta o por la situación o posición que se encontraba cuando sucedieron los hechos⁶².

Desde el punto de vista de MURRAY, el interrogatorio cruzado permite a los abogados la oportunidad de obtener y usar información del testigo de la parte contraria, la cual puede ser útil para sus propósitos o para desacreditar a dicho testigo, el testimonio, descubrir inconsistencias o buscar información que le favorezca, ⁶³.

El medio eficaz para atacar la credibilidad de un testigo es utilizar las declaraciones anteriores contradictorias del testigo, para demostrar las incompatibilidades. No solo quedará demostrada la contradicción, sino la credibilidad del testigo⁶⁴. Entre las manifestaciones realizadas en la audiencia judicial y la anterior debe, entonces, existir

62 QUIÑONES VARGAS, Héctor. *Las Técnicas de Litigación Oral en el Proceso Penal Salvadoreño*, op.cit, pp. 207-209.

63 MURRAY, Peter L, *Basic Trial Advocacy*, op.cit, p. 155. Dice MURRAY que «in the popular image, the lawyer takes on the chief witness of the opposing side and reduces that witness to tatters with a dramatic, often sarcastic and incredulous, cross-examination». De allí que el autor recomienda mantener el control de la declaración del testigo con preguntas sugestivas esperando respuestas afirmativas o negativas. No recomienda la realización o repetición de las preguntas del interrogatorio directo.

64 CHIESA APONTE, Ernesto L, *Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos*, V. III, op.cit, 1995, p. 326.

una incompatibilidad o diferencias significativas. También procede la impugnación de la veracidad del testigo, cuando éste realiza declaraciones que había omitido anteriormente, entendiendo que esta información es básica para el descubrimiento de la verdad de los hechos controvertidos. De manera similar está redactado el art. 356 del CPCM.

El art. 367 del CPCM en el inciso final determina que luego que el abogado de la parte contraria termina el concontrainterrogatorio, el abogado que llevó a cabo el directo del testigo tiene la opción de hacer el interrogatorio re-directo. Al igual que el caso del concontrainterrogatorio es discrecional del abogado de la parte hacer un re-directo. Tampoco pueden hacerse preguntas sugestivas cuando se hace el re-directo y el mismo se limita a los asuntos que fueron cubiertos en el concontrainterrogatorio. Es decir, el abogado debe limitarse a aclarar asuntos y permitirle que su testigo ofrezca las explicaciones que el abogado contrario no permitió cuando lo concontrainterrogaba.

Posteriormente que un testigo es sometido al re-directo el abogado contrario tiene la opción de llevar a cabo el re-concontrainterrogatorio, y como su propósito es volver a desmerecer la credibilidad del testigo el abogado puede ser sugestivo, pero se deberá limitar las materias cubiertas en el re-directo⁶⁵.

10. MEDIO PROBATORIO PERICIAL

El medio probatorio pericial es explicable dada la complejidad de hechos o situaciones en las que se requiere conocimientos científicos.

65 FONTANET, Julio; *Principios y Técnicas de la Práctica Forense*, 2 op.cit, p. 145, para este autor el reconcontrainterrogatorio se limita a las áreas cubiertas en el redirecto. La realización de esta fase no es obligatoria y más bien depende de la estrategia del litigante.

cos, artísticos o de alguna técnica especializada, en la que ni las partes ni los testigos, ni el Juez o Tribunal tienen conocimiento alguno. En estos casos, el art. 375 CPCM estatuye la facultad de las partes de requerir el examen científico, técnico o artístico de un experto sobre los hechos afirmados por las partes.

La ley procesal vigente se decanta por favor el nombramiento de peritos o expertos de parte (arts. 374 y 377 CPCM), y excepcionalmente atribuye al Juez la capacidad de nombrar alguno (arts. 378 y 380). La ley procesal vigente según el art. 383 CPCM determina que podrán ser designados peritos quienes posean título oficial en la materia, ciencia o arte de que se trate. Si el objeto de la pericia no requiera un título oficial, se nombrará el perito entre personas entendidas en la materia.

El CPCM, art. 384, señala que no se requiera un número preciso de peritos para darle valor a un examen pericial. La disposición afirma que un solo perito será suficiente para tener por establecidos los hechos controvertidos, salvo que las partes acuerden designar más de uno siempre que estén de acuerdo en la designación de todos los que se hayan de nombrar.

Se requiere que el perito en su dictamen establezca una explicación creíble y razonable, con base científica o técnica, sobre un hecho o negocio, o de valoración artística sobre un objeto o negocio. En el informe pericial, el experto deberá manifestar en su dictamen la promesa o juramento de decir verdad y que ha actuado y actuará con objetividad (arts. 375-376).

Según el art. 386 CPCM el perito deberá presentar el dictamen por escrito y remitirlo al juez y a las partes dentro del plazo otorgado que deberá finalizar, cuando menos, tres días antes de la celebración de la audiencia probatoria. Durante la audiencia, las partes podrán interrogar al perito sobre los puntos expuestos en el dictamen, quedando expedido a una y otra, según sea el caso, el derecho a con-

tra-interrogar. Ahora bien, si no existe controversia sobre el dictamen pericial, las partes pueden aprobar su dictamen.

Para el examen pericial, según lo dispone de manera general el art. 387 el perito está sujeto a las preguntas de los abogados de las partes, pero, la práctica deberá llevarse a cabo según la técnica de interrogatorio y contrainterrogatorio de testigos de la ley procesal vigente.

El CPCM renuncia a la valoración tasada del peritaje, admitiéndose que sea valorada por el tribunal de acuerdo con las reglas de la sana crítica tomando en consideración la idoneidad del perito, el contenido del dictamen y la declaración vertida en la celebración de la audiencia.

11. EL RECONOCIMIENTO JUDICIAL

El reconocimiento judicial procederá cuando sea necesario por la naturaleza de los hechos controvertidos que el Juez reconozca por sí a una persona, un objeto o un lugar (art. 390 CPCM). Este medio probatorio podrá ser propuesto por la parte o el juez de oficio podrá ordenar el reconocimiento judicial cuando lo considere necesario para dictar sentencia.

Según el art. 392 CPCM, cuando se pretendiere el reconocimiento de una persona o de un objeto, este acto deberá llevarse a cabo en la audiencia y proceder describiendo el estado en que se encuentre de modo ordenado e inteligible. Las partes podrán objetar en todo momento la descripción referida. Si el reconocimiento fuera de algún inmueble o una escena en dónde las partes o una de ella afirma que ocurrieron los hechos se señalará el día y la hora para su práctica, antes de la audiencia probatoria, previa cita de partes.

El art. 394 CPCM admite la posibilidad que el juez estime la conveniencia de efectuar junto con el reconocimiento judicial la práctica pericial o la declaración de testigos. Esta decisión puede ser ob-

jetable por las partes que consideren que no es conveniente a sus intereses, por la iniciativa oficiosa.

12. MEDIOS DE REPRODUCCIÓN DEL SONIDO, VOZ O IMAGEN Y ALMACENAMIENTO DE LA INFORMACIÓN

En los arts. 396 y 397 CPCM se dedica a reconocer otros medios novedosos de prueba, especialmente porque son por una parte un «soporte electrónico» que documenta sonido, voz, datos, imagen, información electrónica o de otra tecnología. Ello se debe a los cambios tecnológicos del mundo.

Así el art. 396 admite la posibilidad de proponer como medios de prueba los medios de reproducción del sonido, voz, datos o de la imagen se podrán proponer como medios de prueba. Por otra parte, el art. 397 dice que se podrá proponer prueba mediante medios de almacenamiento de datos o de información. Ahora bien, las partes son las responsables de aportar cintas, *diskettes* (que ya no existen) u otros medios en los que conste la información.

Si bien el legislador elaboró una lista ejemplificativa de tecnologías, prácticamente desde que entró en vigor el CPCM a esta fecha ya fueron superadas, por lo que una reforma debería considerar modificarla para ampliarla a una terminología más genérica como «soportes electrónicos y cualquier otra que la tecnología produzca en el futuro». Lo importante de la aportación probatoria está en la pertinencia, licitud e inalterabilidad para demostrar los hechos afirmados.

Ahora bien, el progreso tecnológico, los avances de las tecnologías de información en la vida cotidiana, no sólo es un hecho notorio en los negocios o relaciones ocurridas a nivel nacional sino a nivel global reclaman nuevas regulaciones probatorias. Las personas naturales y las jurídicas se relacionan por medio de correos electrónicos, mensajería instantánea (MSJ, WhatsApp), firmas electrónicas,

documentos y mensajes y correos electrónicos, diseños electrónicos, declaraciones en redes sociales (Twitter, Instagram, tik tok u otros) comunicaciones o contratos (públicos o privados) u otro tipo de actos o negocios jurídicos formalizados en soportes electrónicos, han convertido en obsoleta las reglas de prueba de los hechos bajo estos soportes. Cuando se aprobó por el legislador no se incluyó la actividad económica o de servicios producidos por la tecnología robótica⁶⁶, lo que requiere actualizar, utilizando la normativa europea como un referente, por ejemplo.

Esta situación vuelve a ser crítica en cuanto al reconocimiento de las comunicaciones electrónicas internacionales. De hecho, tanto la Comisión de Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) ha estado promoviendo un Convenio Internacional que brinde seguridad jurídica a dichos actos o negocios electrónicos. Así se ha promovido la ley modelo de la CNUDMI sobre documentos transmisibles electrónicos. Este aporte debería ser incorporado en una futura actualización del CPCM.

Hay constantes reclamos hacia la no equivalencia funcional entre la prueba electrónica y la prueba documental, que de seguro genera discusiones entre peritos, jueces y abogados en las audiencias probatorias. El principio de equivalencia funcional se adoptó en los procesos judiciales para que la prueba electrónica se pudiera ingresar como documento.

Si bien, el CPCM tiene sus propias reglas sobre la prueba electrónica, son muy exiguas a la luz del progreso tecnológico. Incluyendo los desafíos de los «contratos inteligentes» y las discusiones sobre las criptomonedas. Como es de conocimiento público, El Salvador,

66 MELO, Leticia, *Régimen jurídico de blockchain: una prueba atípica Régimen jurídico de blockchain: una prueba atípica*. Rev Bio y Der. 2019; 46: 101-116

adoptó la criptomoneda denominada «Bitcoin»⁶⁷ como moneda de curso legal, es seguro que aparezcan conflictos sobre los «precios» en los contratos ante la variabilidad de esta o cambio de valor, o sobre los valores de los conflictos contractuales o de pago.

El art. 398 del CPCM expresa que la proposición como prueba de los medios de reproducción del sonido o de la imagen, así como aquellos soportes magnéticos o informáticos en donde se almacena información, deberá hacerse conforme a lo ordenado en el art. 316, en la que se manifiesta que debe ser propuesta en la demanda o en la contestación, así como en la audiencia preliminar.

El art. 399 CPCM reglamenta un procedimiento riguroso, además de reforzar la exigencia de un descubrimiento e intercambio del medio probatorio, conforme al art. 317, la práctica de la prueba deberá efectuarse en audiencia (art. 325 CPCM), sin perjuicio que se exija el establecimiento por la parte interesada de la cadena de custodia de esta (art. 322) para demostrar que no ha sido alterada en el ínterin del ofrecimiento con la producción en audiencia.

Asimismo, a estos medios novedosos de prueba les son aplicables las reglas generales de aseguramiento de la prueba contenida en los arts. 323 y 324 de la ley procesal vigente. Si la grabación o duplicación que se lleva a cabo, así como la información almacena-

67 Ver LEY BITCOIN, publicado en el Diario Oficial N° 110 TOMO N° 431 FECHA: 9 de junio de 2021. Así expresa en los artículos 1 y 2: «Art. 1.– La presente Ley tiene como objeto la regulación del Bitcoin como moneda de curso legal, irrestricto con poder liberatorio, ilimitado en cualquier transacción y a cualquier título que las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas requieran realizar. Lo mencionado en el inciso anterior es sin perjuicio de la aplicación de la Ley de Integración Monetaria. Art. 2.– El tipo de cambio entre el Bitcoin y el dólar de los Estados Unidos de América en adelante dólar, será establecido libremente por el mercado». Esta disposición, pese a la libertad probatoria ofrece retos a las partes.

da requiriese además de un conocimiento especializado, las partes deberán nombrar un perito para que permita asegurar al Juez su integridad y seguridad. Sin perjuicio de lo solicitado por las partes, el juez podrá designar un perito para ese único efecto, (art. 400 CPCM).

13. EL RETO DE INCORPORAR REGLAS PROBATORIAS SOBRE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL

La humanidad se encuentra constantemente innovando en la producción de bienes y servicios. Parte de esas innovaciones depende de la Inteligencia Artificial (IA) y de la robótica. Aunque si bien, ambas tecnologías aparecen relacionadas como una sola, en la realidad no necesariamente es así. Dependerá de su diseñador y de los fines previstos para la tecnología. La IA puede o no utilizar «dispositivos» físicos que pueden o no tener movimientos articulados o ser un programa informático (software).

La IA se define como un sistema que se basa en un programa o programas informáticos que muestran o realizan un comportamiento similar a la inteligencia humana. Estas actuaciones de un dispositivo físico o informático lo realizan mediante la recolección (por sensores, órdenes enviadas de forma remota o cualquier otro mecanismo)⁶⁸. Es el software con sus algoritmos el que le da un tra-

68 EUROPEAN COMMISSION, *WHITE PAPER On Artificial Intelligence – A European approach to excellence and trust*. Brusells 19.2.2020 COM (2020) 65 final, 2020, p. 18. SMITH C., MCGUIRE B., HUANG T & YANG G., *The History of Artificial Intelligence History of Computing*, University of Washington, 2006. En efecto, la IA no se trata solo de brazos robóticos o robots (en sus variadas formas) ni únicamente de los automóviles sin conductor o las misiones espaciales no tripuladas, que si bien son otro ejemplo del uso

tamiento a los datos u órdenes, lo analizará y adoptará su resolución y las actividades serán resultado de la interpretación de lo requerido y/o del entorno⁶⁹.

Implica una automatización de actividades muy similares a los procesos del pensamiento humano como es la de recibir una instrucción directa o indirecta o comprender lo que sucede en el entorno, analizar las alternativas con la información recibida, adoptar una decisión, solucionar o ejecutar lo requerido y aprender del proceso, incluso mejorándolo⁷⁰.

Se considera a la IA como aquellos sistemas expertos que tienen la capacidad de imitar ciertos comportamientos de un ser humano,

de la IA. La IA tiene innumerables aplicaciones para las empresas y para las personas.

- 69 CASADESUS RIPOLL, Paula., *Inteligencia artificial y responsabilidad civil: perspectivas jurídicas y retos legislativos*, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Tomo LXX, Número 278, Septiembre-Diciembre 2020, DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/fder.24488933e.2020.278-1.77358>, p. 355. Se ha sostenido que la IA es programa o aplicación informática que pueda dar respuestas a las solicitudes de un humano, sin que el requirente pueda darse cuenta de que se trata de una máquina. Se imita el pensamiento humano, sin los problemas del ser humano (cansancio, visión, resolución de problemas a una gran velocidad, ejecución de la orden sin la complejidad de los valores o sentimientos humanos). Con mayor razón se requieren estándares internacionales del comercio mundial relacionados a la ética de la IA.
- 70 PLATERO ALCÓN, Alejandro, *Breves notas sobre el régimen de responsabilidad civil derivado de los sistemas de Inteligencia Artificial: especial referencia al algoritmo de recomendaciones de Netflix Autores/as*, VOL. 7 NÚM. 1 (2021). DOI: <https://doi.org/10.12795/IETSCIENTIA.2021.i01.10.>, p. 146. Entonces, conforme a los datos previos que la herramienta pueda almacenar para obtener la solución correcta en función de los parámetros que el programador haya dispuesto, tomará esa decisión exactamente como un ser humano, de forma rápida y eficiente. Sin que muestre agotamiento físico.

aunque es el usuario (o el programa) el que les proporciona la información o le enseña a recogerla en el entorno⁷¹.

Cuando un usuario ingresa a motores de búsqueda (como *Google* o *Chrome*), redes sociales (*Facebook* o *Instagram*), servicios de streaming (*Netflix*, *Amazon* o *Disney*), servicios de transporte (*Uber*) servicios de compras (*Amazon* o *Aladdin*) o alguna página de internet, la IA se encuentra presente, estudiando los hábitos o tendencias de conducta, compra, la identificación facial o de voz y comportamientos humanos como usuarios de la red.

También el consumidor ya puede observar estas aplicaciones en los automotores autónomos y conectados (CAVS, por sus siglas en inglés) como los de *Tesla* o *Google*. En las fábricas el uso de aplicaciones con algoritmos especialmente en tareas repetitivas o de precisión han sustituido a miles de obreros o técnicos. En cuanto a la exploración espacial, las misiones a Marte y los satélites utilizan para sus sensores tecnología IA.

La relevancia del estudio de la IA es que la legislación salvadoreña carece de definiciones sobre dicha tecnología. El CPCM, pese a ser de una generación procesal moderna tampoco incluye reglas para la incorporación de la prueba sobre hechos ocurridos por la intervención de la IA, en el caso que se intente una reclamación judicial.

De allí que los algoritmos utilizados en la inteligencia artificial harán que un humano que interactúa con la IA no sabrá que está interactuando con un programa. Se trata de que las máquinas piensen o imiten el razonamiento humano a partir de patrones o decisiones habituales, o que le permita aprender de esas interacciones para predecir u orientar la conducta humana.

71 HIDALGO H., ORGHIAN D., ALMEDIDA F.; MARTIN, N.; ALBO-CANALS, J., *How Human Judge Machines, Data Analysis and Visualization*, Massachusetts Institute of Technology. 2021, p. 13.

Son una realidad los diseños del software que aprende de su entorno (*machine learning*), de los consumidores o usuarios de los servicios de plataformas informáticas y guarda esa información para orientar, persuadir o «conducir» los hábitos de consumo (incluso para influir en los procesos electorales) o para mejorar la investigación científica⁷².

En ese orden de ideas, los principios éticos de la IA, en la propuesta de regulación (reglamento) del Parlamento Europeo, establecen que dicha tecnología debe servir para mejorar la vida humana, por eso es por lo que, deben limitarse las facultades autónomas para que no pueda 'poner en riesgo o lesionar derechos fundamentales'⁷³.

En la propuesta de reglamento de la Comisión Europea⁷⁴ se plantean disposiciones para que la Inteligencia Artificial tenga un equilibrio entre la innovación y la gestión de riesgos⁷⁵, así se establece

-
- 72 EUROPEAN COMMISSION, *AI Watch Historical Evolution of Artificial Intelligence. Analysis of the three main paradigm shifts in AI*, Luxembourg: Publications Office of the European Union. 2020, p. 20
- 73 EUROPEAN COMMISSION, *WHITE PAPER On Artificial Intelligence – A European approach to excellence and trust*. Brusells 19.2.2020 COM (2020) 65 final, 2020, p. 10.
- 74 EUROPEAN COMMISSION, *Proposal for a REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL LAYING DOWN HARMONISED RULES ON ARTIFICIAL INTELLIGENCE (ARTIFICIAL INTELLIGENCE ACT) AND AMENDING CERTAIN UNION LEGISLATIVE ACTS SEC (2021) 167 final} – {SWD (2021) 84 final} – {SWD (2021) 85 final, 2021.*
- 75 RINCÓN ANDREU, Gérard, *Libro Blanco de la Comisión Europea sobre Inteligencia Artificial. Un enfoque europeo hacia la excelencia y la confianza*, Ius et Praxis, <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122021000100264>, 2021, p. 268. Se establece que todo sistema de IA de un dispositivo (robot o unidad inteligente) o proceso electrónico será objetivamente responsable de cualquier daño por actividad física o virtual. En efecto, se establece un sistema

que la norma regule: (i) garantizar que los sistemas comercializados y utilizados en el mercado de la Unión sean seguros y respeten la legislación vigente sobre derechos fundamentales y valores de la Unión; (ii) garantizar la seguridad jurídica para facilitar la inversión y la innovación; (iii) mejorar la gobernanza sobre derechos fundamentales y requisitos de seguridad; (iv) facilitar el desarrollo de un mercado único para aplicaciones legales, seguras y confiables y prevenir la fragmentación del mercado.

En la legislación procesal salvadoreña, específicamente en el CPCM en los arts. 312 y 330, se expresa que los hechos se pueden probar por cualquier medio de prueba establecido en esa ley. Si no hay un medio probatorio específico y expreso se podrá utilizar otro similar para que los hechos puedan incorporarse al conocimiento del tribunal. Es admisible en el sistema judicial salvadoreño toda la prueba pertinente, legalmente obtenida y útil para la averiguación de la verdad. Apenas el legislador acaba de darle validez a la prueba electrónica, y ahora será necesario establecer reglas sobre la prueba de los hechos jurídicos producidos por la IA⁷⁶. En este mismo orden de ideas dado que no existe un estándar nacional sobre la regulación de la IA, un afectado por actos u omisiones de bienes o servicios proveídos a partir de la IA puede proteger la evidencia.

de responsabilidad civil de gestión de riesgos y prevención tomando en consideración las distintas aplicaciones que tiene la IA para asegurar la compensación a las víctimas, se prevé un sistema de seguros para garantizar la compensación y la solvencia del proveedor de IA.

76 UNIÓN INTERNACIONAL DE TELECOMUNICACIONES. *Establecimiento de políticas armonizadas en el mercado de las Tecnologías de la Información y la Comunicación en los países ACP La prueba por medios electrónicos: Modelos de directrices para políticas y textos legislativos*. ITU. 2012, p. 130.

En efecto, el CPCM establece reglas de auxilio judicial para la conservación de la prueba de los hechos y sobre la cadena de custodia para proteger la prueba (Salamanca Rodríguez, 2016, p. 27). Estas disposiciones son especialmente válidas para la conservación de la prueba fungible como es la prueba electrónica en general y la de IA. Sin duda las reglas de cadena de custodia deben garantizar la indemnidad de la fuente, se debe garantizar al juez que no ha habido alteraciones, sustituciones, contaminación, desaparición o destrucción, y que es la misma que se recolectó en la escena de los hechos, (arts. 325 y 322 CPCM).

El CPCM ha previsto que, a través del desarrollo de interrogatorio o contrainterrogatorio, es decir un proceso de «autenticación»⁷⁷ se puede incorporar y acreditar en audiencia probatoria la prueba demostrativa o material, como pudiera ser toda aquella contenida en soportes tecnológicos que pudieran aportar información sobre los hechos ocurridos y daños provocados por el uso de una aplicación de IA (arts. 325 y 322 CPCM).

La incorporación de esta prueba de soporte electrónico puede realizarse mediante interrogatorio (la parte que la ofrece) o contrainterrogatorio (la parte que resiste) a la fuente de prueba de las partes, es decir el demandante o el demandado (art. 350 CPCM); testigos (arts. 366, 367, 356 CPCM) o peritos (art. 387 CPCM). En cada uno de los casos mencionados la ley establece que la parte, testigo o perito podrán consultar soportes materiales, para ello el juez deberá autorizarlo siempre y cuando los procuradores hayan podido fijar las bases necesarias tanto para acreditar como para impugnar, conforme al procedimiento que por su naturaleza sea aplicable del art. 325 (CPCM) denominado acreditación de prueba material o tangible o

77 EMANUELLI JIMÉNEZ, *Reglas de evidencia de Puerto Rico*, op.cit., p. 67

estableciendo cadena de custodia si la prueba material lo requiriera (art. 322 CPCM).

Ahora bien, los arts. 322 y 325 CPCM establecen un procedimiento de incorporación de prueba material (documentos, fotografías, planos, soportes de almacenamiento de imagen, voz y datos, etc.) mediante el interrogatorio de partes, testigos o peritos en la audiencia probatoria (arts. 402). Por ejemplo, por medio de testigos que están declarando en audiencia probatoria, art. 366 ó 367, los abogados pueden acreditar o incorporar dicha prueba material o establecer cadena de custodia. Incluso para impugnar falsedad ideológica o material, sea con testigos (art. 356 CPCM) o peritos, arts. 338, 339, 340 CPCM.

En los arts. 396 y 397 CPCM el legislador reconoce otros medios novedosos de prueba, como son los soportes de sonido, voz, *datos*, imagen, información electrónica o de otra tecnología. El art. 397 dice que se podrá proponer prueba mediante medios de almacenamiento de datos o de información electrónica, como podría ser la IA.

De acuerdo con la estrategia de las partes, la prueba técnica o pericial es admisible en el sistema salvadoreño, y con mayor razón si se trata de evidencia de carácter electrónico como la IA⁷⁸. Los jueces no tienen todo el conocimiento científico, artístico o de alguna técnica especializada, por lo que la pericia sobre los hechos realizados por medio de la tecnología IA será imprescindible en la mayoría de los casos, art. 375 CPCM.

En el sistema judicial salvadoreño no se precisa un número de peritos para darle valor a un examen pericial. Un solo perito podría ser suficiente para tener por establecidos los hechos controvertidos, salvo que las partes acuerden designar más de uno. En los interro-

78 TARUFFO, Michelle, *La prueba de los hechos*, 2ª Edición, Colección Estructuras y procesos, Monografías Jurídicas Universitas, 2006, p. 89 y siguientes.

gatorios de perito se pone en juego la credibilidad del perito y de su examen pericial.

Algunos cuerpos normativos como la Ley de Acceso a la Información Pública, la Ley de Protección al Consumidor y la Ley del Historial Crediticio han establecido reglas sobre las bases de datos de usuarios, particulares o personas jurídicas, tanto en su acceso como en su integridad y seguridad. Estas bases de datos independientemente estén en el sector público o privado, son gestionadas y administradas por software con algoritmos de inteligencia artificial, por lo tanto, se deben incorporar los conceptos jurídicos que sean necesarios para la protección de los particulares.

El legislador salvadoreño debe realizar las consultas para establecer disposiciones para crear un modelo de reglas probatorias adecuadas, ante la posibilidad de un conflicto que se debe solucionar en sede judicial.

14. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS OBJECIONES

La objeción en el CPCM y en el CPP puede ser definido como un medio de impugnación de parte, únicamente la puede efectuar el litigante o el procurador nunca el Juez. Es decir, requiere el impulso de parte. Pero si se no objeta oportunamente se entenderá que ha renunciado a su derecho.

Las objeciones tienen, asimismo, una finalidad estratégica en la dinámica de la audiencia en los tribunales, por lo que la decisión sobre su uso dependerá de la misma preparación técnica del abogado. Si la actividad de la contraparte no le ha causado daño, el procurador deberá valorar si vale la pena objetar. Obviamente, que si considera que le hace daño deberá objetar, especialmente si la pregunta o respuesta es impertinente o si es sugestiva (cuando es prohibida en el interrogatorio directo como el re-directo).

El Juez tendrá la libertad de decidir la admisión o rechazo de la objeción, fundando su decisión de manera verbal. La parte que no esté de acuerdo podrá pedir que se revise verbalmente la decisión del Juez por medio del recurso de revocatoria interpuesto de forma oral.

A manera de ilustración, y conforme al CPCM, pueden ser objetables durante las audiencias: (i) Las preguntas formuladas por los procuradores durante los interrogatorios. Es decir, las preguntas efectuadas por los litigantes pueden ser objetables si son impertinentes, sugestivas, repetitivas, capciosas, compuestas, especulativas, ambiguas o cuando se asumen hechos no establecidos (art. 408 CPCM); (ii) Las respuestas de los peritos, testigos y partes si las respuestas son prueba de referencia, o si el testigo emite opinión o si contesta más allá de lo preguntado (art. 409 CPCM); y, (iii) La conducta de los abogados, por ejemplo, si durante el interrogatorio cita de manera incorrecta lo expresado por un testigo; si tiene una conducta irrespetuosa hacia el testigo, parte o perito o ante el tribunal; o si obstaculiza las respuestas del testigo, coacciona o lo intimida a contestar o quedarse callado (art. 410 CPCM).

El que un litigante aluda una prueba en las alegaciones finales sin haberla practicado es objetable por la parte contraria. Ello es así, porque el Juez deberá juzgar sobre la prueba que ha desfilado en la audiencia y no sobre supuestos o meros alegatos. Ni por las afirmaciones de los procuradores.

15. REFLEXIÓN FINAL

Luego de doce años de vigencia de la ley procesal civil y mercantil, es el momento de iniciar una revisión sobre las reglas probatorias del CPCM, así como de los procesos. Hay que repensar cómo incentivar las salidas alternas y los arreglos amigables. Sin retroceder

las técnicas probatorias del sistema adversativo que se han logrado adaptar a la cultura procesal salvadoreña. Habrá que incluir reglas de admisión excepcional de la prueba de referencia, no solo sobre la prueba testimonial sino también documental o de cualquier soporte. Hay que recordar que para la impugnación de la credibilidad del testigo o perito se admite cualquier prueba en cualquier soporte, incluyendo la imagen, sonido o electrónica.

De igual manera las reglas de prueba tienen que permitir facilitar el acceso a los hechos al Juez o tribunal. Hace falta la etapa de descubrimiento de prueba que puede ser una oportunidad para lograr acuerdos o arreglos extrajudiciales. El descubrimiento permite cumplir con los principios de lealtad procesal porque las partes tienen acceso a toda la información de los hechos.

El legislador salvadoreño debe emitir disposiciones sustantivas por medio de reformas al Código Civil y al Código de Comercio que no tienen por objeto regular la conducta humana como es lo habitual. Debe incluir definiciones sobre la IA y las responsabilidades (civiles, penales o administrativas) y reglas de prueba que permitan incorporar los hechos para salvaguardar los derechos de las personas.

Sin duda, ninguna de las referencias legislativas existentes en el ordenamiento jurídico permite una definición de «robot» o de la «inteligencia artificial». Una fuente normativa comparada podrán ser las recomendaciones del Parlamento Europeo hacia la Comisión. Así recomienda definir a los sistemas y a los robots inteligentes (dispositivos) basados en características tales como la autonomía adquirida por sensores o intercambio de datos con usuarios, conexiones remotas o su entorno; falta de vida biológica, adaptación al entorno de forma autónoma y capacidad de aprendizaje.

La tecnología ha venido a cambiar la actividad humana, la economía, los negocios y hasta las actuaciones judiciales. El legislador debe ir adaptando el ordenamiento de forma acelerada.

16. BIBLIOGRAFÍA

- CASADESUS RIPOLL, Paula., *Inteligencia artificial y responsabilidad civil: perspectivas jurídicas y retos legislativos*, Revista de la Facultad de Derecho de México, Tomo LXX, Número 278, Septiembre-Diciembre 2020, DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/lder.24488933e.2020.278-1.77358>
- CHIESA, Ernesto L.; *Tratado de Derecho Probatorio, Reglas de Evidencia de Puerto Rico y Federales T. 1 y 2*, Editora Corripio, República Dominicana, 1998.
- CHIESA APONTE, Ernesto L; *Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos*, V. I y III, 1ª. Reimpresión, Editorial Forum, San Juan, 1995
- CORTES DOMÍNGUEZ, Valentín; *Derecho Procesal Civil. Parte General*, con AAVV, 3ª Edición, Editorial COLEX, 2000.
- DAMASKA, Mirjan R., *Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal*, Editorial Jurídica de Chile, 2000.
- DAMASKA, Mirjan R, *El Derecho Probatorio a la deriva*, Madrid, Editorial Marcial Pons, 2015.
- EMMANUELLI JIMENEZ, Rolando, et. al., *Reglas de Evidencia en Puerto Rico, Un análisis legal y empírico sobre su aplicación en los procesos judiciales*, Facultad de Derecho de la Universidad Interamericana de Puerto Rico-CEJA-JSCA, 2018.
- EMMANUELLI JIMÉNEZ, Rolando; *Prontuario de Derecho Probatorio Puertorriqueño* Reimpreso en Reprográfica, San Juan Puerto Rico, febrero 1999.
- EUROPEAN COMMISSION, *AI Watch Historical Evolution of Artificial Intelligence. Analysis of the three main paradigm shifts in AI*, Luxembourg: Publications Office of the European Union. 2020
- EUROPEAN COMMISSION, *WHITE PAPER On Artificial Intelligence – A European approach to excellence and trust*. Brusells 19.2.2020 COM (2020) 65 final, 2020
- EUROPEAN COMMISSION, *Proposal for a REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL LAYING DOWN HARMONISED RULES ON ARTIFICIAL INTELLIGENCE (ARTIFICIAL INTELLIGENCE ACT) AND AMENDING CERTAIN UNION LEGISLATIVE ACTS {SEC(2021) 167 final} – {SWD(2021) 84 final} – {SWD(2021) 85 final}*, 2021

- FAIRÉN GUILLÉN, Víctor; *Doctrina General del Derecho Procesal. Hacia una teoría y Ley procesal generales*, Librería Bosch, Barcelona, 1990.
- FONTANET, Julio; *Principios y Técnicas de la Práctica Forense*, 2ª. Edición, Jurídica Editores, San Juan Puerto Rico, mayo 2002.
- GIMENO SENDRA, José Vicente; *Fundamentos del Derecho Procesal, jurisdicción, acción y proceso*, 1a. Edición, Editorial Civitas, S.A., 1981.
- GIMENO SENDRA, José Vicente; *Derecho Procesal. Proceso Penal*, con AAVV, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.
- GIMENO SENDRA, Vicente; *Derecho Procesal Penal*, 1ª Edición, Editorial COLEX, Madrid, 2004.
- GIMENO SENDRA, José Vicente, *Derecho Procesal Civil, T.1*, 1ª. Edición, Editorial COLEX, 2004.
- GONZÁLEZ Leonel y EMANUELLI JIMÉNEZ, R., *Reglas de evidencia de Puerto Rico. Un análisis legal y empírico sobre su aplicación en los procesos judiciales*, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA, 2018.
- GUASP DELGADO, Jaime; *Derecho Procesal Civil, T. 1*, 3ª Edición corregida, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968.
- HIDALGO H., ORGHIAN D, ALMEDIDA F.; MARTIN, N.; ALBO-CANALS, J., *How Human Judge Machines, Data Analysis and Visualization*, Massachusetts Institute of Technology. 2021
- IMWINKELRIED, Edward J.; *Evidentiary Foundations*, 5th Edition, LexisNexis, USA, 2002
- LANDONI SOSA, Ángel; *Código General del Proceso, comentado, anotado, con jurisprudencia*, V. II-A, 1ª edición, Editorial B de F, Montevideo, 2003.
- MARABOTTO LUGARO, Jorge, en AAVV *Curso sobre el Código General del Proceso*, T.1, Fundación de Cultura Universitaria, 1991
- MAUET, Thomas A; *Trial Techniques*, 6a Edición, ASPEN LAW & BUSINESS, New York, 2002.
- MELO, Leticia, *Régimen jurídico de blockchain: una prueba atípica Régimen jurídico de blockchain: una prueba atípica*. Rev Bio y Der. 2019

- MIRANDA ESTRAMPES, Manuel; *La Mínima Actividad Probatoria en el Proceso Penal*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1997.
- MONTERO AROCA, Juan; *Derecho Jurisdiccional I y II*, con AAVV, 12a Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- MONTERO AROCA, Juan; *El Nuevo Proceso Civil*, 2ª. Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- MORENO CATENA, Víctor, *El Secreto en la Prueba de Testigos del Proceso Penal*, Editorial Motecorvo S.A., Madrid, 1980.
- MURRAY, Peter L, *Basic Trial Advocacy*, Aspen Law & Business, USA, 1995.
- NIEVA-FENOLL, Jordi *La inexplicable persistencia de la valoración legal de la prueba*, Fecha de recepción: 4 de abril de 2017. Fecha de aceptación definitiva: 21 de abril de 2017. *Ars Iuris Salmanticensis*, ESTUDIOS Vol. 5, 57-76
- NIEVA- FENOLL Jordi. *Carga de la prueba y estándares de prueba: dos reminiscencias del pasado*. *Estudios De Derecho*, 77(170), 117-148. <https://doi.org/10.17533/udea.esde.v77n170a05>, 2020
- PLATERO ALCÓN, Alejandro, *Breves notas sobre el régimen de responsabilidad civil derivado de los sistemas de Inteligencia Artificial: especial referencia al algoritmo de recomendaciones de Netflix Autores/as*, VOL. 7 NÚM. 1 (2021). DOI: <https://doi.org/10.12795/IETSCIENTIA.2021.i01.10>.
- QUIÑONES VARGAS, Héctor. *Las Técnicas de Litigación Oral en el Proceso Penal Salvadoreño*, PAS/DPK Consulting, El Salvador, septiembre 2003.
- RINCÓN ANDREU, Gérard, *Libro Blanco de la Comisión Europea sobre Inteligencia Artificial. Un enfoque europeo hacia la excelencia y la confianza*, Ius et Praxis, <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122021000100264>, 2021
- SANDOVAL ROSALES, Rommell Ismael, *Las técnicas de litigación en el Código Procesal Civil y Mercantil*, Revista DeLegibus, No. 4, UCA, 2010.
- STRONG, John W; *McCormick on Evidence*, con AAVV, 5th Edition, Hornbook Series West Group, Minn, 1999.
- TARUFFO, Michelle, *La prueba de los hechos*, 2ª Edición, Colección Estructuras y procesos, Monografías Jurídicas Universitas, 2006.
- UNIÓN INTERNACIONAL DE TELECOMUNICACIONES. *Establecimiento de políticas armonizadas en el mercado de las Tecnologías de la Información y la*

Comunicación en los países ACP La prueba por medios electrónicos: Modelos de directrices para políticas y textos legislativos. ITU. 2012.

VELAYOS MARTINEZ, María Isabel; *El Testigo de Referencia en el Proceso Penal. Aproximación a las soluciones angloamericanas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

A JURISDIÇÃO E A FUNÇÃO ESTATAL DE DETERMINAÇÃO POLÍTICA

JURISDICTION AND THE DETERMINATION OF POLICIES FUNCTION

WILLIAM SOARES PUGLIESE

Pós-doutor pela UFRGS. Doutor e Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Vice-coordenador do Programa de Pós-graduação em Direito da Unibrasil. *Gastforscher no Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*. Coordenador da Especialização de Direito Processual Civil da Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst). Advogado. william@pxadvogados.com.br

Data de recebimento: 10 de fevereiro de 2022

Data de aprovação: 6 de julho de 2022

RESUMO: O presente artigo pretende oferecer uma concepção contemporânea do conceito de jurisdição. A razão para a reflexão proposta, neste momento, é a de que as propostas teóricas disponíveis não alcançam as mais recentes inovações do processo brasileiro, que autorizam, por exemplo, a criação de direito por meio do Poder Judiciário, nos termos do art. 927, do Código de Processo Civil de 2015. Para tanto, é preciso definir o que se entende por jurisdição, razão pela qual a exposição terá início com uma investigação do desenvolvimento desse conceito ao longo do tempo. Após este primeiro tópico, o artigo apresenta os elementos contemporâneos do direito processual civil que desafiam os limites das propostas teóricas examinadas. Por fim, o

ABSTRACT: This article intends to offer a contemporary conception of jurisdiction. The reason for the proposed reflection, at this moment, is that the available theoretical proposals do not reach the most recent innovations of the Brazilian process, which authorize, for example, the creation of law through the Judiciary, under the terms of art. 927 of the Civil Procedure Code of 2015. Therefore, it is necessary to define what is meant by jurisdiction, which is why we will begin with an investigation of the development of this concept over time. After this first topic, the article presents the contemporary elements of civil procedural law that challenge the limits of the theoretical proposals examined. Finally, the text proposes the approximation of contemporary jurisdiction with the func-

texto propõe a aproximação da jurisdição contemporânea com as funções de controle e de determinação, assim determinadas pela teoria de Karl Loewenstein.

PALAVRAS-CHAVE: Jurisdição. Precedentes. Instituição.

tions of control and determination, thus determined by Karl Loewenstein's theory.

KEYWORDS: Jurisdiction. Precedents. Institutions.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Revisão das principais teorias disponíveis sobre jurisdição. 3. Desafios contemporâneos à definição de jurisdição. 4. A jurisdição e a função de determinação de poder. 5. Considerações finais. 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende oferecer uma concepção contemporânea do conceito de jurisdição. Trata-se de texto autônomo, mas ligado diretamente a artigo publicado anteriormente nesta revista, em que se examinou a figura do processo.¹ Naquela oportunidade, sustentou-se a necessidade de se compreender o processo brasileiro como instituição, na medida em que as propostas teóricas disponíveis não alcançam os mais recentes efeitos que podem ser produzidos no curso de um feito, tais como o julgamento de incidentes de resolução de demandas repetitivas, cuja repercussão ultrapassa as partes da relação jurídica processual. Aqui, propõe-se uma discussão semelhante, tendo a jurisdição como tema central.

Para que o tema da jurisdição seja tratado de forma adequada, anunciam-se os diversos passos que devem ser tomados. Em primeiro lugar, é preciso definir o que se entende por jurisdição, razão pela qual a exposição terá início com uma investigação do desenvolvimento desse conceito ao longo do tempo, pela doutrina processual civil, pela Teoria do Direito e pela Teoria do Estado. No que importa, também serão expostos os princípios e as características da jurisdição, tendo em vista a posição dessa função estatal diante dos demais poderes.

Após este primeiro tópico, o artigo apresenta os elementos contemporâneos do direito processual civil que desafiam os limites das propostas teóricas examinadas. No que diz respeito à jurisdição, os pontos objeto de exposição serão as súmulas vinculantes, a repercussão geral e os precedentes de observação obrigatória estabelecidos pelo art. 927, do Código de Processo Civil. Por fim, o texto propõe a aproximação da jurisdição contemporânea com as funções de con-

1 PUGLIESE, William S. A natureza jurídica do processo civil contemporâneo. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, v. 2, p. 333-370, 2020.

trole e de determinação, assim determinadas pela teoria de Karl Lowenstein.

2. REVISÃO DAS PRINCIPAIS TEORIAS DISPONÍVEIS SOBRE JURISDIÇÃO

Investigar o conceito de jurisdição implica analisar os diferentes períodos históricos de atividade judicante no Estado Moderno, desde suas origens liberais até o momento contemporâneo, de um Estado Democrático de Direito.² Vale ressaltar, na esteira de Marinoni³, que os conceitos fundamentais do processo são explicados de variadas formas e que «todas foram tocadas pelas características do ordenamento jurídico, dos valores do Estado e da cultura em que foram concebidas».

Adota-se o modelo de Estado Moderno como aquele formado após a Revolução Francesa, calcado essencialmente na separação de poderes, na igualdade formal e na autoridade da legislação como fonte do Direito para que se apresente o primeiro período de desenvolvimento científico do tema da jurisdição.⁴ Evidentemente, a função

2 Ver PUGLIESE, William S.; ROSA, Viviane Lemes da. Processo Civil e tutela de direitos. In: NOGUEIRA, Humberto; ALVITES, Elena; SCHIER, Paulo; SARLET, Ingo W. (Org.). *Anais da VIII Jornada da Rede Interamericana de Direitos Fundamentais e Democracia*. Porto Alegre: Fundação Fênix, 2021. v. 2. p. 337-366.

3 A proposta, originariamente idealizada por Marinoni em seu clássico *Teoria Geral do Processo*, é compartilhada por Arenhart e Mitidiero, em manual que escreveram em conjunto com o primeiro autor e que será referenciado neste texto: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil: teoria do processo civil*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. v. 1.

4 Ver, por exemplo, BONAVIDES, Paulo. *Teoria geral do estado*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 39-67.

aqui referida já era conhecida de outras eras, destacando-se o Direito Romano e sua *jurisdictio*. No entanto, a justificação da origem do poder não tinha relação com o Estado no sentido atual, de modo que os equivalentes ao exercício da atividade jurisdicional podem ser tomados como exemplos históricos sem relação direta com a contemporaneidade. Sendo assim, justifica-se sinteticamente o recorte aqui proposto.

O Estado Moderno francês adotou uma doutrina de separação rígida de poderes, privilegiando o Legislativo como órgão de criação e deliberação do Direito e da Política, deixando ao Executivo a tarefa de governar dentro dos limites estabelecidos pela lei e ao Judiciário uma atividade meramente cognitiva, lógica e dedutiva.⁵ Vale lembrar, o Estado Moderno, ou Liberal, desenvolveu-se à luz do Positivismo Jurídico clássico, escola de pensamento que privilegiava a autoridade do Direito a partir de critérios formais de validade e de neutralidade⁶, deixando ao magistrado a simples função de ligar os pontos entre a premissa maior –norma– e a premissa menor –fato.⁷ Nas palavras de Mitidiero⁸, eram essas ideias que compunham o «caldo de cultura» do pensamento jurídico oitocentista, mesmo

5 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil: teoria do processo civil*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. v. 1. p. 58.

6 GREEN, Leslie; ADAMS, Thomas. Legal Positivism. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2019. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/win2019/entries/legal-positivism/>>. Acesso em: 05.02.2022.

7 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil: teoria do processo civil*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. v. 1. p. 62.

8 MITIDIERO, Daniel. Precedentes, jurisprudência e súmulas no Novo Código de Processo Civil brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 245, p. 333-349, jul. 2015.

período em que a jurisdição passa a ser examinada cientificamente –e, portanto, à luz da escola positivista– pelos juristas do continente europeu.

Assim, no final do Século XIX, o estado da teoria sobre jurisdição era resultado das influências da época e de um viés jurídico bastante vinculado ao Direito Privado. Afirmava-se que a jurisdição tinha a função de viabilizar a reparação do dano.⁹ Pautado no ideal de igualdade formal, os direitos foram uniformizados em um parâmetro quantitativo, expressado em pecúnia. Esse viés privatista revelava, portanto, uma jurisdição cuja atuação era apenas repressiva e que convertia os danos em moeda. Mais do que isso, essa noção jurisdicional limitava as questões levadas ao Judiciário, além de delimitar sua atuação: compete à jurisdição a reparação de danos, especialmente pela via de tutela pelo equivalente em pecúnia.

O desenvolvimento do próprio Estado Moderno ensejou o aprofundamento de estudos a respeito do caráter público e das entidades públicas. Os atos que envolviam ou que dependiam do Estado passaram a ser compreendidos sob um ponto de vista próprio, distinto do tradicional Direito Privado. Se a jurisdição é função exercida pelo Estado, é natural que o passo seguinte da doutrina tenha sido apropriar-se desse novo caldo depurado ao longo do século XIX para aprimorar as noções sobre jurisdição.

Ao ressaltar a necessidade de atuar a vontade da lei, em ato praticado pelo próprio Estado, a doutrina evidencia o caráter público do processo e a função estatal a ser cumprida pela via do Poder Judiciário. Assim, consolidaram-se no tempo as lições de Morta-

9 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil: teoria do processo civil*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. v. 1. p. 64.

ra¹⁰, um dos primeiros a afirmar a natureza pública do direito processual civil. Esta constatação foi essencial para os progressos nesse campo, o que foi reconhecido por Chiovenda¹¹, em homenagem póstuma ao jurista.

Nessa linha, foi Chiovenda¹² quem apresentou o desenvolvimento seguinte no conceito de jurisdição. Dizia ele, em 1903, que a jurisdição consistia na substituição definitiva e obrigatória da atividade intelectual não só das partes, mas de todos os cidadãos, pela atividade intelectual do juiz, ao afirmar existente ou não existente uma vontade concreta da lei em relação às partes.¹³ Aqui, começaram a se consolidar algumas das noções mais duradouras a respeito do tema. Destacam-se, no conceito de Chiovenda, as noções de substitutividade, no sentido de que a decisão judicial afasta qualquer outra decisão sobre o caso, inclusive das próprias partes. A definitividade e a obrigatoriedade das decisões também são afirmadas literalmente e até hoje persistem, na medida em que se sustenta um sistema de coisa julgada rígido e o descumprimento de decisão judicial é ato grave a ponto de ser criminalizado. O conceito de Chiovenda, porém, seguia vinculado ao paradigma da época e, portanto, é essencialmente positivista e liberal. Para o jurista do Piemonte, o juiz nada fazia além de identificar os fatos e aplicar a lei, previamente concebida pelo legislador.

10 MORTARA, Lodovico. *Commentario del Codice e dele leggi di procedura civile*. Milão: Vallardi, 1923.

11 CHIOVENDA, Giuseppe. Lodovico Mortara. *Rivista di Diritto Processuale*, Pádua, v. 14, n.1, p. 100-102, 1937.

12 CHIOVENDA, Giuseppe. *Lazione nel sistema dei diritti: Saggi di diritto processuale civile*. Roma: Foro italiano, 1930.

13 CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1969. v. 2. p. 3.

A criação do Direito era atividade reservada apenas ao Poder Legislativo. O Poder Executivo, por sua vez, aplicava a lei com vistas à coletividade, com um viés político. A jurisdição era reservada para conflitos individuais e para a particularização das leis, que eram tidas como gerais e abstratas. Em tese, não havia atividade adscritiva, o juiz não acrescia, em nada, o conteúdo do Direito ou do ordenamento jurídico. Sua função era, essencialmente, dedutiva. Como não poderia ser diferente, Chiovenda manteve-se inserido no paradigma positivista e nele construiu o seu processo e sua jurisdição.

Outro italiano que marcou a definição de jurisdição foi Francesco Carnelutti.¹⁴ Para ele, a jurisdição tem a função de justa composição da lide, entendida como o conflito de interesses qualificado pela pretensão de um e pela resistência do outro interessado. Essa afirmação revela que, apesar da constatação de que a jurisdição tinha natureza publicista, faltavam argumentos até mesmo para desenvolver um conjunto de categorias efetivamente públicas. Por conta disso, Carnelutti recorre a instituições do Direito Privado, como o conflito de interesses e pretensões resistidas para delimitar o escopo de atuação da jurisdição. Vale dizer, para ele, a afirmação de Direitos ou da lei não era suficiente para configurar a atividade jurisdicional: o que a definia era a litigiosidade, o conflito. Como a lei é geral e abstrata, e as relações privadas são concretas, ao juiz cabe a atividade de mediação entre a lei e o caso, de modo que a sentença faria concreta a lei.

Na época, Chiovenda e Carnelutti inauguraram a polêmica da sentença como ato que declara a lei para as partes ou que a torna concreta para as partes. Essas concepções foram denominadas de unitária, ou constitutiva (sentença cria norma individual para as partes –Car-

14 CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di diritto processuale civile*. Pádua: Cedam, 1936. v. 1.

nelutti); e dualista, ou declaratória (sentença aplica a vontade da lei e tem outra natureza jurídica que a diferencia das leis –Chiovenda).

Isso não significa, porém, que os italianos acima citados discutiam a respeito de uma função criativa de direitos pelas decisões. A discussão restringia-se à natureza da sentença e dos efeitos da função jurisdicional. Como teorias concebidas sob a égide do mais intenso positivismo, ambas tinham em comum a submissão do magistrado à lei, de modo que a sentença não inovava no ordenamento jurídico. É dizer: tanto Chiovenda quanto Carnelutti concebiam a jurisdição como atividade dedutiva e sequer conheciam qualquer discussão sobre interpretação ou sobre o caráter argumentativo do Direito. Julgar era aplicar os dispositivos legais e concretizar o modelo tradicional de regras: «Se P, então Q», na esteira do pensamento de Kelsen¹⁵ e outros positivistas clássicos.

Foi com essas ferramentas que o direito processual civil foi estudado e discutido durante a maior parte do Século XX. As noções de jurisdição de Chiovenda e Carnelutti marcaram, inclusive, a elaboração do Código de Processo Civil de 1973, e no ensino jurídico a ideia da função jurisdicional por muito tempo foi explicada como a atividade que aplica a lei ao caso concreto. Ocorre que, por alterações em grande parte externas ao direito processual, a própria concepção de Direito se alterou no cenário internacional. O ponto de partida para tanto pode ser estabelecido como o ano de 1961, no qual Hart¹⁶ publicou a primeira edição de *O Conceito de Direito*. Nesta obra, o jurista inglês deflagra a relação entre o Direito e a Filosofia da Língua-

15 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

16 HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

gem.¹⁷ Ao admitir a textura aberta das normas, Hart evidencia que o positivismo utiliza muito mais a tese da discricionariedade do que seus precursores reconheciam.

Ao expor essas ideias e ao evidenciar as dificuldades em se definir até mesmo o que é o próprio Direito, Hart provoca uma alteração profunda na receita do caldo de cultura e de conhecimento disponível para refletir sobre o Direito. Isto gera uma cisão na Teoria do Direito e dá espaço para novas concepções a respeito do tema, dentre as quais se destaca a teoria de Ronald Dworkin.¹⁸ A produção de Dworkin tem início com a contestação da afirmação de Hart de que a discricionariedade seria algo «natural» para o Direito. Para Dworkin, o papel do Direito deve ser o de reduzir essa margem de discricionariedade, o que poderia ser feito pela via dos princípios. Posteriormente, Dworkin aperfeiçoa sua tese ao responder seus primeiros críticos e demonstra que o positivismo não se sustenta em nenhuma de suas teses, uma vez que o Direito é, integralmente, um objeto a ser interpretado.¹⁹ O ataque e o contra-ataque do Império do Direito, como denomina Ronaldo Porto Macedo Jr.,²⁰ revelam que o Direito não é apenas o que os positivistas afirmavam. Ao contrário, ele pode ser interpretado e, mais, quem tem a função de interpretá-lo são os juízes. Os positivistas se reorganizam, mas após Dworkin, já se dividiam entre os inclusi-

17 Sobre o tema, ver KOZICKI, Katya. *Herbert Hart e o positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014.

18 DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

19 DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

20 PORTO MACEDO JR., Ronaldo. *Do xadrez à cortesia*. São Paulo: Saraiva, 2013.

vistas e os exclusivistas, diferença marcada justamente pelos critérios relevantes para a interpretação do Direito.²¹

Enquanto isso, a jurisdição, tema costumeiramente deixado sob os cuidados dos processualistas, é alçada ao centro das discussões do Direito quando Dworkin inicia seu seminal *O Império do Direito* (1986) com a afirmação de que «importa como os juízes decidem os casos».²² Em outras palavras, importa compreender a função jurisdicional; importa saber o quê e como os juízes decidem. Se importa, e se isso não acontecia, a mensagem de Dworkin era a de que a própria jurisdição clássica não funcionava da forma como era, até então, enunciada. Para essas alterações também contribuíram Robert Alexy²³, Neil MacCormick²⁴, Aleksander Peczenik²⁵, Aulis Aarnio²⁶, Gustavo Zagrebelsky²⁷, dentre outros.

Ao notar as necessidades que o Direito do final do Século XX demandava, Luiz Guilherme Marinoni notou que a proteção dos

-
- 21 Sobre o tema, ver WALUCHOW, Wilfrid. Legal positivism, inclusive versus exclusive. In: CRAIG, E. (Ed.). *Routledge Encyclopedia of Philosophy*. Londres: Routledge, 2001. Disponível em <<http://www.rep.routledge.com.lib/access.lib.mcmaster.ca/article/T064>>. Acesso em: 05.02.2022.
 - 22 DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986. p. 1.
 - 23 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.
 - 24 MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
 - 25 PECZENIK, Aleksander. *On law and reason*. 2. ed. Dordrecht: Springer, 1989.
 - 26 AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable: un tratado sobre la justificación jurídica*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
 - 27 ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mitte*. Torino: Einaudi, 1992.

direitos materiais pelo direito processual se mostrava insuficiente justamente porque a definição de Poder Jurisdicional não albergava as discussões mais recentes sobre os juízes e a interpretação do Direito.²⁸ Respalhado pelos escritos dos autores citados e também de processualistas brasileiros, especialmente Ovídio Baptista da Silva²⁹, Marinoni desenvolveu um conceito de jurisdição para um Estado Contemporâneo ou, como prefere, para um Estado Constitucional. No centro de suas preocupações está o tratamento que juristas de todo o mundo passavam a conferir aos direitos fundamentais –inclusive juristas brasileiros comprometidos com uma interpretação adequada da Constituição de 1988– e isso o leva a um conceito de Jurisdição mais compatível com a realidade do Século XXI.

Partindo da premissa de que o juiz deve conformar a Constituição aos casos antes de aplicar a vontade da lei para resolver os conflitos, Marinoni recepciona as teorias da interpretação no conceito de jurisdição do Estado brasileiro. Mais do que isso, ao afirmar que essa teoria não vale apenas para os direitos fundamentais arrolados na Constituição, mas que há verdadeiro direito fundamental à tutela dos direitos, o que denomina de direito de ação, Marinoni define jurisdição como a função estatal responsável pela tutela concreta dos direitos materiais.³⁰ A definição, aparentemente mais sim-

28 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil: teoria do processo civil*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. v. 1. p. 149.

29 Ver SILVA, Ovídio Baptista da. *Processo e ideologia*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

30 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil: teoria do processo civil*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. v. 1. 162.

ples por conta de sua síntese, tem por trás toda a complexidade que a definição de Direito como conceito interpretativo carrega. Assim, ao afirmar que cabe à jurisdição tutelar o direito material, Marinoni admite a interpretação da Constituição e dos dispositivos legais com a finalidade de aprimorar a proteção dos direitos e, se for o caso, garanti-los ainda que com um viés contramajoritário. A discussão que se tem não é se o juiz cria ou declara a norma jurídica, mas como as normas de direito material podem ser efetivamente resguardadas pela via da atuação jurisdicional.

Isso implica, por exemplo, na assunção pelos juízes do dever de buscar, em primeiro lugar, a tutela dos direitos em detrimento da pura e simples aplicação da lei aos casos.³¹ Cabe aos juízes interpretar e apreciar as situações jurídicas levadas ao Judiciário e, se necessário, desenvolver técnicas processuais adequadas para a proteção dos direitos violados ou ameaçados.³² Isso permite, por exemplo, a tutela inibitória, algo que era inimaginável para quem concebia a jurisdição como função voltada para a resolução de conflitos e reparação de danos. Mais ainda, pode a jurisdição contemporânea suprir a omissão legislativa, determinando medidas aptas para a solução de um determinado caso ainda que sem fundamento legal expresso. Em situações ainda mais complexas, pode o Poder Judiciário declarar a inconstitucionalidade das leis e de outros atos normativos para fazer valer a Constituição.

31 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil: teoria do processo civil*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. v. 1. p. 167.

32 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil: teoria do processo civil*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. v. 1. p. 170.

Vale dizer, porém, que essas medidas não são contrárias ao Direito, pois decorrem da Constituição e, para terem validade, devem ser necessariamente fundamentadas.

A jurisdição, portanto, pode ser compreendida como função estatal voltada à proteção dos direitos materiais. Evidentemente, porém, as causas mais comuns levadas à função jurisdicional são oriundas de conflitos, de modo que mesmo o Código de Processo Civil de 2015 faz uso de expressões como «lide» e que algumas das características clássicas da jurisdição persistem até hoje. É esse tema que será examinado a seguir.

Ao lado da proposta de Marinoni, outra forma de conceituar jurisdição é oferecida por Fredie Didier Jr. Consideradas as premissas estabelecidas até aqui, com este segundo conceito permite-se a análise das características da jurisdição de forma bastante eficiente. Para ele,

a jurisdição é a função atribuída a terceiro imparcial (a) de realizar o Direito de modo imperativo (b) e criativo (reconstrutivo) (c), reconhecendo/efetivando/protégendo situações jurídicas (d) concretamente deduzidas (e), em decisão insuscetível de controle externo (f) e com aptidão para tornar-se indiscutível (g).³³

São, portanto, sete as características essenciais da jurisdição que, para Didier, integram seu próprio conceito. A primeira é a heterocomposição, ou seja, a entrega da decisão do caso para um terceiro imparcial que substitui a vontade das partes e soluciona a questão. A segunda é a imperatividade ou inevitabilidade. Como manifestação de poder, a jurisdição deve se impor imperativamente, pelo que não pode ser afastada por qualquer via excepcional. Didier afirma, ainda,

33 DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. Salvador: Juspodivm, 2017. v. 1, p. 173.

que a jurisdição tem papel criativo.³⁴ «Criar», aqui, é verbo que deve ser interpretado com cuidado, pois não se trata de criação *ab initio*, mas de uma função interpretativa que confere maior concretude ao direito positivo, estabelecido por regras gerais e abstratas. Não se trata, também, de um resgate da discussão entre Chiovenda e Carnelutti, mas um reconhecimento de que os magistrados exercem um importante papel ao definir o significado do Direito. Este criar se aproxima da expressão utilizada por Mitidiero³⁵, que sustenta ser papel dos juízes adscrever sentido ao Direito. Há muito mais a se falar sobre o papel criativo, especialmente no tema dos precedentes e das decisões vinculantes, mas para os fins aqui propostos, é necessário prosseguir.

A quarta característica afirma a jurisdição como técnica de tutela dos direitos mediante um processo. Esta é a característica alçada por Marinoni ao núcleo do conceito. Pela via jurisdicional, qualquer sujeito de direitos pode requerer a proteção de seus direitos, por via de um processo.

Em quinto lugar, Didier afirma que a jurisdição atua em situações jurídicas concretas.³⁶ Para ele, os tribunais resolvem problemas concretos, mesmo nos casos de controle de constitucionalidade, pois a situação existe, embora não exista um único direito individual afirmado.

A quinta característica é a insuscetibilidade de controle externo. É dizer que as decisões do Poder Jurisdicional não podem ser revistas

34 DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. Salvador: Juspodivm, 2017. v. 1. p. 177.

35 MITIDIERO, Daniel. *Precedentes*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

36 DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. Salvador: Juspodivm, 2017. v. 1. p. 183.

por nenhum outro poder. As últimas alterações legislativas podem apontar para uma revisão dessa característica, mas até o presente, ela encontra-se assentada no Brasil.

Por fim, a jurisdição possui aptidão para que suas decisões se tornem indiscutíveis. Trata-se da chamada aptidão para a coisa julgada, pelo que uma decisão definitiva do Poder Jurisdicional se torna imutável e indiscutível. Note-se, porém, que a característica é a aptidão, o que não significa que toda decisão forma, necessariamente, a coisa julgada. Há, entre o ato e o efeito, uma opção legislativa que atribui ou não tais efeitos.

Para além das características, a doutrina trata também dos princípios da jurisdição. Deixe-se claro, desde logo, que tais princípios não devem ser compreendidos como normas de caráter geral, permeados por valores. Princípio, neste âmbito, significa apenas um conjunto de noções representativas de elementos basilares para a compreensão do tema, não possuindo, *a priori*, conteúdo normativo. São princípios da jurisdição, nessa linha, a territorialidade, a indelegabilidade, a inafastabilidade e o juiz natural.

A territorialidade representa um conjunto de regras que delimitam a autoridade dos magistrados nos limites territoriais estabelecidos. A jurisdição, nesse aspecto, é delimitada territorialmente e atribuída aos juízes de acordo com comarcas. Pelo princípio da territorialidade é que se fala em competência e em cooperação entre autoridades judiciárias, por exemplo.³⁷

A indelegabilidade representa regra que impede que a função jurisdicional seja delegada. O juiz não pode delegar a quem quer que

37 DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. Salvador: Juspodivm, 2017. v. 1, p. 197.

seja seu poder decisório.³⁸ Contemporaneamente, admite-se, porém, delegação de poderes instrutórios, de poder diretivo do processo e de execução das decisões, especialmente nas hipóteses em que atos devam ser praticados em outra comarca. Recorde-se, ainda, que a Constituição brasileira permite a delegação de atos de administração e de mero expediente, sem caráter decisório.

Em linhas gerais, o princípio da inafastabilidade significava um conjunto de garantias relacionados ao acesso à justiça. Hoje, ele pode ser compreendido de modo mais amplo, ultrapassando a porta aberta e o guardião kafkiano e permitindo efetiva tutela jurisdicional aos indivíduos. Essa tutela deve ser efetiva, adequada e tempestiva e pressupõe a atuação do juiz e das partes para a construção da solução mais adequada ao caso.

Por fim, o princípio do juiz natural congrega três garantias: necessidade de um juiz pré-constituído, impossibilidade de derrogação e a indisponibilidade de competências, e a proibição de juízes extraordinários e especiais. Em síntese, não se admite juízo de exceção no direito processual civil. A jurisdição só pode ser exercida pelo juiz regularmente investido, imparcial e competente de acordo com os critérios legais.

Compreendido o conceito, as características e os princípios da jurisdição, tem-se que, contemporaneamente, o Poder Jurisdicional exerce a função de tutela dos direitos por meio da interpretação jurídica e de atos de força (imperativos). Ele está atrelado, a todo momento, à Constituição, tendo o dever de atender ao direito fundamental de ação, ainda que isso exija a criação de técnicas processuais específicas.

38 DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. Salvador: Juspodivm, 2017. v. 1, p. 198.

3. DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS À DEFINIÇÃO DE JURISDIÇÃO

O presente tópico tem como objetivo identificar institutos jurídicos contemporâneos que desafiam as concepções clássicas de jurisdição, especialmente a ideia de que a função jurisdicional é repressiva e que age somente aplicando o direito. O que se quer demonstrar, ao contrário, é que a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, bem como a legislação infraconstitucional, atribuem ao Judiciário atividade criativa ou adscritiva de direitos, aproximando-se da função de determinação proposta por Karl Loewenstein.³⁹ Serão destacados, sem pretensão de esgotamento, os institutos das súmulas vinculantes, da repercussão geral e os precedentes de observação obrigatória estabelecidos pelo art. 927, do Código de Processo Civil.

As súmulas foram instauradas no Brasil com o objetivo mediato de fornecer maior segurança, certeza e igualdade nas decisões. Na época, porém, a estrutura formal, semelhante à própria lei, não foi considerada como um impedimento relevante contra o instituto. Como relata Daniel Mitidiero⁴⁰, as súmulas ingressam no ordenamento jurídico brasileiro por meio de emenda ao Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, em 1963. Originariamente, foram elas concebidas como enunciados gerais e abstratos que visavam informar, rapidamente, os Ministros acerca do entendimento do próprio Supremo Tribunal Federal sobre uma determinada questão. É justamente por isso que o autor afirma, com respaldo em Leal⁴¹, que o papel do

39 LOEWENSTEIN, Karl. *Political Power and the Governmental Process*. 2. ed. Chicago: University of Chicago Press, 1965. p. 43.

40 MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 83.

41 LEAL, Victor Nunes. Passado e futuro da súmula do STF *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 145, p. 1-20, jan. 1981.

instituto, no Brasil, era o de um «método de trabalho». Serviam, portanto, para que o próprio Supremo Tribunal Federal conhecesse seus entendimentos.

De 1963 até hoje, porém, o instituto sofreu uma intensa transformação. As súmulas são muito mais do que um método de trabalho. Hoje, há pelo menos dois dispositivos que as colocam em uma posição bastante diversa. Em primeiro lugar, o art. 103-A, da Constituição de 1988, admite a edição das chamadas súmulas vinculantes, cuja aplicação é obrigatória pelos demais órgãos do Poder Judiciário e da administração pública direta e indireta. Mais do que isso, o art. 927, IV, do Código de Processo Civil, prevê que as súmulas do STF e do STJ devem ser observadas pelos juízes e tribunais. Passa-se a expor, no sentido dogmático-jurídico, a natureza e os efeitos da súmula vinculante.⁴²

42 Veja-se, como ponto de partida, o tratamento constitucional (CRFB/88) da matéria:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo

Pelo *caput* do dispositivo observa-se que a edição da súmula vinculante deve ocorrer após reiteradas decisões sobre matéria constitucional. Nesta senda, o objetivo da Constituição parece derivar da constatação de uma posição uniforme da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre matéria constitucional em controle difuso – fosse controle concentrado, a decisão por si só teria efeito vinculante. Identificada a matéria que já foi objeto de reiteradas decisões, o tribunal pode aprovar a súmula vinculante mediante decisão de dois terços de seus membros. A razão de ser da súmula vinculante é semelhante a dos assentos portugueses⁴³: decorre da busca por certeza, pela segurança e pela igualdade.⁴⁴ A interpretação dogmático-jurídica nacional não foge dessa proposta: «por aí se pode ter introduzido uma nova fonte, ou ao menos uma nova forma de expressão do Direito – já que se trata de um enunciado normativo de características análogas à norma legal». ⁴⁵ Acresça-se ao argumento de Mancuso que a Constituição confere efeito vinculante a essas súmulas, o que pode ser compreendido como obrigatoriedade, o que reforça sua semelhança

Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

- 43 Os assentos portugueses eram atos do Supremo Tribunal de Justiça que, em composição plena, poderia emitir enunciados para resolver um conflito de jurisprudência e «que se vêm a traduzir na conversão da doutrina ou posição jurídica, por que o tribunal se decida na solução desse conflito, numa prescrição normativa ‘com força obrigatória geral’». (CASTANHEIRA NEVES, António. *O instituto dos assentos e a função jurídica dos supremos tribunais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 2).
- 44 CASTANHEIRA NEVES, António. *O instituto dos assentos e a função jurídica dos supremos tribunais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 269.
- 45 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Sistema brasileiro de precedentes: natureza, eficácia, operacionalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 330.

com a lei. O § 2.º do artigo 103-A é outro argumento que reforça sua semelhança com as normas, pois admite que se realize seu controle mediante requerimento dos legitimados para propor ação direta de constitucionalidade.

O que é certo é que a súmula vinculante é um instituto de perplexidade, como consignou Castanheira Neves⁴⁶ ao tratar dos assentos. Trata-se de uma figura elaborada pelos tribunais, mediante autorização constitucional, com caráter prescritivo, revestidas de caráter imperativo para o Poder Judiciário e órgãos da administração pública. Esse caráter imperativo é previsto pela Constituição como o efeito vinculante da súmula e, pelo Código de Processo Civil, como de observância obrigatória pelos demais juízes e tribunais. Brevemente apresentada a súmula vinculante, passa-se à repercussão geral.

A repercussão geral foi instituída no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Emenda Constitucional n. 45, de 2004, ao acrescentar o § 3º ao art. 102, da Constituição da República Federativa do Brasil.⁴⁷ Em 2006, a repercussão geral foi incluída como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário por meio do Código de Processo Civil de 1973. O art. 543-A daquele diploma buscava definir o conceito da repercussão geral nos seguintes termos: «[p]ara efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa».

46 CASTANHEIRA NEVES, António. *O instituto dos assentos e a função jurídica dos supremos tribunais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 285.

47 Art. 102, § 3º. No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

A definição do antigo art. 543-A foi repetida pelo Código de Processo Civil de 2015, no art. 1.035, § 1º. Portanto, o requisito estabelecido pela Constituição tem como definição contemporânea a existência de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos da causa. O significado do conceito de repercussão geral tem sido debatido desde então.⁴⁸ O que merece atenção é um trecho específico da definição. Trata-se, objetivamente, da parte final do dispositivo, de que a repercussão geral trata de temas que «ultrapassem os interesses subjetivos da causa».

De um lado, este trecho da definição pode significar apenas a relevância do caso objeto do recurso extraordinário. Um exame mais apurado, contudo, demonstra que esse significado é mais amplo. Antes mesmo do Código de Processo Civil de 2015 entrar em vigor, a doutrina já percebia o caráter transindividual da repercussão geral. Sandro Kozikoski, em 2014, destacava que a regulamentação da repercussão geral, pela Lei 11.418/2006, estabelecia a possibilidade de sobrestamento de recursos extraordinários versando idêntica matéria constitucional. O que interessa, aqui, é que a sorte do recurso selecionado seria a mesma dos recursos sobrestados. Como explica o autor, quando negada a repercussão geral do caso selecionado, os demais também seriam não admitidos: «se a matéria constitucional não é relevante sob os auspícios da repercussão geral, os demais recursos sobrestados considerar-se-ão inadmitidos nos mesmos moldes».⁴⁹

48 Ver, por todos, MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. 3. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013.

49 KOZIKOSKI, Sandro. Recurso extraordinário e repercussão geral. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (Coord.). *Direito constitucional brasileiro: organização do estado e dos poderes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 2. p. 737.

Por outro lado, se reconhecida a repercussão geral e julgado o recurso selecionado, os tribunais deveriam retomar o julgamento dos recursos sobrestados, permitindo-se inclusive o juízo de retratação, por parte do juízo de origem. O regime da repercussão geral já pressupunha, portanto, que a decisão do caso selecionado seria o paradigma para a decisão de todos os outros casos sobrestados com fundamento na repercussão geral. O texto de Kozikoski percebia essa questão, sob o ponto de vista de uma conexão entre o controle concentrado e o difuso-incidental: «pode-se dizer que – no percurso do julgamento do recurso extraordinário – a investigação concernete à repercussão geral assume índole objetiva».⁵⁰

O que o autor pretendia destacar, ao se referir ao caráter transindividual ou a um efeito objetivo da repercussão geral, era o fato de que a decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal acerca de um caso com repercussão geral reconhecida produziria efeitos para além do processo em que a decisão foi proferida.

Contemporaneamente, as afirmações de Sandro Kozikoski são verificadas no dia a dia dos tribunais. O sobrestamento de processos atinge causas das mais variadas espécies e a prática passou a ser empregada por outros tribunais para além do Supremo Tribunal Federal, por meio de outros institutos processuais, como o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e o Julgamento de Recursos Repetitivos. A repercussão geral, por sua vez, recebeu um tratamento ainda mais particular por parte do legislador.

Pelo Código de Processo Civil de 2015, ao reconhecer a repercussão geral de um caso, o relator do caso no Supremo Tribunal

50 KOZIKOSKI, Sandro. Recurso extraordinário e repercussão geral. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (Coord.). *Direito constitucional brasileiro: organização do estado e dos poderes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 2. p. 741.

Federal «determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional». ⁵¹ A regra não oferece opção ao Supremo, na medida em que o reconhecimento da repercussão geral gera, como consequência imediata, a suspensão de todos os processos que versem sobre a mesma questão, no território nacional.

Não é apenas a decisão que reconhece a repercussão que gera efeitos aos demais casos: o art. 1.035, § 8º, prevê que «[n]egada a repercussão geral, o presidente ou o vice-presidente do tribunal de origem negará seguimento aos recursos extraordinários sobrestados na origem que versem sobre matéria idêntica». Portanto, se a repercussão geral do caso que inaugura a discussão do tema no Supremo Tribunal Federal for negada, os tribunais de origem devem negar seguimento aos recursos sobrestados. A interpretação da regra permite ir mais além e sugere que não só os recursos extraordinários sobrestados no momento da decisão devem ser rejeitados, mas também os futuros. Do contrário, não haveria razão alguma para o § 5º prever que todos os processos serão suspensos; deveria se referir apenas aos recursos extraordinários. Tem-se, assim, que a negativa da repercussão geral produz efeitos para além do processo em que a decisão é proferida, atingindo a sorte de todos os casos que tratem da mesma questão. Em outras palavras, a primeira negativa do Supremo atinge o direito ao recurso extraordinário de cada um dos litigantes dos demais processos que tratam da mesma matéria.

O outro lado da questão não é tão evidente, pois não se encontra no mesmo dispositivo até aqui examinado. No entanto, este lado é ainda mais relevante para o desenvolvimento do argumento central deste artigo. As decisões do Supremo Tribunal Federal, em sede de

51 Art. 1.035, § 5º, do Código de Processo Civil de 2015.

recurso extraordinário com repercussão geral, são consideradas pela própria corte como precedentes cuja observação é obrigatória. Os fundamentos para tanto são diversos e decorrem desde a Constituição até o art. 927, do Código de Processo Civil de 2015.⁵² Para além disso, o Supremo tem adotado a prática de editar súmulas, súmulas vinculantes ou enunciados de tese após a tomada de decisões em casos com repercussão geral. Isto significa que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar um recurso extraordinário com repercussão geral que sobrestou os demais, decide a questão, e não apenas o processo em que a questão foi invocada. A decisão da corte deverá ser observada pelos demais tribunais do país e pelo próprio Supremo, como parece ter sido firmada a posição após o julgamento do HC 152.752.

O julgamento contrário a uma decisão do Supremo, firmada em caso de recurso extraordinário, enseja reclamação constitucional para este tribunal. Ou seja, existe uma técnica específica, para além de todo o sistema recursal, voltada à aplicação das decisões dos tribunais superiores.⁵³ Em síntese, a decisão a respeito da questão do recurso extraordinário com repercussão geral deverá ser aplicada em todo e qualquer caso que envolva a mesma questão.

A negativa de repercussão geral afeta os casos que tratam da mesma questão e o julgamento do recurso extraordinário com reper-

52 Sobre o tema, ver MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016; PUGLIESE, William Soares. *Precedentes e a civil law brasileira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016; e TESHEINER, José. O direito fundamental à igualdade e a uniformização da jurisprudência. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 15, n. 15, p. 167-173, jan./jun. 2014.

53 ROSA, Viviane Lemes da. *O sistema de precedentes brasileiro*. 2016. 349 f. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2016.

cussão geral também. É de se concluir, portanto, que a decisão de um recurso extraordinário dotado de repercussão geral, pelo Supremo Tribunal Federal, não se limita ao processo e às partes que constam nos autos. A jurisdição ultrapassa os limites da definição clássica. Ao contrário, afetam o jurisdicionado como um todo. O desenvolvimento da figura do *amicus curiae* no direito brasileiro⁵⁴ é um indicativo concreto dessa realidade.

Passa-se, agora, à exposição sobre o art. 927, do Código de Processo Civil de 2015⁵⁵, que elege um grupo de decisões que, de acordo

54 BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus Curiae no processo civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

55 Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

- I as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
- II os enunciados de súmula vinculante;
- III os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;
- IV os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;
- V a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

§ 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo.

§ 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

com o *caput* do dispositivo, os juízes e tribunais «observarão». Surge, aqui, a primeira dúvida a respeito do dispositivo, pois «observar» é verbo que pode ser interpretado como um dever a ser cumprido (que, em inglês, é representado pelo verbo *ought to* ou *must*⁵⁶), com eficácia vinculante, ou como uma palavra que denota mera eficácia persuasiva (que, em inglês, poderia ser traduzida como *should be*).⁵⁷ Parte da doutrina tem defendido que a interpretação mais adequada para este dispositivo é a de que as decisões nele previstas têm eficácia vinculante.⁵⁸ Outras linhas argumentam que os efeitos admitem sopesamento

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

§ 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

- 56 Conforme a sistematização definida por MacCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Coord.). *Interpreting Statutes: a comparative study*. Burlington: Ashgate Publishing, 1991.
- 57 Sobre os graus de obrigatoriedade das fontes do direito, ver: AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable: un tratado sobre la justificación jurídica*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. 134-141.
- 58 «O artigo reforça o caráter vinculante das decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade (inciso I) e de súmulas vinculantes (inciso II), mas inova (para dar coerência à nova estrutura do Código) ao estabelecer a vinculação também de juízes e tribunais aos ‘acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos’ (inciso III). E dá às Súmulas do STF (em matéria constitucional) e do STJ (em matéria infraconstitucional) um inusitado caráter vinculante (IV). Ainda, o inciso V do art. 927 prevê, de forma geral, que também deve ser observada pelos Tribunais ‘a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados’.» (THEODORO JÚNIOR, Humberto et al. *Novo CPC*:

e considerações caso a caso.⁵⁹ De todo modo, o dispositivo por si só produz a necessidade de se refletir sobre o problema e aponta para uma eficácia muito diferente da que as decisões judiciais e a jurisprudência possuíam até então, sob o ponto de vista do conceito clássico de jurisdição adotado pela doutrina brasileira. Registrada a existência desse debate sobre a expressão «observar», analisa-se o conteúdo do dispositivo.

O primeiro inciso reconhece a necessidade de se observar decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade. Neste caso, não há dúvida a respeito da vinculação da decisão, porque esta decorre da Constituição, nos termos de seu art. 102, § 2º ([a]s decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal). O segundo inciso também dispensa incursões, neste momento, pois se refere às súmulas vinculantes, consideradas acima.

O terceiro inciso é que desperta maior interesse, para os fins deste estudo. Diz o dispositivo que deverão ser observados «os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de

fundamentos e sistematização. 2.ed. Forense: Rio de Janeiro, 2015. p. 355). Ainda, ver: MACÊDO, Lucas Buril. A disciplina dos precedentes judiciais no direito brasileiro: do anteprojeto ao Código de Processo Civil. In: DIDIER JR., Fredie et al. (Coords.). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 459-490.

- 59 ABOUD, Georges. Do genuíno precedente do stare decisis ao precedente brasileiro: os fatores histórico, hermenêutico e democrático que os diferenciam. In: DIDIER JR., Fredie et al. (Coords.). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 399-405.

demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos».⁶⁰

Em síntese, o incidente de assunção de competência é uma técnica processual de uso exclusivo dos tribunais. Ele é disciplinado pelo art. 947, do Código de Processo Civil, e seu manejo é autorizado quando o julgamento de um recurso, tanto de remessa necessária quanto de competência originária, envolver relevante questão de direito com grande repercussão social, mas sem repercussão em múltiplos processos.

Seu rito é de fácil compreensão: se identificada, pelo relator, a relevância da questão e a repercussão social, ele poderá propor, de ofício, que o feito seja julgado por órgão colegiado representativo de toda a corte (plenário ou órgão especial). Em seguida, caso reconhecido o interesse na questão, o colegiado julgará o recurso e o acórdão oriundo desse julgamento vinculará todos os juízes e órgãos fracionários.

Cumprе mencionar que, além do relator, também podem suscitar a instauração do incidente de assunção de competência qualquer uma das partes litigantes, o Ministério Público e a Defensoria Pública. Ademais, como se trata de decisão vinculante, a não observância, em outros casos, de acórdão firmado em sede de IAC permite, aos olhos da doutrina majoritária, o ajuizamento de reclamação para a reforma da decisão. Isso significa dizer que, no momento em que se instaura o incidente de assunção de competência, os limites subjetivos do processo são modificados.

60 Sobre o tema, tivemos a oportunidade de abordar a questão mais a fundo no texto em que se examinou a concepção de processo: PUGLIESE, William S. A natureza jurídica do processo civil contemporâneo. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, v. 2, p. 333-370, 2020.

Semelhante é o que acontece com o incidente de resolução de demandas repetitivas. Regulamentado pelos artigos 976 a 987, do Código de Processo Civil, o IRDR também gera decisões que deverão ser observadas por juízes e tribunais, nos termos do art. 927, III, do CPC. Trata-se de técnica processual cabível quando houver, simultaneamente, efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito e risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

Sem a pretensão de esgotar o procedimento do IRDR, tem-se que após sua instauração o CPC exige a participação do Ministério Público e o julgamento caberá ao órgão competente para a uniformização de competência – este órgão julgará o incidente, propriamente dito, e o processo que lhe deu origem. Caso admitido, o relator suspenderá os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam no Estado ou na região, conforme o caso. Durante o trâmite do incidente, é imprescindível que, além das partes, sejam ouvidas quanto mais pessoas, órgãos, entidades interessadas, melhor.

Diferentemente do incidente de assunção de competência, o IRDR produz, para além de um acórdão, uma «tese jurídica», conforme aduz o art. 985, do CPC. Essa tese será aplicada a todos os procedimentos, individuais ou coletivos, existentes ou futuros, que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal. Dessa forma, vê-se que o IRDR é mais uma técnica que deturpa a concepção de relação jurídica processual, vez que a questão discutida em um processo é destacada para julgamento e a tese firmada será aplicada para os casos repetidos.

Ao lado do IRDR, o CPC prevê, em seu art. 1.036, o julgamento de recursos especial e extraordinário repetitivos. Seu rito não é muito diferente dos até agora mencionados. Caso os tribunais identifiquem multiplicidade de recursos com fundamento em mesma questão de direito, selecionarão dois ou mais, que considerem representativos

da controvérsia, e os encaminharão ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça. Em seguida, o relator no tribunal superior proferirá decisão de afetação (art. 1.037/CPC), identificando com precisão a questão a ser submetida a julgamento e determinando a suspensão dos demais casos que versem sobre a questão em trâmite no território nacional.

Após solicitar ou admitir a manifestação das partes interessadas na controvérsia, o relator do repetitivo julgará o recurso. O acórdão prolatado deve abranger a análise dos fundamentos relevantes da tese jurídica discutida. Ademais, nos termos dos artigos 1.039 e 1.040, a tese firmada deverá ser aplicada pela própria corte que julgou o recurso repetitivo e, publicado o acórdão paradigma, a tese também será aplicada obrigatoriamente. Vale dizer: para os casos julgados, na origem, no mesmo sentido do repetitivo, o tribunal local deverá negar seguimento ao recurso.

O quarto inciso alça ao patamar de decisões que devem ser observadas a dos «enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional». Este inciso se aproxima, por um lado, do segundo, que trata das súmulas vinculantes. Evidentemente, esta regra do CPC não tem o mesmo respaldo constitucional que a anterior, pois não há previsão na Constituição a respeito das súmulas aqui referidas. De todo modo, a presença dessa regra reforça o papel das Cortes como criadoras de interpretações jurídicas que, ao menos por esta ótica, conferem à jurisdição um papel de determinação do Direito.

Ao final, o art. 927, V, também exige a observância, pelos juízes e tribunais, da «orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados». O plenário ou órgão especial são considerados os órgãos julgadores mais altos de um determinado tribunal e, por este motivo, suas decisões devem ser consideradas pelos magistrados

vinculados àquela corte. Parte da doutrina sustenta que este inciso não contempla precedentes vinculantes⁶¹, ou reforça a interpretação de que a expressão «observarão» não deve ser compreendida como vinculação propriamente dita.⁶²

Para encerrar este tópico, é necessário identificar o que esses três institutos têm em comum. A súmula vinculante, a repercussão geral e o art. 927, CPC/15, conferem ao Poder Judiciário a competência para determinar o sentido do direito. Embora esses institutos não visem a reforma da repartição de poderes, o resultado prático de sua implementação é a aproximação da função jurisdicional com atividades típicas do Executivo e do Legislativo. É sobre esta observação que trata o próximo item.

4. A JURISDIÇÃO E A FUNÇÃO DE DETERMINAÇÃO DE PODER

Os institutos da súmula vinculante, da repercussão geral e o art. 927, do CPC/15, afetam mais diretamente os elementos relacionados à forma como a jurisdição tutela os direitos. Os conceitos clássicos costumam afirmar que essa função aplica, via de regra, o direito previamente estabelecido pelo Legislativo. As concepções mais contemporâneas reconhecem, por conta do pós-positivismo, que pode haver, por meio da atividade interpretativa, a criação ou a adscrição de sentido. O que não parece ter a devida inclusão no conceito, porém, é o reconhecimento de que o exercício da jurisdição pode ter como resultado a criação de normas com efeitos prospectivos, ou até mesmo

61 MITIDIERO, Daniel. *Precedentes*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

62 PUGLIESE, William S. Uma proposta de significado para o efeito vinculante. *Revista Brasileira de Direito IMED*, Passo Fundo, v. 15, p. 260-280, 2019.

retroativos (nos casos de modulação), tanto nos casos de edição de súmulas quando nos casos em que se fixa precedente.

Nessa linha, para se compreender o processo como instituição autônoma e independente de outros conceitos jurídicos, à luz da contemporaneidade, importa reconhecer a jurisdição como poder dotado de função de determinação. Esta característica é assim definida em virtude da proposta teórica de Karl Loewenstein, que se passa a expor.

A obra de Karl Loewenstein, publicada pela primeira vez em 1957 e depois em 1965, com um pós-escrito, trata essencialmente do poder político. Para o autor, o poder pode ser tratado a partir de um sentido neutro, funcional e não avaliativo, que denota apenas uma situação fática ou uma relação.⁶³ Neste sentido, a sociedade é um sistema de relações de poder dentro do qual o poder político se sobressai, uma vez que é o mais adequado para regular as relações. O controle da sociedade, aqui, resume-se à função de criar a política ou de decidir sobre a política, bem como na habilidade dos detentores do poder de garantir a obediência das regras por seus destinatários.

A observação do poder político é essencial para examinar o processo governamental. Em primeiro lugar, a relação entre os detentores de poder tem como resultado a classificação dos diversos sistemas políticos. Além disso, há que se observar três diferentes estágios do processo político: i) o momento de atribuição de poder, ou seja, a forma como o poder político é obtido; ii) o momento de exercício do poder; e iii) como o exercício de poder é controlado.⁶⁴

63 LOEWENSTEIN, Karl. *Political Power and the Governmental Process*. 2. ed. Chicago: University of Chicago Press, 1965. p. 6.

64 LOEWENSTEIN, Karl. *Political Power and the Governmental Process*. 2. ed. Chicago: University of Chicago Press, 1965. p. 7.

Tudo isso é exposto para que se possa apresentar a definição de sistema político de Loewenstein. Para o autor, tal sistema compreende «uma sociedade estatal imbuída de uma ideologia concreta – política, socioeconômica, ética ou moral-religiosa – à qual corresponde, a seu turno, instituições especificamente criadas para a realização da ideologia dominante». ⁶⁵A partir dessa definição, apresentam-se dois sistemas políticos: o autocrático, no qual o processo político está concentrado em uma única pessoa ou grupo, e o constitucionalismo democrático, nos quais se inserem todas as formas de governo com a atuação de diversos detentores de poder, como o presidencialismo e o parlamentarismo.

Para a finalidade aqui proposta, serão levados em consideração apenas os apontamentos destinados ao processo de poder compartilhado, a que se pode denominar de constitucionalismo democrático. Neste ponto, o autor ora em análise pergunta quem são os detentores de poder. Dentre eles identificam-se i) o governo, a quem se atribui as funções de decisão e execução da política; ii) a assembleia, como órgão representante dos destinatários do poder (povo); os iii) partidos políticos e, por fim, iv) as cortes, identificadas como detentoras de poder quando a elas se atribui a competência para o controle de constitucionalidade.

Tem-se, assim, delineados os conceitos básicos e a definição dos principais participantes do constitucionalismo democrático. Com isso é possível passar às últimas contribuições de Loewenstein pertinentes ao presente artigo. Após expor os modelos anteriores de classificação e organização dos governos ⁶⁶, o autor conclui que

65 LOEWENSTEIN, Karl. *Political Power and the Governmental Process*. 2. ed. Chicago: University of Chicago Press, 1965. p. 11.

66 ARISTÓTELES. *A política*. São Paulo: Edipro, 2008; MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe*. São Paulo: Hedra, 2007; BARON DE MONTESQUIEU, Char-

nenhuma delas é satisfatória, pois não correspondem à realidade do processo de poder atual. O ponto que demarca as diferenças entre os dois é a forma de distribuição do poder: enquanto na autocracia o poder está concentrado nas mãos de um sujeito ou de um grupo, o constitucionalismo é marcado pela simples característica de um poder compartilhado.

Este compartilhamento de poder teve sua primeira construção teórica com a «separação de poderes», que visava garantir as liberdades individuais e regular o poder dos governantes. A origem da construção tem em John Locke⁶⁷ e em Montesquieu⁶⁸ o seu desenvolvimento e assim permaneceu até os dias de hoje: somente com detentores de poder independentes um do outro e capazes de estabelecer freios e contrapesos é que se pode proteger o povo do abuso de poder. «Desde então, a separação de poderes tem sido o equipamento padrão do estado constitucional»⁶⁹, ainda que os estados contemporâneos tenham um funcionamento completamente diferente. Veja-se, como exemplo, o parlamentarismo inglês, no qual o Poder Executivo se confunde com o Poder Legislativo, tanto nas pessoas que o exercem

les-Louis de Secondat. *O espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 2005; FERRERO, Guglielmo. *The greatness and decline of Rome*. Toronto: University of Toronto Libraries, 2012.

67 LOCKE, John. *Second Treatise of Government*. Indianapolis and Cambridge: McPherson, Hackett Publishing Company, 1980.

68 Talvez aqui caiba novamente uma citação ao Espírito das Leis: BARON DE MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. *O espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

69 Tradução livre de «Ever since, the separation of powers has been the standard equipment of the constitutional state.» (LOEWENSTEIN, Karl. *Political Power and the Governmental Process*. 2. ed. Chicago: University of Chicago Press, 1965. p. 35).

como nas funções que ocupam: os membros do governo são membros do Parlamento e o governo é integrado ao Parlamento.⁷⁰

O que a teoria da separação dos poderes ainda pode ensinar é que o Estado deve realizar várias atividades e que elas são melhor empreendidas se houver uma divisão entre os órgãos destinados a cumpri-las. Neste sentido, Loewenstein propõe que o tratamento dessas diferentes atividades seja denominado pelo termo «função», pois preserva o conceito de Estado como a concentração de poder político. Esta revisão também facilita a tarefa de abandonar a separação clássica do Executivo, Legislativo e Judiciário e buscar um novo tripartismo a partir da análise do processo de poder político.⁷¹ Assim, a nova tríade proposta gira em torno da política e se divide em três novas funções: determinação, execução e controle.

A função de determinação política refere-se às decisões fundamentais do Estado. Dizem respeito à questões políticas, socioeconômicas ou até mesmo morais. A segunda função é a de execução política. Trata-se do ofício de implementar as decisões tomadas pelos representantes da primeira função. O controle da política é a função que encerra a nova divisão proposta por Loewenstein. Trata-se da função que se confunde com o próprio constitucionalismo, pois a sua história é a busca pelos mecanismos mais eficientes para limitar o poder político.⁷²

Retornando à análise da jurisdição contemporânea, quando compreendido que seu exercício pode levar à edição de súmulas vin-

70 LOEWENSTEIN, Karl. *Political Power and the Governmental Process*. 2. ed. Chicago: University of Chicago Press, 1965. p. 35.

71 LOEWENSTEIN, Karl. *Political Power and the Governmental Process*. 2. ed. Chicago: University of Chicago Press, 1965. p. 43-52.

72 SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

culantes, teses em repercussão geral ou em incidentes de julgamento de recursos repetitivos e precedentes cuja observância é obrigatória, não é mais possível atribuir à atividade judicial apenas a função de controle. Na verdade, o crescimento da importância da jurisdição faz com que ela assuma, de forma compartilhada com outros poderes, duas das funções propostas por Loewenstein: controle e determinação. A virada, porém, está na constatação de que a jurisdição possui função de determinação.

É certo que ainda se trata de um poder que age diante do caso concreto e que tem, em geral, atividade repressiva. No entanto, as decisões tomadas pelas cortes supremas também possuem evidente papel prospectivo e produzem efeitos similares aos do processo legislativo. Por estas razões, embora a doutrina sobre a jurisdição não deva ser descartada, ela merece complementação a fim de que se ofereça uma teoria da jurisdição suficiente para justificar o exercício da função de jurisdição. Na esteira do direito processual, essa proposta ainda é incipiente, apesar da recente discussão sobre os processos estruturais tangencie a questão.

Por ora, o que se pode oferecer como caminhos a fim de enfrentar o tema são três pontos. O primeiro é a necessidade de fundamentação adequada, a fim de garantir decisões coerentes e que mantenham íntegro o ordenamento jurídico. O segundo é a compreensão de que, quando age com a função de determinação, a jurisdição deve considerar os princípios da segurança jurídica e da estabilidade, prezando, deste modo, pela preservação dos entendimentos anteriores à fixação dos precedentes.⁷³

73 MARINONI, Luiz Guilherme. *A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

Por fim, parece inviável sustentar que o Poder Judiciário deva concentrar, sem a possibilidade de controle externo, as funções de determinação e controle. Se houve alteração nesse poder, o sistema de freios e contrapesos deve ser integralmente revisado. Nessa linha, as melhores propostas são as que sugerem um sistema de autoridade compartilhada⁷⁴, nos quais Executivo, Legislativo e Judiciário promovem diálogo prévio às tomadas de decisão e ao exercício do poder político.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo pretendeu oferecer uma concepção contemporânea do conceito de jurisdição. Para tanto, foram examinados alguns dos conceitos clássicos, concebidos à luz do Estado Moderno e que, por esta razão, delimitavam rigidamente o Poder Judiciário. Passou-se, aqui, pelas propostas de Chiovenda e Carnelutti, culminando com concepções mais atuais, tais como as de Marinoni (jurisdição como a função estatal responsável pela tutela concreta dos direitos materiais) e Didier (a jurisdição é a função atribuída a terceiro imparcial de realizar o Direito de modo imperativo e criativo (reconstrutivo), reconhecendo/efetivando/protégendo situações jurídicas concretamente deduzidas, em decisão insuscetível de controle externo e com aptidão para tornar-se indiscutível).

A essas concepções foram contrapostos os institutos das súmulas vinculantes, da repercussão geral e dos precedentes de observação

74 KYRITSIS, Dimitrios. *Shared Authority: Courts and Legislatures in Legal Theory*. Lonres: Hart, 2015; no Brasil, ver LORENZETTO, Bruno Meneses; CLÈVE, Clèmerson Merlin. O Supremo Tribunal Federal e a autoridade constitucional compartilhada. *Revista Brasileira de Direito IMED*, v. 13, p. 142-162, 2017.

obrigatória estabelecidos pelo art. 927, do Código de Processo Civil. Embora esses conceitos não alterem, por si só, as considerações da doutrina sobre a jurisdição, acrescentam a ideia de que o Poder Judiciário tem competência para determinar o sentido do direito. Justamente nessa linha é que, a partir dessa constatação, resgatou-se a doutrina de Karl Loewenstein da nova separação de poderes para afirmar que a jurisdição possui, hodiernamente, função de determinação.

Isto não significa, porém, que o Judiciário ocupa (ou deva ocupar) uma posição superior aos demais poderes no cenário contemporâneo. Para evitar essa realidade, há pelo menos três cuidados a se tomar. O primeiro é a necessidade de fundamentação adequada, a fim de garantir decisões coerentes e que mantenham íntegro o ordenamento jurídico. O segundo é a compreensão de que, quando age com a função de determinação, a jurisdição deve considerar os princípios da segurança jurídica e da estabilidade, prezando, deste modo, pela preservação dos entendimentos anteriores à fixação dos precedentes. O terceiro é a pertinência de se conceber um sistema de autoridade compartilhada, nos quais Executivo, Legislativo e Judiciário promovem diálogo prévio às tomadas de decisão e ao exercício do poder político.

6. REFERÊNCIAS

- AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable: un tratado sobre la justificación jurídica*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- ABBOUD, Georges. Do genuíno precedente do stare decisis ao precedente brasileiro: os fatores histórico, hermenêutico e democrático que os diferenciam. In: DIDIER JR., Fredie et al. (Coords.). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 399-405.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.
- ARISTÓTELES. *A política*. São Paulo: Edipro, 2008.

- BARON DE MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. *O espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- BONAVIDES, Paulo. *Teoria geral do estado*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 05.02.2022.
- BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 05.02.2022.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus Curiae no processo civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di diritto processuale civile*. Pádua: Cedam, 1936. v. 1.
- CASTANHEIRA NEVES, António. *O instituto dos assentos e a função jurídica dos supremos tribunais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Lazione nel sistema dei diritti: Saggi di diritto processuale civile*. Roma: Foro italiano, 1930.
- CHIOVENDA, Giuseppe. Lodovico Mortara. *Rivista di Diritto Processuale*, Pádua, v. 14, n.1, p. 100-102, 1937.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1969. v. 2.
- DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. Salvador: Juspodivm, 2017. v. 1.
- DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977.
- DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986.
- FERRERO, Guglielmo. *The greatness and decline of Rome*. Toronto: University of Toronto Libraries, 2012.
- GREEN, Leslie; ADAMS, Thomas. Legal Positivism. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2019. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/win2019/entries/legal-positivism/>>. Acesso em: 05.02.2022.

- HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
- KOZICKI, Katya. *Herbert Hart e o positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014.
- KOZIKOSKI, Sandro. Recurso extraordinário e repercussão geral. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (Coord.). *Direito constitucional brasileiro: organização do estado e dos poderes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 2. p. 722-748.
- KYRITSIS, Dimitrios. *Shared Authority: Courts and Legislatures in Legal Theory*. Lonres: Hart, 2015.
- LEAL, Victor Nunes. Passado e futuro da súmula do STF. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 145, p. 1-20, jan. 1981.
- LOCKE, John. *Second Treatise of Government*. Indianapolis and Cambridge: McPherson, Hackett Publishing Company, 1980.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Political Power and the Governmental Process*. 2. ed. Chicago: University of Chicago Press, 1965.
- LORENZETTO, Bruno Meneses; CLÈVE, Clèmerson Merlin. O Supremo Tribunal Federal e a autoridade constitucional compartilhada. *Revista Brasileira de Direito IMED*, v. 13, p. 142-162, 2017.
- MacCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- MacCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Coord.). *Interpreting Statutes: a comparative study*. Burlington: Ashgate Publishing, 1991.
- MACÊDO, Lucas Buril. A disciplina dos precedentes judiciais no direito brasileiro: do anteprojeto ao Código de Processo Civil. In: DIDIER JR., Fredie et al. (Coords.). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 459-490.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Sistema brasileiro de precedentes: natureza, eficácia, operacionalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe*. São Paulo: Hedra, 2007.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

- MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil: teoria do processo civil*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. v. 1.
- MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. 3. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013.
- MITIDIERO, Daniel. Precedentes, jurisprudência e súmulas no Novo Código de Processo Civil brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 245, p. 333-349, jul. 2015.
- MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- MITIDIERO, Daniel. *Precedentes*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.
- MORTARA, Lodovico. *Commentario del Codice e dele leggi di procedura civile*. Milão: Vallardi, 1923.
- PECZENIK, Aleksander. *On law and reason*. 2. ed. Dordrecht: Springer, 1989.
- PORTO MACEDO JR., Ronaldo. *Do xadrez à cortesia*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- PUGLIESE, William Soares. *Precedentes e a civil law brasileira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- PUGLIESE, William S. Uma proposta de significado para o efeito vinculante. *Revista Brasileira de Direito IMED*, Passo Fundo, v. 15, p. 260-280, 2019.
- PUGLIESE, William S. A natureza jurídica do processo civil contemporâneo. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, v. 2, p. 333-370, 2020.
- PUGLIESE, William S.; ROSA, Viviane Lemes da. Processo Civil e tutela de direitos. In: NOGUEIRA, Humberto; ALVITES, Elena; SCHIER, Paulo; SARLET, Ingo W. (Org.). *Anais da VIII Jornada da Rede Interamericana de Direitos Fundamentais e Democracia*. Porto Alegre: Fundação Fênix, 2021. v. 2. p. 337-366.
- ROSA, Viviane Lemes da. *O sistema de precedentes brasileiro*. 2016. 349 f. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2016.

- SILVA, Ovídio Baptista da. *Processo e ideologia*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- TESHEINER, José. O direito fundamental à igualdade e a uniformização da jurisprudência. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 15, n. 15, p. 167-173, jan./jun. 2014.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto et al. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. 2.ed. Forense: Rio de Janeiro, 2015.
- WALUCHOW, Wilfrid. Legal positivism, inclusive versus exclusive. In: CRAIG, E. (Ed.). *Routledge Encyclopedia of Philosophy*. Londres: Routledge, 2001. Disponível em <<http://www.rep.routledge.com.libaccess.lib.mcmaster.ca/article/T064>>. Acesso em: 05.02.2022.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mitte*. Torino: Einaudi, 1992.

EL REGISTRO DE EQUIPOS INFORMÁTICOS EN EL TRANCURSO DE UNA DILIGENCIA DE ENTRADA Y REGISTRO EN DESPACHO DE ABOGADOS. LA AFECTACIÓN AL SECRETO PROFESIONAL¹

THE SEARCH OF COMPUTER EQUIPMENT DURING AN ENTRY AND SEARCH OF A LAWYER'S OFFICE. VIOLATION OF PROFESSIONAL SECRECY

SUSANA ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER

Profesora Contratada Doctora de Derecho Procesal
Universidad Autónoma de Madrid

Fecha de recepción: 18 de abril de 2023

Fecha de aceptación: 2 de junio de 2023

RESUMEN: En nuestra normativa procesal penal, la información, oral o escrita y en cualquier tipo de soporte que los abogados reciban de sus clientes, queda amparada por el secreto profesional. Se cumple de este modo con la función y el interés social de la abogacía, realizando convenientemente la defensa de los intereses de los clientes.

La relación abogado-cliente queda protegida por el derecho-deber del secreto profesional, de manera que el letrado tiene la obligación de no hacer pública aquella in-

ABSTRACT: In our criminal procedural law, the information, oral or written and in any type of support, that lawyers receive from their clients are protected by professional secrecy in order to protect the function and social interest of the legal profession, and to conveniently carry out the defense of the interests of their clients.

The lawyer-client relationship is protected by the right-duty of professional secrecy, so that the lawyer has the obligation not to make public that information of his client

-
1. Este trabajo se enmarca dentro del proyecto de investigación *Proceso penal transnacional, prueba y derecho de defensa en el marco de las nuevas tecnologías y el espacio digital* (E-TRANSCRIM), ref. PID2019-107766RB-100, del que es IP BACHMAIER WINTER, L.

formación de su cliente que ha conocido y obtenido precisamente como consecuencia de su relación profesional con aquél. Siendo esto así, resulta especialmente problemático el supuesto en que dicha garantía se puede ver mermada, no por una ineficiente o indebida conducta del depositario de la confianza del cliente (el letrado), sino del propio órgano judicial cuando, en el curso de la investigación de un determinado delito, accede a información protegida por esa confidencialidad en las relaciones abogado-cliente, como en el caso de una diligencia de registro en el despacho profesional del letrado (ya sea de documentos en soporte físico, electrónico o informático) para la instrucción de un determinado hecho delictivo y, como consecuencia de dicho registro o intervención, obtiene información con relación a diversos asuntos de otros clientes del despacho o a otros hechos delictivos, ajenos a la instrucción en curso, información que se debería considerar amparada por el secreto profesional. Esta situación se agrava especialmente cuando estas diligencias de registro se realizan en soportes de almacenamiento masivo de información (medios informáticos y electrónicos).

PALABRAS-CLAVE: Proceso penal, secreto profesional, confidencialidad, derecho a la intimidad, derecho a la defensa y a la tutela judicial efectiva, entrada y registro en despacho de abogados, registro de equipos informáticos.

that he has known and obtained precisely as a result of his professional relationship with him. This being so, it is especially problematic the case in which this guarantee can be undermined, not by an inefficient or improper conduct of the depositary of the client's trust (the lawyer), but of the judicial body itself when, in the course of the investigation of a particular crime, accesses information protected by that confidentiality in the lawyer-client relationship, as in the case of a search of the lawyer's professional office (whether of documents in physical, electronic or computer support) for the investigation of a certain criminal act and, as a consequence of said search or intervention, obtains information in relation to various matters of other clients of the office or other criminal acts, unrelated to the investigation in progress, information that should be considered protected by professional secrecy. This situation is especially aggravated when these searches are carried out on massive information storage media (computer and electronic media).

KEYWORDS: Criminal proceedings, professional secrecy, confidentiality, right to intimacy, right to the defense and effective judicial protection, entry and search in a lawyer's office, search of computer equipment.

SUMARIO: 1. Introducción. El secreto profesional y su protección en el proceso penal. 2. Confidencialidad, derecho a la intimidad y el proceso penal. 2.1. Planteamiento de la cuestión. 2.2. El marco normativo. 3. La entrada y registro en la sede del despacho de abogados. 3.1. Introducción. 3.2. Afectación de derechos

fundamentales. 3.3. Requisitos. 4. El registro de los equipos informáticos y la afectación al secreto profesional. 4.1. La afectación de derechos y la confidencialidad. 4.2. Regulación. 4.3. La autorización judicial y su motivación. 4.4. Contenido de la autorización judicial. 4.5. La excepción a la autorización judicial: supuestos de urgencia y el consentimiento. 4.5.1. La urgencia. 4.5.2. El consentimiento. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía recomendada.

1. INTRODUCCIÓN. EL SECRETO PROFESIONAL Y SU PROTECCIÓN EN EL PROCESO PENAL

En nuestra sociedad, el secreto profesional y su protección siempre se ha considerado que constituyen una salvaguardia fundamental de la información confiada por los clientes a sus letrados y, por ende, pieza básica del derecho de defensa. La función que los letrados ejercen reviste de un interés público, como pieza inescindible de un correcto sistema de administración de justicia. Para poder realizar convenientemente la misión que les es encomendada a los abogados, es necesario asegurar esta protección de la confidencialidad.

Los ciudadanos han de tener la tranquilidad de poder confiar en su letrado toda la información pertinente a un asunto, sabiendo que ni el propio abogado ni los poderes públicos pueden quebrar ese deber de protección de la confidencialidad. De este modo, el secreto profesional se configura, de entrada, como una garantía del derecho fundamental a la defensa de las personas y, por ende, de la tutela judicial efectiva, así como de la protección de la esfera del propio derecho a la intimidad de los ciudadanos¹. Respecto a esto último, la

1 Tal y como el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha afirmado *STEDH Michaud c. Francia*, de 6 de diciembre de 2012, vinculan-

jurisprudencia ha tratado de reducir el contenido del secreto a aquellos extremos afectantes a la intimidad que tengan cierta relevancia jurídica, reconociendo la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás². Al respecto el Tribunal Supremo³ ha aclarado que el secreto no debe interpretarse en sentido legal estricto de «confidencial», sino en su aspecto relacionado con la intimidad o privacidad de las personas. Lo que se protege es el *conocimiento* de ciertos datos relativos a un objeto concreto, por un número limitado de individuos.

El artículo 542.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial española (en adelante, LOPJ), afirma que «*Los abogados deberán guardar secreto de todos los hechos o noticias que conozcan por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, no pudiendo ser obligados a declarar sobre los mismos*». En similar sentido se pronuncia el nuevo Estatuto General de la Abogacía⁴.

do el secreto profesional de los abogados con el derecho a la intimidad del art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH).

- 2 Necesario para mantener una calidad mínima de vida humana. Vid., STC de 28 de febrero de 1994. Para un estudio en profundidad sobre la relación entre el derecho a la intimidad y el secreto profesional, puede consultarse la obra colectiva BOIX REIG, J. (Dir.) y JAREÑO LEAL (Coord.), A., *La Protección Jurídica de la Intimidad*. Iustel, Madrid, 2010.
- 3 SSTS 1391/2000, de 14 septiembre y 1641/2000, de 23 de octubre.
- 4 En similar sentido se pronuncia el nuevo Estatuto General de la Abogacía (en adelante, EGAE), que regula de forma exhaustiva el secreto profesional, protegiéndolo, reforzándolo y desarrollando el contenido de esta obligación. Establece el EGAE establece que el deber del secreto profesional «*comprende todos los hechos, comunicaciones, datos, informaciones, documentos y propuestas que, como profesional de la Abogacía, haya conocido, emitido o recibido en su ejercicio profesional*». Vid., Real Decreto 135/2021, que sustituye al anterior Estatuto de 22 de junio de 2001.

Por otra parte, el art. 263 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, LECrim) establece una excepción a la general obligación del art. 259 del mismo texto legal, que conmina a quien presenciare la perpetración de cualquier delito público a ponerlo inmediatamente en conocimiento del Juez. Pues bien, según el art. 263, dicha previsión legal no alcanza a los abogados ni a los procuradores respecto de las instrucciones o explicaciones que recibieren de sus clientes, que quedan amparadas por el secreto profesional. Esta exención de la obligación general de denunciar es otra pieza más del engranaje de la misión de la abogacía, a la que antes aludíamos, para así poder realizar correctamente su función (la defensa de los intereses de sus patrocinados). Para ello, es necesario que puedan disponer de toda la información oportuna, con la tranquilidad que les ofrece a los clientes esta protección de la confidencialidad, que les permite comunicar al letrado los hechos, datos y cualquier información de que dispongan, oral o escrita, y en cualquier tipo de soporte, al amparo de ese deber de sigilo.

De este modo, el secreto profesional se configura en una doble vertiente como un derecho-deber que protege la relación abogado-cliente. Por un lado, el letrado tiene la obligación de no hacer pública aquella información de su cliente que ha conocido y obtenido precisamente como consecuencia de su relación profesional con aquél. Por otro, como el derecho del cliente, pues quien deposita este conocimiento en su abogado, debe poder despreocuparse sabiendo que su representante no puede divulgar los datos conocidos por los servicios prestados como profesional de la abogacía. Dado que esta protección se regula en favor de quien ha depositado su confianza en su letrado, es al cliente a quien debe beneficiar y proteger, pudiéndose derivar del incumplimiento de este deber responsabilidades de diversa índole⁵.

5 Vid., CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., «Violación de secretos». *Revista galega de administración pública*. N° 35 setembro-dецembro 2003, págs. 89 a

Respecto de la confianza entre el letrado y su cliente, esta cons-

121. Puede consultarse asimismo la obra de GOENA VIVES, B., «El secreto profesional del abogado in-house en la encrucijada: tendencias y retos en la era del *compliance*». *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, N° 21, 2019. COCA VILA, I., *La posición jurídica del abogado: Entre la confidencialidad y los deberes positivos*. Atelier, Madrid, 2013. IBÁÑEZ GARCÍA, I., «La protección de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes (a propósito del erróneo concepto comunitario de dicha confidencialidad. El abogado de empresa)». *CEF Legal: revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, N° 119, Madrid, 2010, págs. 93-126. UTRERA GUTIÉRREZ, J.L., «Mediación intrajudicial en procesos de familia: algunas cuestiones sustantivas y procesales relevantes para los abogados». *Revista Digital Familia y Sucesiones*. N° 12, diciembre 2016. Sepin, Madrid. GIMENO BEVIÁ, J., «El derecho al secreto profesional de las personas jurídicas», en *Nuevas tendencias en la interpretación de los derechos fundamentales*. Coord. por Gimeno Sendra, V. y Regueiro García, M^a T., Ed. UNED, Madrid, 2015, págs. 733-748.

El TJCE recuerda que el secreto profesional constituye un derecho fundamental, pero advierte que solo se protege la comunicación con abogados independientes, vinculados al derecho de defensa, entendiéndose que es independiente quien no está vinculado por una relación laboral. «El abogado interno, independientemente de las garantías de que disponga en el ejercicio de su profesión, no puede ser asimilado a un abogado externo, debido a la situación de asalariado en la que se encuentra que, por su propia naturaleza, no le permite apartarse de las estrategias comerciales perseguidas por su empresa y que ponen en entredicho su capacidad para actuar con independencia profesional». *Vid.*, SUDEROW, J., «Nota sobre la sentencia del TJCE Akzo Nobel y otros de 14 de septiembre de 2010: límites al privilegio legal de las comunicaciones entre abogados y sus clientes». *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 3, N° 1, 2011, págs. 316-326.

Se puede consultar a su vez JAVIER GUILLÉN CARAMÉS, J., «Derecho a la tutela judicial efectiva de las empresas v. eficacia de las inspecciones en el Derecho Europeo de la Competencia (A propósito de la STJUE Akzo c. Comisión, de 14 de septiembre de 2010)», en *Administración y Justicia. Un análisis jurisprudencial. Liber amicorum*. FERNÁNDEZ, T.R. y ALONSO GARCÍA, R. (Coords.). Ed. CIVITAS. Madrid, 2010, págs. 3327-3353, y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., «El secreto profesional del abogado interno y la STJUE Akzo de 14 de septiembre de 2010». *Diario La*

tituye un elemento esencial en la protección de dicha relación⁶. Así lo ha afirmado la STS 79/2012 de 9 de febrero, al afirmar que «la confidencialidad de las relaciones entre cliente y su letrado defensor, que habrán de estar presididas por la confianza, resulta un elemento esencial para salvaguardar la protección de dicha relación»⁷.

2. CONFIDENCIALIDAD, DERECHO A LA INTIMIDAD Y EL PROCESO PENAL

2.1. *Planteamiento de la cuestión*

Como hemos señalado, el secreto profesional no debe interpretarse en sentido riguroso de «confidencial», sino en su vertiente relacionada con la intimidad de las personas.

Ley, N° 7668, Sección Doctrina, 7 de julio de 2011, Año XXXII, Ed. La Ley, Madrid, 2011, págs. 1-19.

6 STS 79/2012 de 9 de febrero.

7 Sobre la confidencialidad, la confianza entre el letrado y el cliente y el deber de secreto profesional son muchos los autores que han escrito sobre el tema. Baste, a modo de ejemplo, citar algunas de estas obras, tales como IGARTUA ARREGUI, I., «El derecho a la confidencialidad de las comunicaciones entre abogado-cliente: límites y perspectivas». *Revista Comunicaciones en propiedad industrial y derecho de la competencia*, N° 64, Madrid, 2011, págs. 129-139. MAGRO SERVET, V., «Casuística sobre el cumplimiento del deber de secreto profesional del abogado hacia su cliente». *CEF Legal: revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, N° 221. Madrid, 2010. MAGRO SERVET, V., «Praxis sobre el secreto profesional del abogado hacia su cliente. *Diario La Ley*, N° 9102, 19 de diciembre, Madrid, 2017. ORTEGA REINOSO, G., «Contenido obligacional del contrato de servicios del abogado. Un repaso jurisprudencial». *Revista jurídica de Castilla y León*, N° 34 (septiembre de 2014), 2014.

Siendo esto así, resulta especialmente problemático el supuesto en que dicha garantía se puede ver mermada, no por una ineficiente o indebida conducta del depositario de la confianza del cliente (el letrado), sino del propio órgano judicial cuando, en el curso de la investigación de un determinado delito, accede a información protegida por esa confidencialidad en las relaciones abogado-cliente, como en el caso de una diligencia de registro en el despacho profesional del letrado (ya sea de documentos en soporte físico, electrónico o informático) para la instrucción de un determinado hecho delictivo y, como consecuencia de dicho registro o intervención, obtiene información con relación a diversos asuntos de otros clientes del despacho o a otros hechos delictivos, ajenos a la instrucción en curso, información que se debería considerar amparada por el secreto profesional. Esta situación se agrava especialmente cuando estas diligencias de registro se realizan en soportes de almacenamiento masivo de información.

2.2. *El marco normativo*

Por razones evidentes, nuestra LECrim, en su texto originario de 1882, no podía dar respuesta a estos adelantos tecnológicos en su articulado. Sin embargo, pese a la evolución técnica y a la incorporación de nuevas formas de comunicación de uso generalizado entre la población, no fue hasta 1988⁸ cuando el legislador incorporó en nuestra LECrim una primera referencia a las comunicaciones telefónicas. No obstante, si bien esta regulación supuso un primer paso, la falta de previsión normativa afectaba, no sólo a otro tipo de formas de comunicación y de lenguaje telemático entre particulares, sino también a otras diligencias de investigación basadas en los adelantos tec-

8 A través de la Ley 4/1988, de 25 mayo, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

nológicos, cuya posible utilización quedaba sin amparo legal, al igual que las posibles consecuencias de la práctica de aquéllas.

No fue hasta el año 2015, cuando el legislador acometió esta tarea, aprobando la LO 13/2015⁹, cuyo preámbulo concreta las razones de la reforma en «la necesidad de encontrar un delicado equilibrio entre la capacidad del Estado para hacer frente a una fenomenología criminal de nuevo cuño y el espacio de exclusión que nuestro sistema constitucional garantiza a cada ciudadano frente a terceros. Por muy meritorio que haya sido el esfuerzo de jueces y tribunales para definir los límites del Estado en la investigación del delito, el abandono a la creación jurisprudencial de lo que ha de ser objeto de regulación legislativa ha propiciado un déficit en la calidad democrática de nuestro sistema procesal, carencia que tanto la dogmática como instancias supranacionales

-
- 9 Ley Orgánica 13/2015, de 5 octubre, *de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica*, para trasposición del artículo 4 de la Directiva 2013/48/UE. Según la exposición de motivos de dicha ley, el legislador optaba por «afrontar de inmediato ciertas cuestiones que no pueden aguardar a ser resueltas con la promulgación del nuevo texto normativo que sustituya a la más que centenaria Ley de Enjuiciamiento Criminal». De esta manera, se pasaba a regular otras formas de comunicación, autorizándose la intervención y registro de las comunicaciones de cualquier clase que se realicen a través del teléfono o de cualquier otro medio o sistema de comunicación telemática, lógica o virtual. La interceptación de todas estas formas de comunicación deberá observar los principios de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad, prohibiéndose los actos o medidas de investigación de naturaleza prospectiva. Para un análisis de dicha reforma y sus implicaciones en el tema que nos ocupa, puede consultarse GOYENA HUERTA, J., «La interceptación de conversaciones abogado-cliente en el proceso penal». *Revista Aranzadi Doctrinal*, N° 6, Madrid, junio 2017, págs. 1-7.

han recordado»¹⁰. Esta ley introdujo, además, un nuevo apartado 4 al artículo 118 LECrim, reconociendo el carácter de confidencial de todas las comunicaciones entre el investigado o encausado y su abogado¹¹.

A pesar del indudable avance que esto supuso, hay determinados aspectos que no han sido suficiente ni convenientemente abordados. Este es el caso de la posible repercusión en la esfera del secreto profesional de la práctica de este tipo de diligencias cuando se lleven a cabo en despachos profesionales (o incidan en las comunicaciones entre el letrado y su cliente), de tal manera que el ámbito de afectación supera al de la propia instrucción del delito por el que se procede, al no tener un poder diferenciador individualizado.

3. LA ENTRADA Y REGISTRO EN LA SEDE DEL DESPACHO DE ABOGADOS

3.1. *Introducción*

Para analizar el tema que nos ocupa –el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de datos en el transcurso de una diligencia de entrada y registro en despacho de abogados– resulta necesario, en primer lugar, analizar someramente dicha diligencia.

10 En tal sentido, las SSTC 184/2003 del 23 octubre y 26/2006, de 20 de enero, asumen el criterio del TEDH en la sentencia de 18 de febrero de 2003, asunto *Prado Bugallo c. España*.

11 El Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal 2020, recoge en su artículo 13 el derecho a la confidencialidad de las comunicaciones de los encausados con el letrado. En el caso de que fueran captadas o intervenidas durante la ejecución de alguna diligencia de investigación, se deberá ordenar la eliminación de la grabación o la entrega al destinatario de la correspondencia retenida.

En primer lugar, debemos partir de la idea de que la particularidad de los registros de despachos de abogados reside en la existencia de documentación de carácter confidencial perteneciente a los clientes, a los cuales no solo los protege el derecho a la intimidad del art. 18.1 de nuestra Constitución (en adelante, CE) y al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), sino también, como ya hemos señalado, al derecho de defensa y a un proceso con todas las garantías (art. 24 CE), así como al derecho-deber de secreto profesional (art. 20.1 d) CE), derechos que han servido a la jurisprudencia para otorgarle una protección especial a este tipo de diligencias.

Sin embargo, nuestro ordenamiento jurídico, al contrario de lo que ocurre en otros ordenamientos europeos, no contiene una regulación específica de la diligencia de entrada y registro en los despachos de abogados¹², ni prevé unos requisitos concretos para su práctica. Por ello, las condiciones y garantías que deberán cumplirse serán, en principio, las recogidas con carácter general en la ley procesal, con las puntualizaciones que se regulan en la normativa sobre el ejercicio de la abogacía, así como con las pertinentes *modulaciones* jurisprudenciales, no sólo de nuestros tribunales nacionales, sino también del TEDH y del TJUE¹³, de indudable importancia en esta materia.

La LECrim¹⁴ establece una distinción y, en consecuencia, unos requisitos diferentes, para la entrada y registro en lugares públicos, y en el domicilio de los particulares. La primera cuestión que debemos

12 De dicha falta de regulación específica en la LECrim se hizo eco la STS 1504/2004, de 25 de febrero: «... *el derecho español, a diferencia del francés, no regula de forma específica en el código procesal penal, la forma de llevar a cabo la entrada y sobre todo el registro del despacho profesional de un abogado*».

13 Así, v.gr., la STEDH de 28 de abril de 2005, en el caso *Buck c. Alemania*, que incluye el despacho profesional en el concepto de domicilio.

14 Arts. 545 y ss. LECrim.

plantearnos, por lo tanto, es si debemos o podemos equiparar el despacho de un abogado al domicilio de un particular o no¹⁵. Según la STS 165/2013 de 26 de marzo de 2013 –entre otras–¹⁶, los despachos profesionales no gozan de la protección del domicilio amparada en el artículo 18.2 de la CE¹⁷. No obstante, numerosa jurisprudencia ha venido sosteniendo que sí existe una protección específica del despacho de abogados en la medida que entran otra serie de derechos fundamentales en juego. Ello no puede impedir que, cuando concurren indicios suficientes para considerar que se está desarrollando una actividad delictiva a través del despacho profesional, proceda acordar la medida de entrada y registro en el despacho de abogados, aunque suponga una limitación de derechos de los clientes investigados y de aquellos otros que pudieran utilizar el mismo sistema operativo.

-
- 15 En opinión de GONZÁLEZ-CUÉLLAR, «la entrada y registro de un despacho profesional constituye una injerencia estatal en un lugar cerrado que merece el reconocimiento como domicilio, aunque en él no se ejerza propiedad la privacidad, debido a su conexión espacial con un ámbito de libertad constitucionalmente protegido –el secreto profesional–. Conforme al principio de prohibición de exceso, la injerencia sólo será admisible si es idónea, necesaria, por no existir medida alternativa menos gravosa suficientemente eficaz para alcanzar el fin perseguido, y proporcionada en sentido estricto, por resultar el interés público en la consecución del objetivo perseguido preponderante frente a los intereses sacrificados». GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO N., «El secreto profesional del abogado», en *Problemas actuales de la justicia penal. Secreto profesional, cooperación jurídica internacional, víctimas de delitos, criminalidad organizada, personas jurídicas, eficacia y licitud de la prueba, prueba y derechos fundamentales*. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. (Dir.), SANZ HERMIDA, A.M. y ORTIZ PRADILLO, J.C. (Coords.). Ed. Colex, Madrid, 2013, pág. 19.
- 16 SSTS de 22 de diciembre 1997; de 17 de abril 1999, y de 5 y 30 de junio 1997, y STC 228/1997, de 17 de octubre.
- 17 STS 165/2013, de 26 de marzo de 2013.

3.2. *Afectación de derechos fundamentales*

El posible menoscabo de los derechos de los clientes en el curso de esta diligencia es incuestionable, si bien nuestro trabajo no pretende desarrollar en profundidad esta cuestión¹⁸. No obstante, sí consideramos conveniente hacer una breve mención a las garantías y derechos susceptibles de afectación en el transcurso de una diligencia de entrada y registro y su relación con el secreto profesional.

En primer lugar, debemos aludir al derecho a la defensa, a no declarar contra sí mismo y a un proceso con todas las garantías¹⁹, pues no cabe duda de que estos derechos pueden sufrir un serio menoscabo cuando se aprehende información relativa a los clientes en un registro en un despacho de abogados. Debemos tener presente que aquéllos pueden poner en conocimiento de sus letrados toda la información, oral, escrita o en cualquier otro soporte, atinente a sus asuntos, información que debe ser preservada frente al conocimiento de terceros, incluyendo la administración pública. En el caso de un registro de equipos informáticos, se puede acceder con facilidad e indiscriminadamente a información de todos los clientes y de todos los asuntos que se lleven en el despacho profesional.

18 Para ello nos remitimos a la obra, resultado del proyecto de investigación citado en nota al pie 1, «Investigación penal, secreto profesional del abogado, empresa, y nuevas tecnologías». Coord. BACHMAIER WINTER, L. Ed. Aranzadi. Pamplona, 2022.

19 *Vid.*, STEDH, caso *Brito Ferrinho c. Portugal*, 1 de diciembre de 2015, al afirmar que la protección del secreto profesional entre abogado y cliente «*forma parte del derecho de éste a no contribuir en su propia incriminación*», por lo que sus comunicaciones gozan de mayor protección, remitiéndose a otros asuntos como el caso *Michaud c. Francia*, de 6 de diciembre de 2012.

La protección de los derechos procesales a los que antes hacíamos mención²⁰, debe impedir que la información depositada por el cliente pueda llegar a ser conocida por otras personas, incluyéndose a las fuerzas policiales y judiciales, salvo en los supuestos expresamente recogidos en la ley.

El respeto al derecho a la intimidad personal merece igual amparo, pues, dada la relación de confianza que rige entre el abogado y sus patrocinados, no es infrecuente que éstos le comuniquen a aquél ciertos datos o información que va más allá de lo estrictamente relacionado con los asuntos profesionales y le trasladen cuestiones más propias del ámbito de lo privado.

Por último, con relación al derecho al secreto profesional, ya hemos afirmado que el derecho-deber de confidencialidad debe trascender la esfera de la relación entre el abogado y el cliente, y requiere que las propias instituciones públicas –incluida, por supuesto, la administración de justicia– respeten este derecho al secreto profesional. Caso contrario, el conocimiento indebido del contenido de la información entre aquéllos dejaría vacío este derecho. Por ello, y para que no se entienda vulnerado el secreto profesional que rige entre un abogado y sus patrocinados²¹, la adopción de la medida de entrada y registro ha de ir acompañada de una serie de garantías específicas que garanticen la inviolabilidad del secreto profesional²².

20 A la defensa, a no declarar contra sí mismo y a un proceso con todas las garantías.

21 Más aún, la observancia de dicho deber de sigilo del abogado puede quedar en entredicho respecto de aquellos clientes no implicados en la investigación.

22 STEDH 21 de enero de 2010. En el mismo sentido, STS de 27 de junio 1994. Destaca la previa concesión de un auto habilitante suficientemente motivado.

3.3. Requisitos

Como ya hemos puesto de manifiesto reiteradamente, en la sede del despacho profesional se preserva información confidencial de los clientes, por lo que una entrada y registro en el mismo podría suponer una vulneración de importantes derechos amparados por nuestra norma constitucional. El TS ha afirmado que estas diligencias de entrada y registro requieren de una tutela especial por la relación abogado-cliente que se debe proteger²³, y la incautación de información relativa al asesoramiento profesional del abogado hacia su cliente puede afectar a diversos ámbitos merecedores de especial custodia²⁴.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH)²⁵ ha puesto de manifiesto que dicha afectación exige el cumpli-

-
- 23 El propio TJUE, en sentencia de 26 de junio de 2007, en el asunto C-305/05, y el TEDH, en el caso *Michaud c. Francia*, han reflejado esta especial protección que brinda el legislador europeo respecto de las intervenciones y registros en los despachos de abogados, por la posible vulneración del derecho al secreto profesional. *Vid.*, asimismo, STEDH de 27 de septiembre de 2005, del caso *Petri Sallinen y otros contra Finlandia*, en la que se pone en contradicho el artículo 8.1 del CEDH, y se afirma que deben existir unas garantías especiales en los registros de despachos de abogados. En similar sentido, caso *Niemietz c. Alemania*, de 16 de diciembre de 1992, y *André y otros c. Francia*, de 24 de julio de 2008. Esta especial protección que otorga el legislador europeo al secreto profesional es de necesaria observancia por nuestro derecho interno, pues, aunque la protección que se hace del registro en despacho de abogados sea *legalmente inferior* a la del domicilio, el amparo que le otorga el legislador europeo ha de ser observado por nuestros tribunales.
- 24 *Vid.*, SSTS 974/2012 de 5 de diciembre de 2012 y 508/2015, de 27 de junio.
- 25 El TEDH manifestó que la violación del art. 8 de la CEDH se producía cuando se habían dado razones muy breves y generales al autorizarse la búsqueda de los datos electrónicos del bufete de abogados del solicitante,

miento de una serie de requisitos específicos, pues el registro del despacho profesional –incluyendo el de los datos electrónicos– equivale a injerencia en la vida privada. Esto exige que dicha diligencia se practique con las garantías adecuadas y suficientes²⁶, siempre que quede suficientemente acreditada la necesidad de su realización²⁷, para evitar posibles abusos.

A nivel nacional, la STS 974/2012, de 5 de diciembre, detalla con precisión los requisitos para la legalidad de la entrada y registro en despachos de abogados, otorgando especial relevancia al secreto profesional, en estrecha relación con el derecho de defensa. De forma resumida, podemos adelantar que, en dicha resolución, el TS establece que el auto habilitante del registro debe estar suficientemente motivado para proteger, no solo el derecho a la inviolabilidad del do-

sin argumentar razonadamente por qué era necesaria la indagación de todos esos datos para la investigación. STEDH de 3 de julio de 2012, en el caso *Robathin contra Austria*. Por otra parte, no es infrecuente que el cliente comunique a su letrado cuestiones que excedan del derecho de defensa, situándose más en el ámbito de la privacidad. Así, STEDH de 22 de mayo de 2008, caso *Illia Stelanor c. Bulgaria*.

- 26 STEDH de 25 de mayo de 2003, caso *Roemen y Schmit c. Luxemburgo* y STEDH de 24 de julio de 2008, caso *André y otros c. Francia*. La STEDH de 21 de enero de 2010, *Xavier Da Silveira c. Francia*, establece que el derecho interno puede prever la posibilidad de registros en los despachos de abogados siguiendo unas garantías especiales, dada la afectación de derechos fundamentales. Es por ello, como veremos de manera detallada más adelante, que la línea jurisprudencial absolutamente mayoritaria de nuestros tribunales considera que se necesita autorización judicial para llevar a cabo esta diligencia, debido a la naturaleza de la actividad que en aquéllos se desarrolla y los datos reservados que custodian.
- 27 STEDH 10828/84; 11471/85 y 2661/87, casos *Funke, Crémieux y Mialhe c. Francia*, de 25 de febrero de 1993, así como STEDH *Niemietz c. Alemania*, de 16 de diciembre de 1992 y *Ewert c. Luxemburgo*, de 22 de julio de 2010.

micilio de la persona jurídica, sino también la relación abogado-cliente, vínculo que se vería mermado por esta diligencia. De este modo, si bien nuestra norma procesal no contempla que los despachos profesionales tengan la consideración de domicilio ex art. 18.2 CE al estar abiertos al público²⁸, han de extremarse las garantías debido a los derechos que pueden verse lesionados y el papel de la abogacía en la administración de justicia²⁹.

En primer lugar, debemos hacer referencia a la necesaria autorización judicial para proceder a la entrada y registro en despacho profesional de abogados. Sabido es que dicha autorización, junto con el consentimiento del titular del derecho a la inviolabilidad domiciliaria³⁰ y la flagrancia, constituyen los únicos supuestos habilitantes para proceder válidamente a una entrada y registro en domicilio³¹.

Pese a que la entrada y registro en despachos de abogados carece de una regulación legal expresa en la LECrim, y que el TC ya ha señalado que no les alcanza expresamente la protección de domicilio del art. 18.2 CE³², ello no ha sido óbice para que la propia jurisprudencia haya estimado preceptiva la autorización judicial en defecto

28 STS 384/2004 de 22 de marzo. Aun así, el TEDH ha legado a señalar que el despacho de abogados sí debe ser considerado como domicilio. STEDH de 21 de enero de 2010, *Xavier Da Silveira c. Francia*.

29 STEDH de 21 de enero de 2010, *Xavier Da Silveira c. Francia*, ya citada.

30 Esta puede ser una cuestión jurídica conflictiva. ¿Quién debemos entender que es el titular de este derecho? El abogado es custodio de la información profesional que guarda en el despacho y, por ende, del lugar en que se almacena, pero no es el titular de la información en sí.

31 Siguiendo la jurisprudencia mayoritaria antes citada, consideramos que los despachos de abogados sí deben considerarse domicilio, a efectos que la protección constitucional ofrece.

32 STS 165/2013 de 26 de marzo de 2013.

de consentimiento del afectado o de delito flagrante³³. Esta especial cautela se debe a la naturaleza de la actividad que en estos despachos profesionales se desarrolla y la eventualidad de que se busquen datos o efectos reservados que puedan afectar a la intimidad y ámbito privado de los clientes de los que el abogado se convierte en garante. Y no sólo de los clientes presuntamente partícipes de la actividad delictiva, sino también de aquellos que son ajenos a la investigación en curso³⁴.

No obstante, y como tendremos ocasión de señalar más adelante, si bien dicha autorización permitiría la incautación de libros y papeles, dispositivos electrónicos, archivos informáticos, etc., entendidos como instrumentos del delito, u otros objetos que puedan servir para su descubrimiento y comprobación, ello no implica, *per se*, que se pueda acceder al contenido de los mismos.

Por otra parte, huelga decir que, en todo caso, el auto habilitante deberá cumplir con los requisitos legales y constitucionales para ello.

Entre ellos destacan, por un lado, el requisito de la inexcusable motivación, y, por otro, el de la fijación de los límites del registro³⁵.

33 SSTS 1504/2003 de 25 Feb. 2004; 540/2017 de 12 julio, y 290/2018, de 14 junio. Por su parte, la STS 864/2015 de 10 de diciembre, mantiene la validez del consentimiento prestado por el acusado –que contó en todo momento con asistencia letrada– tanto para la entrada y registro en su domicilio como para recoger el material informático o de otro tipo que en el domicilio pudiera existir, afirmando que no existe en este caso vulneración del derecho a la intimidad, puesto que resulta incuestionable que la autorización para recoger conlleva el análisis del contenido que en dicho material informático se encuentre.

34 Para asegurar la protección de estos, es necesario que el registro se realice en presencia de una persona que vele por los intereses del despacho.

35 En virtud de lo expresado en la LECrim, y como resultado de la propia tutela judicial efectiva del artículo 24 CE.

La jurisprudencia ha sostenido que no se requiere de una motivación exhaustiva, pero sí la suficiente que justifique la concurrencia de los requisitos relativos al hecho, la comisión de delito y la responsabilidad del sujeto pasivo de la restricción del derecho³⁶. Cabe, incluso, la motivación por remisión al oficio policial³⁷, siempre que se puedan deducir del propio oficio *sospechas fundadas* de que se ha cometido el delito³⁸. Es importante que las fuerzas actuantes eviten el registro de documentos o archivos innecesarios, tal y como se deriva del art. 552 LECrim. Qué es lo que se debe entender por registros inútiles es un

36 No basta con que cumpla con las exigencias constitucionales de fundamentación de las resoluciones judiciales del art. 120.3 CE, sino que, además, debe permitir la ulterior valoración de la corrección de la decisión por parte de los Tribunales encargados de su revisión, a los efectos de otorgar la debida eficacia a los resultados que pudieran obtenerse con base en ella o por vía de recurso contra la misma.

«Por ello, cuando la entrada en el domicilio se basa en una resolución judicial, ésta tendrá que estar suficientemente motivada, tanto sobre los hechos como en derecho, teniendo en cuenta que se trata de la restricción de un derecho fundamental. Para que esa motivación sea bastante en el aspecto fáctico, es preciso que el Juez disponga de indicios acerca de la comisión de un delito y de la relación del domicilio con él, lo cual puede suceder en los casos en los que puedan encontrarse en el domicilio efectos o instrumentos del delito (...). Se trata, por consiguiente, de que al solicitarse esta injerencia en un derecho constitucionalmente protegido se aporten cualquier tipo de datos fácticos o «buenas razones o fuertes presunciones de que las infracciones están se han cometido o están a punto de cometerse (Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 6 de septiembre de 1978, caso Klass, y de 5 de junio de 1992, caso Lüdi)»; en otros términos, algo más que meras sospechas, pero algo menos que los indicios racionales que se exigen por el art. 384 LECrim para el procesamiento (SSTC 49/1999, de 4 de abril, 299/2000, de 11 de diciembre, 138/2001, de 17 de julio y 167/2002, de 18 de septiembre; STS 16/2007 de 16 de enero)».

37 No obstante, esta remisión no se trata precisamente de una técnica jurisdiccional modélica.

38 En este sentido, la STS 7350/2002, de 6 de noviembre.

concepto que la ley no aclara y que, en materia de registros de dispositivos de almacenamiento masivo de datos, no siempre va a resultar sencillo, pues en un mismo soporte se pueden encontrar todo tipo de datos pertenecientes a diversas personas. Por ello se deben extremar las precauciones y las cautelas, para no comprometer a otros clientes. Precisamente es el estricto cumplimiento de la motivación y de la proporcionalidad lo que permitirá comprobar si concurre esa necesidad de acceder a los datos.

Respecto de la proporcionalidad –en sentido amplio³⁹–, lo que se pretende es que su observancia permita justificar el sacrificio del derecho a la intimidad y del secreto profesional, ante su colisión con otro de superior categoría como es el derivado de la investigación de ciertos delitos. Dada la especial gravedad que reviste la medida, el órgano judicial deberá ponderarla cuidadosamente y ceñir su ámbito a aquellos supuestos en los que el letrado ha participado de forma clara en la actividad delictiva⁴⁰.

39 Que se trate de una medida que sea necesaria, excepcional, idónea, especial, y proporcional en sentido estricto.

40 STS 974/2012, de 5 de diciembre. En este caso, los autos de entrada y registro en el despacho de abogados se remitieron a la solicitud e informe policial previos, con referencia a las investigaciones realizadas, a su resultado con la documentación acompañada en los anexos, y a las conclusiones correspondientes, por lo que su motivación fue suficiente, según el Tribunal, para acordar la medida de entrada y registro.

También se pronuncia el alto tribunal sobre el pretendido carácter general, indiscriminado y prospectivo de la diligencia, concluyendo que la ocupación e incautación de la documentación relativa a los clientes involucrados, no podría ser considerada de tal manera, al estar orientada a los *concretos clientes* que motivaron la autorización del auto de entrada y registro. Según el TS, «cuando en el desarrollo de la actividad profesional se da soporte a una red delictiva, y muchos clientes acuden específicamente a dicho despacho para beneficiarse de tal ilicitud, los registros se justifican y encuentran amparo legal».

La correcta limitación y delimitación del objeto del registro es fundamental para preservar el derecho de defensa. La orden de entrada y registro de un despacho profesional no puede ser genérica, desproporcionada ni prospectiva, ya que el TEDH⁴¹ considera que ello produciría una violación del CEDH. Una medida ilimitada o formulada en términos generales, vulneraría los principios rectores y los derechos de los clientes no investigados, así como de los propios imputados⁴² cuando se refiriera a otros datos que nada tuvieran que ver con la investigación en curso. Sorprende por ello cierta línea jurisprudencial que sostiene que, por las circunstancias de la investigación al momento de la práctica de la diligencia, esta puede basarse en apariencias «superficiales de conexión» y utilizar términos muy amplios⁴³. A nuestro juicio,

41 STEDH 25 de febrero de 2003, caso *Roemen y Schmit c. Luxemburgo*.

42 En términos generales, en cuanto al contenido del auto que autorice la entrada y registro, es indispensable que el mismo indique, según el artículo 558 de la LECrim, el edificio o lugar cerrado en que haya de verificarse, si tendrá lugar solo en un día, y la autoridad y funcionario que los haya de practicar. La STS 692/1997, de 7 de noviembre, y también diversas sentencias del TC –así, SSTC 239/1999, de 20 de diciembre; 136/2000, de 29 de mayo; 4/2001, de 29 de enero; y, muy especialmente, la STC 56/2003 de 24 de marzo–, concluyen que, más allá del debido juicio de proporcionalidad y de justificar la idoneidad y necesidad de la medida, se tendrán que detallar las circunstancias espaciales, temporales y personales de la entrada y registro, que acompañará la motivación de la decisión judicial.

43 Vid., STS 540/2017, en una argumentación a nuestro juicio muy criticable, que sostiene que «los términos del auto habilitantes son amplios y se refieren a todos los elementos o materiales –de cualquier tipo–, que aparentemente puedan guardar relación con los hechos que se investigan. Es claramente admisible que la incautación de material en el curso de una diligencia de entrada y registro, normalmente acordada en un estado precoz de las investigaciones, se base en la apariencia superficial de conexión con los hechos, que puede justificarse por su simple emplazamiento o por otras circunstancias que así lo reflejen. A salvo de que patentemente sea así, no puede exigirse a las fuerzas participantes en una

la simple apariencia de conexión con los hechos objeto de investigación no debería entenderse como justificación y motivación suficientes de la diligencia, pues ello englobaría la posibilidad de recoger todo el material (desde un punto de vista objetivo, referido al delito concreto, pero también subjetivo, con relación a los posibles participantes en el mismo o incluso terceros ajenos), sin un cribado posterior de lo obtenido. Parece que sólo en caso de que *patentemente* no tuviera relación con lo investigado, habría que descartar los resultados de la práctica de la diligencia. No asemeja ser éste un criterio muy garantista, y una línea jurisprudencial como la apuntada no confiere, a nuestro juicio, la protección adecuada a los derechos fundamentales que se van a ver limitados⁴⁴. A pesar de ello, este criterio se ha sostenido en abundante

diligencia de entrada, que, en un primer contacto con el material, puedan dictaminar si se relaciona o no con los hechos objeto de investigación».

- 44 De similar manera se pronunció el TS con relación a la falta de limitación del objeto de la incautación y de los clientes del despacho –posibles afectados por el registro–, al afirmar que deberá tenerse en cuenta si la diligencia se produjo sobre un número concreto de clientes, o si afectó a la generalidad de los mismos. Vid., STS 974/2012, de 5 de diciembre. En este caso, se recabó información de 800 clientes (de un total de unos 8.000), pero la motivación del auto se refería a todos ellos, por lo que el Tribunal optó por no estimar dicha medida como general ni indiscriminada. Según el TS, la diligencia no podría aplicarse a todo el conjunto de datos ni extenderse a todos los sujetos o clientes de un despacho de abogados sin individualizar expresamente, pues ello ampararía registros ilimitados o de carácter prospectivo. En palabras del TS, «sobre el carácter general, indiscriminado y prospectivo de los autos de entrada y registro respecto a los clientes, es cierto que en su parte dispositiva se autorizan: «para intentar la detención e intervención en el mismo de pruebas, documentos y cualquier otro elemento útil para la investigación que se lleva a cabo», pero en el razonamiento jurídico cuarto de los respectivos autos se concreta la actividad delictiva que se investiga, con referencia explícita a la creación de ese entramado de sociedades creadas al servicio de los clientes para el lavado de fondos y a la finalidad indiciaria de enmascarar el origen de los fondos y de su ocultación a la Hacienda

jurisprudencia que afirma que lo básico para la validez de la medida será que la resolución habilitante haya fijado un *determinado* alcance del registro y que, además, haya reflejado las razones y motivos de esa decisión. Esta misma idea la sigue la Circular FGE 5/2019, de 6 de marzo, sobre registro de dispositivos y equipos informáticos, sobre la base de la complejidad en la limitación del registro en un despacho. Por ello, los términos del auto de entrada y registro podrán ser amplios y extenderse a todos los elementos que guarden relación con los hechos investigados⁴⁵, pero siempre que exista un vínculo de relación directa con la actividad delictiva objeto de investigación. De este modo, el registro se deberá referir únicamente a aquellos clientes que estuviesen implicados en aquélla, salvaguardando el secreto profesional de aquellos otros no involucrados en las actividades delictivas que están siendo investigadas. Para cumplir de forma efectiva con estos requisitos sería necesario articular mecanismos informáticos de reacción que aseguren que no se va a registrar y que no va a tener entrada aquello que no esté directamente relacionado con el delito que se investiga.

4. EL REGISTRO DE LOS EQUIPOS INFORMÁTICOS Y LA AFECTACIÓN AL SECRETO PROFESIONAL

4.1. *La afectación de derechos y la confidencialidad*

El acceso al ordenador de una persona afecta tanto a su derecho a la intimidad personal, como al derecho al secreto de las comunicaciones y a la protección de datos. No obstante, cuando el registro de equipos se

Pública. Por tanto, la ocupación e incautación de la documentación relativa a los clientes (...), no puede ser considerada como general e indiscriminada, al estar orientada a los concretos clientes que motivaron los autos de entrada y registro».

45 STS 9/2005, de 10 de enero. Vid., asimismo, STS 974/2012, de 5 de diciembre, caso *Ballena Blanca*; y STS 165/2013, de 26 de marzo, caso *Malaya*.

produzca en la sede de un despacho de abogados, tras una entrada en el mismo, la cuestión trasciende la protección de los derechos fundamentales señalados, para incidir de lleno en la merma de la garantía de la protección de la relación de confidencialidad abogado-cliente, que el letrado debe asegurar y los poderes públicos respetar, para proteger, en definitiva, el derecho de defensa. Una vez más, la cuestión se centra en la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías, amparados en el art. 24 de la CE.

La STS 2026/2001 indica que el secreto profesional puede ser alzado por medio de auto judicial⁴⁶, pero, dada la gravedad de dicha injerencia y la afectación de diversos derechos fundamentales, debe limitarse únicamente a los supuestos en los que el propio abogado va más allá de sus obligaciones profesionales, «integrándose en la actividad delictiva». Se añade, para el registro de dispositivos informáticos, la dificultad en la selección de los archivos en que pudieran encontrarse los elementos de prueba interesados, al ser dispositivos de almacenamiento de gran cantidad de información.

4.2. Regulación

La falta de desarrollo normativo por parte del legislador nacional ha supuesto, durante mucho tiempo, la necesidad de una labor

46 El TC ha establecido que, dado que no existen derechos fundamentales ilimitados o absolutos, el derecho a la intimidad podrá verse restringido ante determinadas exigencias públicas y con el cumplimiento de ciertas condiciones. SSTC 37/1989, de 15 de febrero y 70/2002, de 3 de abril. Sin embargo, el registro de dispositivos informáticos en el marco de una investigación penal presenta una peculiaridad: al contrario de lo que sucede con la inviolabilidad del domicilio o el secreto de las comunicaciones, en el artículo 18.1 CE no se prevé que el derecho a la intimidad pueda ser restringido mediante resolución judicial.

integradora de nuestros tribunales, que han tenido que especificar los requisitos que la legislación no aclara⁴⁷.

Antes de la reforma de la LECrim del año 2015⁴⁸, a la que nos referiremos más adelante, cierta jurisprudencia llegó a considerar que el registro de los dispositivos de almacenamiento masivo de información se consideraba amparado por el propio auto de entrada y registro domiciliario. No obstante, la tendencia mayoritaria sostenía que no podía entenderse que el acceso de los poderes públicos al contenido del ordenador de una persona investigada quedara legitimado a través de un acto unilateral de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, pues el ordenador y, en general, los dispositivos de almacenamiento masivo, *«son algo más que una pieza de convicción que, una vez aprehendida, queda expuesta en su integridad al control de los investigadores. El contenido de esta clase de dispositivos no puede degradarse a la simple condición de instrumento recipiendario de una serie de datos con mayor o menor relación con el derecho a la intimidad de su usuario. En el ordenador coexisten, es cierto, datos técnicos y datos personales susceptibles de protección constitucional en el ámbito del derecho a la intimidad y la protección de datos (art. 18.4 de la CE). Pero su contenido también puede albergar –de hecho, normalmente albergará– información íntimamente ligada al derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones. El correo electrónico y los programas de gestión de mensajería instantánea no son sino instrumentos tecnológicos para hacer realidad, en formato telemático, el derecho a la libre comunicación entre dos o más personas»*⁴⁹.

Por ello se considera que, una vez descargados, leídos y almacenados los correos electrónicos por parte de su destinatario⁵⁰, dejan

47 Así, p. ej., STS 113/2018, de 12 de marzo.

48 LO 13/2015, de 5 de octubre.

49 Vid., STS 342/2013, de 17 de abril.

50 Momento en que la comunicación ya ha terminado su ciclo.

de integrarse en el ámbito de la inviolabilidad de las comunicaciones, pasando a ser susceptibles de protección desde la óptica de la garantía del derecho a la intimidad⁵¹, siendo necesaria la autorización judicial previa, concreta y vinculante, como presupuesto habilitante para acceder a los contenidos almacenados en los ordenadores, protegiendo así a los investigados frente a injerencias arbitrarias por parte de las fuerzas y cuerpos de seguridad.

De esta manera, la jurisprudencia ha ido consagrando el llamado «derecho a la protección del propio entorno virtual», susceptible de salvaguarda frente a la injerencia de los poderes públicos, vía derecho a la intimidad y a la protección de datos (art. 18.4 CE), y vía derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones⁵². En palabras del TS, en la sentencia 342/2013, de 17 de abril, *«la ponderación judicial de las razones que justifican, en el marco de una investigación penal, el sacrificio de los derechos de los que es titular el usuario del ordenador, ha de hacerse sin perder de vista la multifuncionalidad de los datos que se almacenan en aquel dispositivo. Incluso su tratamiento jurídico puede llegar a ser más adecuado si los mensajes, las imágenes, los documentos y, en general, todos los datos reveladores del perfil personal, reservado o íntimo de cualquier encausado, se contemplan de forma unitaria. Y es que, más allá del tratamiento constitucional fragmentado de todos y cada uno de los derechos que convergen en el momento del sacrificio, existe un derecho al propio entorno virtual. En él se integraría, sin perder su genuina sustantividad como manifestación de derechos constitucionales de nomen iuris propio, toda la información en formato electrónico que, a través del*

51 Cuya protección constitucional es evidente, aunque, según el TS, de una intensidad distinta a la reservada para el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones.

52 Así, SSTS 342/2013, de 17 de abril 2013; 204/2016, de 10 de marzo 2016; 462/2019, de 14 de octubre 2019, y 489/2018, de 23 de octubre 2018.

uso de las nuevas tecnologías, ya sea de forma consciente o inconsciente, con voluntariedad o sin ella, va generando el usuario, hasta el punto de dejar un rastro susceptible de seguimiento por los poderes públicos. Surge entonces la necesidad de dispensar una protección jurisdiccional frente a la necesidad del Estado de invadir, en las tareas de investigación y castigo de los delitos, ese entorno digital».

De este criterio jurisprudencial ampliamente admitido, se hizo eco el legislador en la LO 13/2015, que regula *ex novo* el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información digital o repositorios telemáticos de datos⁵³, permitiendo el acceso al contenido de los ordenadores en el marco de una investigación penal, siempre que se cumplan una serie de requisitos. No obstante, no hay una regulación específica para los casos de registros en despacho de abogados, sino que se trata de una serie de preceptos genéricos para todo tipo de supuestos (art. 588 sexies letras a) y c) LECrim).

En líneas generales, podemos afirmar que la ley impide acceder al contenido de dichos dispositivos incautados en virtud únicamente del auto de entrada y registro⁵⁴. Es decir, con el auto de entrada y registro se permitiría la *incautación* de los equipos informáticos, pero no el *acceso* a la información que se contenga en los mismos⁵⁵, y es que la reforma descarta cualquier duda acerca de que esos instrumentos de comunicación y, en su caso, almacenamiento de información, sean algo más que simples piezas de convicción.

53 A modo de ejemplo, la STS 1504/2003, de 25 de febrero de 2004.

54 Idea apoyada en la Circular FGE 5/2019 de 6 de marzo, sobre registro de dispositivos y equipos informáticos.

55 Ya que, para ello, y como veremos, será necesaria una motivación judicial expresa y específica de acuerdo con lo dispuesto en el art. 588 sexies a) de la LECrim.

Al registro de dispositivos de almacenamiento masivo y a las demás medidas de investigación tecnológica⁵⁶ le son de aplicación las disposiciones comunes recogidas en el capítulo IV del título VIII (art. 588 LECrim) que, entre otras cuestiones, desarrolla detalladamente los principios rectores de especialidad, idoneidad, necesidad, excepcionalidad y proporcionalidad que han de inspirar su adopción, destacando el sometimiento al principio general de la necesaria habilitación judicial (con las excepciones previstas en supuestos de urgencia o del consentimiento del titular de los derechos afectados), en las condiciones y con los requisitos legalmente establecidos.

Con relación a la valoración del principio de proporcionalidad de la medida de incautación y examen de los dispositivos informáticos, el Tribunal Supremo ha puesto de relieve en diversas resoluciones, que ha de tomarse en consideración la específica naturaleza de los delitos tecnológicos, afirmando que, cuando las infracciones son cometidas mediante la utilización de equipos informáticos, la diligencia tendente a su ocupación y al examen de su contenido ha de estimarse proporcionada, no tanto en función de la pena eventualmente aplicable, como de la propia naturaleza del hecho investigado, su dinámica comisiva y las inevitables necesidades para su ulterior probanza⁵⁷. Las propias características de esta forma de delincuencia inciden, por otro lado, en la delimitación de cuál ha de ser el alcance de los elementos que debe ofrecer la policía a la autoridad judicial para justificar la autorización de la medida⁵⁸.

56 Reguladas en los capítulos V a XIX del propio título VIII antes señaladas.

57 Así, STS 811/2015 de 9 de diciembre.

58 De este modo, la STS 811/2015 de 9 de diciembre, rechaza la necesidad de que la misma alcance tal grado de certeza que haga innecesaria la propia diligencia en sí, argumentando que en esta clase de delitos la posible volatilidad de las pruebas documentales puede aconsejar claramente

Según el art. 588 sexies c), la autorización del juez para acceder a la información contenida en los dispositivos debe fijar ciertos términos, como el alcance del registro, si permite o no la realización de copias de los datos informáticos, además de los requisitos necesarios para asegurar y preservar la integridad de aquéllos para preparar, en su caso, un dictamen pericial⁵⁹. El auto judicial, en su motivación, hará referencia a estos extremos, fijando las condiciones y alcance del registro⁶⁰.

4.3. *La autorización judicial y su motivación*

Con relación propiamente a la diligencia de incautación informática de archivos custodiados en los despachos de abogados, ésta va ligada al previo registro de los propios despachos. La mera incautación de los dispositivos de almacenamiento masivo de información con motivo o como consecuencia de una entrada y registro, no ampara la posibilidad de acceso directo al contenido de los mismos, no siendo suficiente ni habilitante la motivación genérica de la resolu-

en numerosos asuntos una rápida intervención tendente a la más pronta ocupación, sin las demoras que produciría una investigación más amplia, cuando, como se ha dicho, las solventes sospechas acerca de la actividad ilícita llevada a cabo mediante los equipos ubicados en la vivienda objeto de registro venían avaladas por las concretas y autorizadas referencias de las que disponía la policía.

59 Para la aprehensión de dispositivos, establece el artículo 588 sexies c) LE-Crim que se evitará su incautación excepto cuando constituyan el objeto o instrumento del delito o se justifique por otras razones.

60 Esta regulación se ha visto reforzada mediante la Circular de la FGE 5/2019, de 6 de marzo de 2019, sobre registro de dispositivos y equipos informáticos, por la que se establecen protocolos para la realización de una correcta y válida incautación de archivos.

ción judicial que ordene el registro en el despacho profesional⁶¹. Para ello será necesaria una motivación especial e independiente del juez de instrucción, que deberá exponer las razones que justifican dicha intromisión, confirmando la necesidad de que exista una resolución concreta para la irrupción del derecho al entorno digital del investigado⁶². Así pues, se va a requerir siempre una autorización judicial que efectúe una motivación individualizada⁶³ cuando sea previsible

61 SSTS 204/2016 de 10 de marzo; 864/2015, de 10 de diciembre y 786/2015, de 4 de diciembre, entre otras. La sentencia 382/2015 de 21 de mayo de la sección 17^a de la Audiencia Provincial de Madrid analiza la exigencia de motivación individualizada en un supuesto en el que se planteaba la cuestión referida al volcado de los datos. La Audiencia, proclamando que en cualquier caso resulta necesaria la autorización judicial, considera que, respecto de los dispositivos incautados en el domicilio del investigado, existió tal habilitación y que el volcado de la información contenida en los mismos contó con la correspondiente cobertura judicial, ya que, a petición policial, se dictó una resolución judicial autorizando el volcado de la información contenida en los soportes informáticos bajo fe pública del secretario y con entrega de copia a la fuerza actuante para la realización de la pericia. Sin embargo, entiende que ha de darse distinto tratamiento al examen efectuado sobre el contenido del pendrive que fue incautado tiempo después con motivo de la detención del acusado, que no contaba con ninguna cobertura judicial, puesto que su incautación se produjo con posterioridad a la concesión de la autorización inicial.

62 La autorización no puede entenderse tácitamente concedida. En este mismo sentido, la Circular FGE 5/2019, de 6 de marzo. *Vid.*, a su vez, STS 2871/2017 de 12 de julio, declarando admisible que durante la diligencia los agentes encargados incauten materiales que consideren relacionados o conectados aparentemente con los hechos, siendo amplios los términos del auto referido a los elementos que puedan guardar relación. En el mismo sentido.

63 La motivación individualizada para poder registrar dichos equipos informáticos es un requisito esencial cuya omisión provocará la nulidad del registro de los mismos. La STS 786/2015 de 4 de diciembre ha señalado

la aprehensión de ordenadores, instrumentos de comunicación telemática o telefónica⁶⁴ y dispositivos de almacenamiento masivo de información digital.

En este sentido, la STS 342/2013, de 17 de abril, señala que *«para poder acceder a la información contenida en un dispositivo informático por parte de los agentes de policía, se requiere contar con una expresa autorización judicial, la cual no se entiende implícita en la resolución previa que habilita la entrada al domicilio en la que están instalados estos dispositivos»*. Se cierra así la discrepancia doctrinal y jurisprudencial que había surgido con relación a la consideración de que la apertura y acceso de los dispositivos informáticos que se encontraban en el domicilio al que se accedía en virtud del mandamiento de entrada y registro del mismo, no requería de una resolución complementaria al auto que autorizaba el propio registro domiciliario, posición que se mantuvo en diversas resoluciones de la Sala Segunda del Tribunal Supremo⁶⁵.

4.4. *Contenido de la autorización judicial*

En estrecha relación con la motivación de la autorización judicial, es necesario que la misma delimite claramente el alcance del registro, el delito que se investiga y lo que se busca, pues en función del tipo penal objeto del proceso interesará intervenir unos efectos u otros. También

que la necesidad de esta autorización judicial independiente estriba en que *«nuestro sistema no tolera el sacrificio de los derechos proclamados en los apartados 3 y 4 del art. 18 de la CE a partir de una legitimación derivada»*, y que lo que se pretende con ello *«es que el Juez de instrucción exteriorice de forma fiscalizable las razones que justifican la intromisión en cada uno de los distintos espacios de exclusión que el ciudadano define frente a terceros»*.

64 Según las SSTS 373/2017 de 24 mayo de 2017, y 2026/2001 de 28 de noviembre de 2001.

65 En este sentido, STS 691/2009 de 5 de junio.

hará referencia a la posibilidad de hacer un volcado de los datos informáticos, así como las condiciones a que se deben sujetar para asegurar la integridad de aquéllos y las garantías de preservación.

La incautación se deberá limitar a aquellos documentos o elementos necesarios para la investigación del delito de que se trate, y respecto de quienes pudieren estar involucrados en los hechos delictivos por los que se procede. En caso contrario, se estarían vulnerando derechos fundamentales de otros sujetos ajenos al proceso en curso. Por lo tanto, el juez deberá precisar los concretos datos informáticos a los que podrá acceder la investigación, protegiendo, al mismo tiempo, el respeto al resto de su entorno virtual⁶⁶.

Esta referencia al «*resto del entorno virtual*» es de suma importancia, pues desde la Fiscalía General del Estado (en adelante, FGE), se advierte una preocupación por evitar registros genéricos, debiendo delimitarse el alcance del registro tanto subjetiva como objetivamente⁶⁷. *«El Juez, por lo tanto, partiendo de la naturaleza del delito que se investiga y de la clase de datos que pretenda obtener con el registro, deberá precisar en la resolución habilitante tanto los dispositivos que serán objeto de registro como la naturaleza o categoría de los datos que podrán ser registrados o, desde una perspectiva negativa, la naturaleza o categoría de los datos a los que no deberá alcanzar el registro. (...) Lo realmente determinante para la validez de*

66 Términos en los que se expresa la Circular 5/2019 de la FGE.

67 Subjetivamente, porque deberá precisar los sujetos afectados por el registro, si bien lo habitual será que sólo resulte afectado el investigado, el registro podría limitar derechos de terceros si el dispositivo de almacenamiento masivo es compartido entre varias personas o si los datos de interés para la investigación se encuentran almacenados en dispositivos que no son titularidad del investigado. Y, objetivamente, determinando qué dispositivos pueden ser registrados y cuáles no, pero también la categoría o clase de datos o archivos de un dispositivo determinado a los que deberá alcanzar el registro. Vid., Circular FGE 5/2019.

la medida, lo que hará que la misma resulte ajustada a derecho, será siempre que la resolución habilitante haya fijado un determinado alcance del registro –que podrá ser de todo el dispositivo o de parte del mismo–, y que, al mismo tiempo, haya reflejado las razones y motivos en los que descansa esa decisión. A partir de aquí, será la razonabilidad o no del juicio valorativo, lo que dará validez o no a la decisión judicial».

El problema se centra, pues, en que el auto acordando el registro pueda delimitar *ex ante* el alcance del propio registro: qué es lo que se busca, qué contenidos se quieren incautar y su necesidad, cuáles son los dispositivos a registrar, y hasta qué punto puede llegar el registro en cada dispositivo⁶⁸, de acuerdo con la finalidad de la investigación.

Cuando dicha delimitación resulte compleja o se trate de la investigación de delitos especialmente graves, el principio de proporcionalidad podría justificar una mayor intromisión en el entorno digital del investigado. Incluso la adopción de especiales cautelas por parte de los investigados puede suponer la necesidad de ampliar el ámbito del registro en busca de archivos intencionadamente camuflados en uno de estos dispositivos. En estos casos, la investigación policial previa a la incautación de los repositorios deberá centrarse en los indicios para justificar un determinado alcance del registro.

Para ello, y a efectos instrumentales, la Circular 5/2019 de la FGE apunta la posibilidad de utilizar motores de búsqueda que per-

68 La STEDH de 3 de julio de 2012, en el ya citado caso *Robathin c. Austria*, sostenía que la resolución judicial, caracterizada por un razonamiento breve y general, supuso la violación de la privacidad de los sujetos y, por consiguiente, se decretó la nulidad de la medida. En concreto, el Tribunal consideró vulnerado el art. 8 CEDH, al haberse autorizado el acceso al ordenador de un abogado sin justificar debidamente el amplio alcance del mismo, ya que este acceso no se limitó exclusivamente a los datos relativos a determinados clientes, sino que se produjo de forma generalizada.

mitan hallar determinados archivos en un ordenador o sistema informático, sin necesidad de mostrar el contenido de todos los archivos sobre los que realiza la indagación. Es decir, habría que utilizar herramientas que facilitaran indagaciones selectivas de cadenas de información dentro de los datos recopilados –informáticos o no–. El problema es que, una vez encontrados los archivos o los sectores de datos donde se almacenan las cadenas indicadas, podamos extraerlas con la seguridad de que *toda* esa información está relacionada con el elemento buscado y no tiene vinculación con ningún otro sujeto – lo que podría vulnerar la protección de los datos–.

Por otra parte, el apartado 3º del artículo 588 sexies c) concreta que, cuando quienes lleven a cabo el registro o tengan acceso al sistema de información o a una parte del mismo, tengan razones fundadas para considerar que los datos buscados están almacenados en otro sistema informático, podrán ampliar el registro, siempre que los datos sean lícitamente accesibles por medio del sistema inicial o estén disponibles para este. Esta ampliación del registro deberá ser autorizada por el juez, salvo que ya lo hubiera sido en el mandamiento inicial.

Por último, debemos resaltar que la generalización en el uso de los sistemas de externalización de la información en la comúnmente denominada «nube» (*cloud computing* o almacenamiento en la nube), ha determinado que, cada vez más frecuentemente, resulte preciso el acceso a información que no se encuentra almacenada en los propios dispositivos físicos del investigado. Esto permite guardar cualquier dato o información en espacios virtuales a los que puede acceder desde cualquier lugar físico y en cualquier momento con la única condición de disponer de un ordenador o dispositivo informático con capacidad para conectarse a la red⁶⁹.

69 La información almacenada en estos espacios virtuales puede estar ubicada físicamente en una jurisdicción diferente a aquella donde se encuentra la

4.5. *La excepción a la autorización judicial: supuestos de urgencia y el consentimiento*

4.5.1. *La urgencia*

La primera excepción al principio general de habilitación judicial se encuentra prevista en el apartado 4 del artículo 588 sexies c), para los casos en que se aprecie un interés constitucional legítimo que haga imprescindible la ejecución de la medida de forma urgente, en cuyo caso la policía judicial podrá llevar a cabo el examen directo de los datos contenidos en el dispositivo incautado, comunicándolo inmediatamente, y en todo caso dentro del plazo máximo de veinticuatro horas, por escrito motivado al juez competente, haciendo constar las razones que justificaron la adopción de la medida, la actuación realizada, la forma en que se ha efectuado y su resultado. El juez, también de forma motivada, revocará o confirmará tal actuación en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que fue ordenada la medida.

4.5.2. *El consentimiento*

Con relación al acceso a equipos informáticos y al valor del consentimiento, cuando suponga intromisión en la intimidad, la STS

autoridad judicial que autoriza la medida, o puede que ni tan siquiera se sepa dónde se encuentra localizada, resultando prácticamente imposible determinar en qué país se aloja el servidor que almacena la información. La necesidad de acudir a solicitudes de cooperación internacional para acceder a la información colisiona con la eficacia de la investigación y, además, suele enfrentarse a la respuesta de las compañías proveedoras de servicio, que han de someterse a la ley nacional del país donde radica su sede central, generando dilaciones que a veces redundan en la pérdida de la prueba.

786/15 de 4 de diciembre analiza un supuesto en el que la acusada consintió el acceso a su ordenador entregando a la fuerza actuante los equipos informáticos, facilitando las claves de acceso a los mismos. En palabras del TS, *«el consentimiento para legitimar el acceso al contenido documentado de comunicaciones a las que ya se ha puesto término y que, en consecuencia, desbordan la protección constitucional que dispensa el art. 18.3 de la CE puede ser otorgado mediante actos concluyentes. Y bien elocuente de la voluntad del titular son los actos de identificación de las cuentas y entrega de las claves. La legitimación del acto de injerencia estatal en la intimidad de la afectada no puede ponerse en cuestión»*.

El consentimiento, que puede ser expreso o tácito⁷⁰, cuando se deriva de la realización de actos claros sobre la voluntad del titular del derecho, no impide sin embargo que se pueda entender vulnerado el derecho a la intimidad cuando se subviertan los términos y alcance para el que se otorgó⁷¹.

5. CONCLUSIONES

La entrada y registro en el despacho profesional del letrado y al acceso e incautación de equipos informáticos u otra información que se pueda almacenar en todo tipo de dispositivos electrónicos en un

70 La forma de prestación del consentimiento no precisa ser expresa, admitiéndose también un consentimiento tácito. En este sentido, STC 196/2004, de 15 de noviembre, que indicaba que no es necesario en todo caso un consentimiento verbal, sino que es suficiente la concurrencia de actos concluyentes que sean expresivos de dicha voluntad de aquiescencia, no pudiéndose considerar la mera oposición como consentimiento tácito. En el mismo sentido, SSTC 209/2007, de 24 de septiembre y 22/1984, de 17 de febrero.

71 STS 786/2015, de 4 de diciembre. En igual sentido, SSTC 159/2009, de 29 de junio y 173/2011, 7 de noviembre.

despacho de abogados, requiere de una previa y concreta autorización judicial que así lo autorice, indicando claramente el objeto de la investigación penal, así como las personas investigadas. La finalidad de estas previsiones es evitar la vulneración, no ya de los derechos fundamentales directamente afectados, como los del art. 18 CE, sino del más amplio derecho de defensa del art. 24 CE, por su incidencia en el derecho al secreto profesional. No se puede permitir el acceso a toda la información almacenada sin la cobertura de una resolución judicial que determine con precisión y de forma expresa el objeto del proceso penal y, en consecuencia, el alcance de dichas diligencias. Hacer un cribado de la información almacenada no es tarea fácil, pero sí necesaria para salvaguardar las garantías procesales, especialmente de los clientes que no integran la actividad delictiva que se investiga. Para el registro del contenido de dispositivos informáticos de los que el letrado hiciera uso, la resolución judicial que motiva y habilita dichas diligencias de investigación no puede servirse de una autorización y motivación genéricas, por lo que resulta inexcusable que la resolución judicial explicita los motivos que justifican la entrada en el domicilio y las razones que legitiman el acceso a los dispositivos de información, evitando así un ilícito sacrificio del derecho de defensa.

6. BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

- ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, S., «Los descubrimientos casuales en el marco de una investigación penal (con especial referencia a las diligencias de entrada y registro en domicilio)». *Riedpa: Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, Madrid, 2011.
- AZAUSTRE RUIZ, P., «Marco procesal del secreto profesional en la entrada y registro de despachos de abogados». *Iustel. Revista de Derecho Procesal Penal*, núm. 27.20.2.
- BACHMAIER WINTER, L., y MARTÍNEZ SANTOS, A. (Dirs.), «Asistencia letrada, confidencialidad abogado-cliente y proceso penal en la sociedad digital». Ed. Marcial Pons, Madrid, 2021.

- BACHMAIER WINTER, L., THAMAN, S.C., y LYNN, V., *The Right to Counsel and the Protection of Attorney-Client Privilege in Criminal Proceedings. A Comparative View*. Ed. Springer, Cham, 2020.
- BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, A., «Deber de confidencialidad y secreto profesional del abogado». *Revista de estudios de la justicia*, Nº 15, 2011.
- COCA VILA, I., *La posición jurídica del abogado: Entre la confidencialidad y los deberes positivos*. Atelier, Madrid, 2013.
- DE URBANO CASTRILLO, E., «El secreto profesional del abogado, en el proceso». *Revista La Ley Penal*, Nº 90, Sección Estudios, febrero 2012, Editorial Wolters Kluwer, Madrid, 2012.
- ECHARRI CASI, FJ., «La diligencia de entrada y registro en despachos profesionales». *Diario La Ley*, Nº 8260, Sección Doctrina, 27 de febrero de 2014, Año XXXV, Editorial La Ley, Madrid, 2014.
- FUERTES-PLANAS ALEIX, C., «Evolución del secreto profesional de los abogados». *Diario La Ley*, Nº 8362, Sección Doctrina, 25 de Julio de 2014, Año XXXV, Editorial La Ley, Madrid, 2014.
- GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO N., «El secreto profesional del abogado», en *Problemas actuales de la justicia penal. Secreto profesional, cooperación jurídica internacional, víctimas de delitos, criminalidad organizada, personas jurídicas, eficacia y licitud de la prueba, prueba y derechos fundamentales*. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. (Dir.), SANZ HERMIDA, A.M. y ORTIZ PRADILLO, J.C. (Coords.). Ed. Colex, Madrid, 2013.
- GRIMA LIZANDA, V., «Secreto profesional del abogado y derecho de defensa penal», en *La Protección Jurídica de la Intimidación*. BOIX REIG, J. (Dir.) y JAREÑO LEAL, A. (Coord.), Iustel, Madrid, 2010.
- MAGRO SERVET, V., «Casuística sobre el cumplimiento del deber de secreto profesional del abogado hacia su cliente». *CEF Legal: revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, Nº 221. Madrid, 2010.
- MORENO VERDEJO, J., «Afectación de otros derechos fundamentales distintos del protegido por el art. 18.3 CE». *Diario La ley*, 7573, Madrid, 2011.
- PARDO GATO, J. R., «El secreto profesional y la confidencialidad abogado-cliente». *Revista jurídica de Catalunya*. Nº 4, 2018.

- RAIMUNDO RODRÍGUEZ, M^a J., «La diligencia de entrada y registro en un despacho de abogados». *Revista Actualidad Jurídica Aranzadi*, N^o 860. Aranzadi, Pamplona, 2013.
- RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, E. «La entrada y registro en despachos de abogados». *Revista Economist & Jurist* N^o 178. 2014. Ed. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad S.L., Madrid, 2014.
- SÁNCHEZ GARCÍA, J.M^a, «El secreto profesional y la legalidad de los registros del despacho profesional del abogado». *Revista Abogacía Española*, publicación *online*, 25 de mayo 2017.

REFLEXOS DA LEI Nº 14.344/2022 NOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS

LAW 14.355/2022 REFLEXES ON THE SPECIAL CRIMINAL COURTS

SUZANE MARIA CARVALHO DO PRADO

Promotora de Justiça titular da 9ª Promotoria de Justiça da comarca de Ponta Grossa

MARCELO FERREIRA JUNIOR

Assistente da 9ª Promotoria de Justiça da comarca de Ponta Grossa

Fecha de recepción: 18 de abril de 2023

Fecha de aceptación: 2 de junio de 2023

RESUMO: A alteração do art 226, § 1º, da Lei 8.069/90, pela Lei 14.344/22 – Henry Borel, alcança todos os delitos contra crianças e adolescentes praticados no contexto de violência doméstica e familiar. Assim, para estes delitos, desde 09 de julho de 2022, não mais se aplica o procedimento da Lei 9.099/95, porque aquele estabelecido para processo e julgamento dos crimes cometidos contra criança e adolescente no contexto doméstico familiar são incompatíveis com os critérios regentes dos Juizados Especiais Criminais, devendo-se observar todo o acervo legislativo relativo à qualidade especial do sujeito passivo –Lei 13.431/2017– e ser processado na Vara Especializada.

PALAVRAS-CHAVE: Competência; Violência doméstica familiar criança adolescente; Lei Henry Borel.

ABSTRACT: The alteration of the Law 8.069/90, article 226 (1), by the Law 14.344/22, known as Henry Borel, reaches all crimes against children and adolescents committed in the context of domestic and family violence. Thus, for these offenses, since July 9th, 2022, the procedure of Law 9.099/95 no longer applies, because it established that the process and trial of crimes committed against children and adolescents in the domestic family context are incompatible with the governing criteria of the Special Criminal Courts, and should observe all the legislative acquis relating to the special quality of the passive subject –Law 13.431/2017– and be processed in the Specialized Court.

KEYWORDS: Jurisdiction; Domestic and family violence against children and adolescents; Henry Borel Law.

SUMÁRIO: 1. Reflexos da Lei nº 14.344/2022 nos Juizados Especiais Criminais. 2. Conclusões. 3. Referências.

1. REFLEXOS DA LEI Nº 14.344/2022 NOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS

Por expressa determinação constitucional, no art 98, os Juizados Especiais Criminais foram criados, em 1995, para julgar infrações de menor potencial ofensivo. Originalmente, o conceito da infração de menor potencial ofensivo eram «as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a um ano, excetuados os casos em que a lei preveja procedimento especial» (art 61, Lei 9099/95). Em 2006, a competência foi alargada para delitos com pena máxima não superior a dois anos, cumulada ou não com multa, admitindo delitos de procedimento especial (Lei 11.313/2006).

Assim, cabem sob o manto dos J.E.Criminais delitos violentos que podem ter como vítimas crianças e adolescentes, dentro e fora do contexto familiar. Como exemplo, as vias de fato (art 21, DL 3688/41), maus tratos na forma básica (art 136, *caput*, CP). Este estudo pretende analisar quais os efeitos da edição da Lei Henry Borel.

Henry Borel, nascido no dia 03 de maio de 2016, no dia 08 de março de 2021, foi levado pela mãe e pelo padrasto para o Hospital Barra D'Or, no Rio de Janeiro. Embora os responsáveis alegassem um acidente doméstico, «um laudo posterior indicou que Henry tinha lesões no crânio, ferimentos internos e hematomas nos membros superiores. À TV Globo, nove peritos disseram que exames indicam que criança teve morte violenta¹». Os responsáveis foram processados, sendo apurado no decorrer do processo que o padrasto tinha histórico de violência contra filha de outra ex-namorada. A avó, a a babá, a empregada doméstica do casal e até uma cabeleireira ouviram

1 Disponível em: de: https://pt.wikipedia.org/wiki/Caso_Henry_Borel. Acesso em: 15/04/2023.

falar ou foram testemunhas de agressões anteriores ao menino, mas ficaram caladas até que foi preciso depor em Juízo. Os responsáveis foram denunciados e pronunciados pela Juíza da 2º Vara Criminal da Capital do Rio de Janeiro, e a sentença foi confirmada, em novembro de 2022. Aguarda-se a data de julgamento pelo Tribunal do Juízo.

Com a publicidade dada ao caso Henry Borel, movimentou-se a sociedade e, para além da legislação protetiva já existente, leia-se: Lei 8069/90, Estatuto da Criança e do Adolescente, dentre outras, em 13 de abril de 2021, foi apresentado, na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei 1360/2021 que, aprovado², foi encaminhado ao Senado Federal em 29 de novembro de 201, onde foi aprovada³ em 22 de março de 2021.

A Lei 14.344, de 24 de maio de 2022 (Lei Henry Borel), tem clara inspiração na Lei 11.340/2006⁴ (Lei Maria da Penha). Na Justificativa do PL 1360/2021, origem da Lei Henry Borel, isso é expresso.

Para dar um basta a esta situação, apresenta-se o presente projeto de lei, baseado em disposições contidas na Lei Maria da Penha.

Se a violência ocorrida contra a senhora Maria da Penha serviu de inspiração para a Lei Maria da Penha, que trouxe um regramento protetivo para as mulheres vítimas de violência doméstica e familiar, há de se fazer o mesmo depois do triste episódio ocorrido contra o menino Henry.

2 Tramitação disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2277818>. Acesso em: 15/04/2023.

3 Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/152144>. Acesso em: 15/04/2023.

4 Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm. Acesso em: 15/04/2023.

Entendemos que há necessidade de criação de uma lei semelhante à Lei Maria da Penha para a proteção especial em situação de violência doméstica e familiar⁵.

Tanto uma quanto a outra visam tutelar uma parcela vulnerável nas relações domésticas e familiares. Enquanto a Lei Maria da Penha, para delimitar o alcance de aplicação, tem um requisito subjetivo – a violência contra a mulher deve ter sido praticada *em razão do gênero* – na Lei Henry Borel, o espectro de abrangência, em termos de sujeito passivo, é objetivo: basta que a violência tenha sido praticada contra criança ou adolescente (art. 2º), sendo que este limite está previsto no art. 2º da Lei 8.069/90⁶. As hipóteses, com a necessária adequação, notadamente do inciso III, repetem aquelas da Lei 11.340/2006, remetendo à Lei 13.431/2017 para fins de precisão conceitual.

Art. 2º Configura violência doméstica e familiar contra a criança e o adolescente qualquer ação ou omissão que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual, psicológico ou dano patrimonial:

- I no âmbito do domicílio ou da residência da criança e do adolescente, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;
- II no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que compõem a família natural, ampliada ou substituta, por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

5 BRASIL (2021).

6 Art 2º Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 15/04/2023.

- III em qualquer relação doméstica e familiar na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a vítima, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. Para a caracterização da violência prevista no caput deste artigo, deverão ser observadas as definições estabelecidas na Lei nº 13.431, de 4 de abril de 2017.

Referida Lei, 13.431/2017, estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência⁷. No art. 4º, elenca as formas de violência, para efeitos de incidência da Lei.

Art. 4º Para os efeitos desta Lei, sem prejuízo da tipificação das condutas criminosas, são formas de violência:

- I violência física, entendida como a ação infligida à criança ou ao adolescente que ofenda sua integridade ou saúde corporal ou que lhe cause sofrimento físico;
- II violência psicológica:
- a) qualquer conduta de discriminação, depreciação ou desrespeito em relação à criança ou ao adolescente mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, agressão verbal e xingamento, ridicularização, indiferença, exploração ou intimidação sistemática (bullying) que possa comprometer seu desenvolvimento psíquico ou emocional;
- b) o ato de alienação parental, assim entendido como a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente, promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou por quem os tenha sob

7 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113431.htm 2023. Acesso em: 15/04/2023, grifo nosso.

- sua autoridade, guarda ou vigilância, que leve ao repúdio de genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculo com este;
- c) qualquer conduta que exponha a criança ou o adolescente, direta ou indiretamente, a crime violento contra membro de sua família ou de sua rede de apoio, independentemente do ambiente em que cometido, particularmente quando isto a torna testemunha;
- III violência sexual, entendida como qualquer conduta que constranja a criança ou o adolescente a praticar ou presenciar conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso, inclusive exposição do corpo em foto ou vídeo por meio eletrônico ou não, que compreenda:
- a) abuso sexual, entendido como toda ação que se utiliza da criança ou do adolescente para fins sexuais, seja conjunção carnal ou outro ato libidinoso, realizado de modo presencial ou por meio eletrônico, para estimulação sexual do agente ou de terceiro;
- b) exploração sexual comercial, entendida como o uso da criança ou do adolescente em atividade sexual em troca de remuneração ou qualquer outra forma de compensação, de forma independente ou sob patrocínio, apoio ou incentivo de terceiro, seja de modo presencial ou por meio eletrônico;
- c) tráfico de pessoas, entendido como o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento da criança ou do adolescente, dentro do território nacional ou para o estrangeiro, com o fim de exploração sexual, mediante ameaça, uso de força ou outra forma de coação, rapto, fraude, engano, abuso de autoridade, aproveitamento de situação de vulnerabilidade ou entrega ou aceitação de pagamento, entre os casos previstos na legislação;

- IV violência institucional, entendida como a praticada por instituição pública ou conveniada, inclusive quando gerar revitimização.
- V violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluídos os destinados a satisfazer suas necessidades, desde que a medida não se enquadre como educacional.

Assim como a Lei 11.340/2006, da qual veio a inspiração, a Lei Henry Borel vai muito além das linhas penais. Pensa no sistema de garantias à criança ou adolescente em situação de violência doméstica e familiar (arts 6º a 14), inova com medidas protetivas de urgência à vítima (arts 15 a 19) e outras que obrigam o agressor (art 20) e prevê a proteção ao noticiante ou denunciante de violência doméstica e familiar (arts 23 e 24).

Dentro do sistema penal, para além de estabelecer diretrizes para o atendimento pela autoridade policial, prevê dois crimes específicos (art. 25 e 26), altera a pena de outros já previstos no Código Penal (art. 121 e 141). E, em termos processuais, inova ao inserir dois parágrafos na Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

Art. 226. Aplicam-se aos crimes definidos nesta Lei as normas da Parte Geral do Código Penal e, quanto ao processo, as pertinentes ao Código de Processo Penal.

§ 1º Aos crimes cometidos contra a criança e o adolescente, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.

§ 2º Nos casos de violência doméstica e familiar contra a criança e o adolescente, é vedada a aplicação de penas de cesta básica ou de outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa.

Enquanto o §2º reproduz o art. 17 da Lei 11.340/2006, o §1º é uma cópia adaptada da mesma Lei. Vai daí que, quando o legislador prevê que «aos crimes cometidos contra a criança e o adolescente, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995», questiona-se quais os reflexos da Lei 14.344/2022 nos Juizados Especiais Criminais.

Em pouco tempo de vigência da Lei Henry Borel, já se discute na doutrina se o §1º inserido no artigo 226 do ECA alcança apenas crimes previstos naquele diploma legal (Lei 8069/90), ou se é estendido aos demais crimes praticados em âmbito doméstico e familiar previstos no Código Penal e legislação extravagante, desde que a vítima seja criança ou adolescente – dentre eles o crime de maus tratos (art. 136), de delito de potencial ofensivo (art. 61 da Lei 9.099/95).

Até o momento, três são as correntes na doutrina: (a) a primeira, defende que *não* se aplica a Lei 9.099/95 a qualquer crime praticado contra criança e adolescente, inclusive àqueles previstos fora do ECA; (b) a segunda, defende não ser aplicável a Lei 9.099/95 aos crimes contra criança e adolescente, desde que tenham sido *praticados no âmbito doméstico ou familiar*; por fim, (c) a terceira corrente defende que a proibição *alcança apenas os crimes previstos na Lei 8.069/90*.

Com efeito, numa interpretação teleológica da Lei 14.344/22, é de ser aceita a segunda corrente. Como dito, a Lei Henry Borel cria mecanismos que visam coibir a violência doméstica e familiar contra a criança e o adolescente, de tal forma que seria incompatível com esse fim sua abrangência a todo crime cometido contra criança e adolescente, ou restringir seu aspecto protetivo apenas aos crimes do ECA.

Até porque, se assim fosse, mas agora partindo de uma interpretação sistemática da Lei 14.344/22, a Lei Henry Borel permitiria a aplicação dos institutos despenalizadores da Lei 9.099/95 aos cri-

mes previstos nela própria, dentre eles o crime de descumprimento de medida protetiva de urgência do artigo 25 – no qual a pena máxima cominada é de dois anos – o que desestimularia seus mecanismos de proteção e contraria os fins e a sistemática da própria lei. Nessa linha, argumenta Sannini Neto:

Ora, a Lei 9.099/95 é um diploma que apresenta diversos institutos despenalizadores e, conseqüentemente, favoráveis aos autores de crimes. Justamente por isso, a Lei Henry Borel, tal qual a Lei Maria da Penha, afasta a incidência da referida legislação nos crimes praticados em um contexto de vulnerabilidade doméstica e familiar, seja contra menores, seja contra as mulheres. Com efeito, pouco importa a lei em que esteja criminalizada a conduta, bastando que a infração envolva violência doméstica e familiar contra criança ou adolescente.

Em reforço, caso prevaleça a tese defendida pela primeira corrente aqui apresentada, os próprios crimes trazidos pela Lei em estudo permitiriam os institutos despenalizadores da Lei 9.099/95, o que não nos parece ter sido a vontade do legislador. Note-se que no crime de Descumprimento de Medida Protetiva de Urgência, previsto no artigo 25, da Lei, foi proibida a concessão de fiança ao infrator pelo Delegado de Polícia, o que escancara o rigor desejado pelo Poder Legislativo. Deveras, não teria sentido proibir a fiança para os autores do crime, mas permitir que a prisão em flagrante fosse substituída pela simples lavratura de um Termo Circunstanciado, sem a possibilidade de recolhimento ao cárcere do suspeito⁸.

Há, ainda, quem argumente pela aplicação do artigo 226, §1º, do ECA, somente para os crimes ali previstos, em razão da topografia do dispositivo legal, uma vez que o legislador optou por inserir a norma no ECA e não no corpo da própria Lei Henry Borel, tal qual fez na

8 SANNINI NETO (2022, n.p.).

Lei Maria da Penha com o art. 41⁹. No entanto, como bem pondera Eduardo Luiz Santos Cabette¹⁰:

A alegação de Cunha e Ávila quanto à diferença de topografia entre as normas proibitivas, prevendo a Lei Maria da Penha a vedação à Lei 9.099/95 em seu próprio bojo e a Lei Henry Borel, preferindo levar tal dispositivo ao ECA, é absolutamente irrelevante. Isso porque no caso da mulher, inexistente um Estatuto da Mulher com previsão similar ao ECA. Então a Lei Maria da Penha somente poderia prever a norma proibitiva da Lei 9.099/95 em seu próprio corpo. Já no caso das crianças e adolescentes, existe o ECA, podendo o legislador optar por tratar dos temas, inclusive este, no bojo da Lei 14.344/22 ou no ECA (Lei 8.069/90). Até porque a Lei 14.344/22 prevê expressamente a possibilidade de aplicação subsidiária das disposições do ECA, naquilo que couber, conforme artigo 33 da Lei Henry Borel.

Também não é justificado o temor dos autores quanto a uma exagerada proibição de aplicação da Lei 9.099/95 a todos os casos com vítimas menores, mesmo em não se tratando de situações de violência doméstica e familiar. É verdade que o § 1º. em estudo menciona genericamente «crimes cometidos contra a criança e o adolescente». Mas, é mais do que óbvio que a referência se limita aos casos de violência doméstica e familiar, devido à genealogia do dispositivo, pois ele provém da Lei Henry Borel (Lei 14.344/22), a qual se refere especificamente a essa espécie de violência e não a quaisquer situações em que a vítima seja menor. Tanto é fato que logo em seguida, o outro dispositivo incluído pela Lei Henry Borel, o § 2º., já se refere expressamente e especificamente aos «casos de violência doméstica e familiar contra a criança e o adolescente».

9 Art 41 Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.

10 CABETTE, (2022, n.p.).

Aqui sim, a genealogia comum e concomitante dos §§ 1º. e 2º., indica uma interpretação sistemática não somente entre eles, mas deles com a natureza dos fatos tratados pela Lei 14.344/22, que se refere especificamente à violência doméstica e familiar contra menores e não a qualquer caso que envolva menor como sujeito passivo de infrações penais.

Outrossim, de acordo com o art. 4º da Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006), aplicável subsidiariamente à Lei 14.344/2022 por força do art. 33, «na interpretação desta Lei serão considerados os fins a que ela se destina». Sobre o tema e fazendo menção aos tipos penais criados pela Lei Henry Borel, dentre eles o de descumprimento de medida protetiva de urgência, Cabette pontua que «os tipos penais em questão só podem ser interpretados de uma forma que amplie a proteção à mulher e às crianças e adolescentes vítimas de violência doméstica ou familiar»¹¹.

Da mesma forma, sabe-se que os Juizados Especiais Criminais foram criados pela Lei 9.099/95 como um espaço para justiça consensual, onde «se busca um acordo entre as partes, a reparação voluntária dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade, procurando-se evitar a instauração do processo penal»¹².

Nesse sentido, Renato Brasileiro de Lima pontua que no procedimento estabelecido pela Lei 9.099/95 e aplicável nos Juizados Especiais Criminais:

Princípios tradicionais da jurisdição conflitiva como os da inderrogabilidade do processo e da pena (não há pena sem processo), da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ação penal pública, são colocados em segundo plano, dando lugar a um paradigma

11 CABETTE (2022, n.p.).

12 LIMA (2022, p. 1329).

processual penal, que põe em destaque a oportunidade, a disponibilidade, a discricionariedade regrada e a busca pelo consenso.

Se, antes, só havia espaço para o conflito, com obrigatório e inevitável embate entre o Ministério Público (ou querelante) e o acusado e seu defensor, sem nenhum espaço para um possível acordo, nasce com a Lei nº 9.099/95 uma nova jurisdição, que passa a permitir a busca do consenso no âmbito do processo penal¹³.

Assim, percebe-se que a criação de um Sistema de Garantias de Direitos da Criança e do Adolescente (Lei 13.431/2017) e de mecanismos que visam coibir a violência doméstica e familiar contra criança e adolescente (Lei 14.344/2022), não se mostram compatíveis com os princípios da oportunidade, disponibilidade, discricionariedade regrada e, até mesmo, com a simplicidade que norteiam os Juizados Especiais Criminais, inclusive quanto ao procedimento.

A propósito, no art 12 da Lei 14344/2022 está que na instrução processual de crime cometido contra criança e adolescente, no contexto de violência doméstica e familiar, deve ser adotado o procedimento de depoimento especial, regido pelo art. 8º e seguintes da Lei 13.431/2017, em respeito a sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

Dentre outras disposições, a referida lei estabelece que a criança e o adolescente devem ser ouvidos em local apropriado e acolhedor, com uma infraestrutura e espaço físico que garantam a privacidade da vítima e também da testemunha de violência. O depoimento é colhido por profissionais especializados e deve ser transmitido em tempo real para a sala de audiência, preservando o sigilo.

O depoimento especial, chamado por parte da doutrina de «depoimento sem dano», teve acolhida antes mesmo de positivado na Lei

13 LIMA (2022, p. 1329).

13.341/2017. Em julgado relatado pelo Min Reynaldo Soares da Fonseca, é destacada a abrangência do sistema protetivo das crianças e adolescentes e a validade do depoimento especial, mesmo sem repetição no Juízo.

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. 1. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. AUSÊNCIA DE MATERIALIDADE. INEXISTÊNCIA DE LAUDO PERICIAL. IRRELEVÂNCIA. 2. NÃO OITIVA DA VÍTIMA EM JUÍZO. PROTEÇÃO À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE VÍTIMA DE VIOLÊNCIA. MICROSSISTEMA PROTETIVO. LEI 13.431/2017, ECA E CF. 3. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. (...).

2. «A renovação da oitiva da suposta vítima, tal como pretendida pelos impetrantes, é expressamente dissuadida pela Lei. n. 13.431/2017, a qual estabelece, em seu artigo 11, § 2º, que não será admitida a tomada de novo depoimento especial, salvo quando justificada a sua imprescindibilidade pela autoridade competente e houver a concordância da vítima ou da testemunha, ou de seu representante legal»(HC 640.508/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 6/4/2021, DJe de 13/4/2021).

– Relevante consignar, por fim, que embora a Lei do Sistema de Garantia de Direitos da Criança e do Adolescente Vítima de Violência tenha sido publicada apenas em 4/4/2017, a proteção da criança e do adolescente vítima de violência se ampara também no Estatuto da Criança e do Adolescente e na própria Constituição Federal, não sendo possível privilegiar o Código de Processo Penal em detrimento dos mencionados diplomas.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no HC n. 793.076/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 7/2/2023, DJe de 13/2/2023¹⁴)

14 Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202204036967&dt_publicacao=13/02/2023. Acesso

Integrante do sistema de garantia dos direitos da criança e do adolescente, o depoimento especial é incompatível com a simplicidade dos Juizados Especiais, o que permite concluir, com base no art 77, § 2º, Lei 9099/95, pela necessidade do declínio de competência para a Justiça Comum ou para a Vara Especializada de Crimes Contra Crianças e Adolescentes, eventuais termos circunstanciados tendo como objeto delitos violentos cometidos contra criança e adolescente no contexto familiar.

Art. 77. Na ação penal de iniciativa pública, quando não houver aplicação de pena, pela ausência do autor do fato, ou pela não ocorrência da hipótese prevista no art. 76 desta Lei, o Ministério Público oferecerá ao Juiz, de imediato, denúncia oral, se não houver necessidade de diligências imprescindíveis.

(...)

§2º Se a complexidade ou circunstâncias do caso não permitirem a formulação da denúncia, o Ministério Público poderá requerer ao Juiz o encaminhamento das peças existentes, na forma do parágrafo único do art. 66 desta Lei.

Especialmente em nosso Estado, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná editou a Resolução 93¹⁵, de 12 de agosto de 2013, que enumera os delitos de competência da Vara Judicial de Crimes Contra Crianças e Adolescentes:

Art. 17. À vara judicial a que atribuída a competência criminal especializada em infrações penais contra crianças e adolescentes compete:

em: 15/04/2023, grifo nosso.

15 Disponível em: https://www.tjpr.jus.br/codj/resolucao_93_2013. Acesso em: 28/09/2022.

- I o processo e julgamento das ações penais e seus incidentes, nas quais figurarem, como vítimas, crianças ou adolescentes, em razão das seguintes infrações penais definidas no Código Penal:
- a) artigo 129, §1º (lesão corporal grave); artigo 129, §2º (lesão corporal gravíssima); artigo 129, § 3º (lesão corporal seguida de morte); artigo 129, §9º (violência doméstica);
 - b) artigo 130, § 1º (perigo de contágio venéreo com intenção de transmitir a moléstia);
 - c) artigo 131 (perigo de contágio de moléstia grave);
 - d) artigo 133, *caput* (abandono de incapaz); artigo 133, § 1º (abandono de incapaz do qual resulta lesão corporal de natureza grave); artigo 133, § 2º (abandono de capaz do qual resulta morte);
 - e) artigo 134, § 1º (exposição ou abandono de recém-nascido, do qual resulta lesão corporal de natureza grave); artigo 134, § 2º (exposição ou abandono de recém-nascido, do qual resulta morte);
 - f) artigo 136, § 1º (maus tratos dos quais resulta lesão corporal de natureza grave); artigo 136, § 2º (maus tratos dos quais resulta morte);
 - g) artigo 148, *caput* (sequestro ou cárcere privado); artigo 148, § 1º (sequestro ou cárcere privado qualificado); artigo 148, § 2º (sequestro ou cárcere privado do qual resulta à vítima, em razão de maus tratos ou da natureza da detenção, grave sofrimento físico ou moral);
 - h) artigo 149, *caput* (redução à condição análoga à de escravo);
 - i) artigo 213, *caput* (estupro); artigo 213, §1º (estupro do qual resulta lesão corporal de natureza grave, ou se a vítima é menor de dezoito ou maior de catorze anos); artigo 213, §2º (estupro do qual resulta morte);
 - j) artigo 215 (violação sexual mediante fraude);

- k) artigo 216-A, §2º (assédio sexual majorado, em razão da idade da vítima);
- l) artigo 217-A, *caput* (estupro de vulnerável); artigo 217-A, §3º (estupro de vulnerável, do qual resulta lesão corporal de natureza grave); artigo 217-A, §4º (estupro de vulnerável, do qual resulta morte);
- m) artigo 218 (corrupção de menores);
- n) artigo 218-A (satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente);
- o) artigo 218-B, *caput* (favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável);
- p) artigo 227, *caput* (mediação para servir à lascívia de outrem); artigo 227, §1º (mediação para servir à lascívia de outrem, qualificado pela idade da vítima ou vínculo do agente); artigo 227, §2º (mediação para servir à lascívia de outrem, mediante emprego de violência, grave ameaça ou fraude);
- q) artigo 228, *caput* (favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual); artigo 228, §1º (favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual qualificado pelo vínculo do agente); artigo 228, §2º (favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual mediante emprego de violência, grave ameaça ou fraude);
- r) artigo 230, *caput* (rufianismo); artigo 230, §1º (rufianismo qualificado pela idade da vítima ou vínculo do agente); artigo 230, §2º (rufianismo mediante emprego de violência, grave ameaça, fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação da vontade da vítima);
- s) artigo 231-A, *caput* (tráfico interno de pessoa para fim de exploração sexual);
- t) artigo 242, *caput* (Parto suposto. Supressão ou alteração de direito inerente ao estado civil de recém-nascido);

- u) artigo 243 (Sonegação de estado de filiação);
 - v) artigo 244, *caput* (Abandono material);
- II o processo e julgamento das ações penais e seus incidentes relativos às infrações penais, previstas nos artigos 228 a 244-A do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei Federal nº 8.069/90), ainda que sujeitas ao procedimento previsto na Lei Federal nº 9.099/95;
- III o processo e julgamento das ações penais e seus incidentes, nas quais figurarem como vítimas crianças ou adolescentes, em razão das infrações penais definidas na Lei de Tortura (Lei Federal nº 9.455/97);
- IV exercer o controle jurisdicional sobre os procedimentos investigatórios, quando for o caso, bem como peças informativas e outros feitos de natureza criminal prévios à ação penal, em razão das infrações penais descritas nos incisos I, II e III supra;
- V o cumprimento das cartas precatórias e de ordem relativas às matérias de sua competência.
- §1º Considera-se criança a pessoa até doze (12) anos de idade e adolescente aquela entre doze (12) e dezoito (18) anos de idade, nos termos do artigo 2º da Lei Federal nº 8.069/90.
- §2º Exclui-se da competência prevista neste artigo o crime previsto no artigo 244-B do Estatuto da Criança e Adolescente.
- §3º Prevalecerá a competência prevista neste artigo, caso a violência ocorra no âmbito doméstico e familiar e a vítima seja criança ou adolescente do sexo feminino, respeitada a hipótese do §2º do artigo 18.

Válido ressaltar que a Resolução 93/2013 não contempla os crimes de menor potencial ofensivo como maus tratos (artigo 136 do Código Penal), ameaça (artigo 147 do Código Penal) e outros delitos que possam ter como vítimas crianças e adolescentes, tampouco faz

menção ao contexto de violência doméstica e familiar, exceto se a ofendida é do sexo feminino. Assim, atualmente, tais delitos se encontram sob competência do Juizado Especial Criminal.

Todavia, sendo a resolução anterior à edição da Lei 14.344/2022, crê-se que é necessária sua adequação, de modo que se compatibilize com o sistema de garantias e mecanismos de proteção da criança e do adolescente. Até porque, a Lei 13.431/2017 prevê a criação de varas especializadas em crimes contra a criança e adolescente, estabelecendo que, até a sua implementação, o julgamento e a execução das causas decorrentes de violência ficarão, preferencialmente, a cargo dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar. No mais, na hierarquia das normas, Resolução de caráter administrativo, como a 93/2013 do TJPR não se sobrepõe à lei de caráter federal.

Art. 23. Os órgãos responsáveis pela organização judiciária poderão criar juizados ou varas especializadas em crimes contra a criança e o adolescente.

Parágrafo único. Até a implementação do disposto no **caput** deste artigo, o julgamento e a execução das causas decorrentes das práticas de violência ficarão, preferencialmente, a cargo dos juizados ou varas especializadas em violência doméstica e temas afins.

Conforme explica Cabette, as normas da Lei 13.431/2017 são programáticas e não têm caráter imperativo. Assim, permite-se concluir que, se na comarca não for criada a Vara de Crimes Contra Crianças e Adolescentes, ou ainda Juizados de Violência Doméstica e Familiar – o que não é o caso do estado do Paraná – a competência será da Justiça Comum, mas, nunca, dos Juizados Especiais Criminais.

Note-se que toda a redação da Lei 13.431/17 é condicional e programática, e não imperativa. O grande problema é que não há instalação de juizados ou varas especiais em violência contra menores e há pouquíssimos casos de juizados especiais de violência doméstica contra a mulher. Assim sendo, em geral e na prática,

a competência será da Justiça Comum Estadual por critério de territorialidade e distribuição normal. Isso pelo menos até que se venha a instituir juizados e varas especiais, seja de violência doméstica e familiar contra a mulher seja contra as crianças e adolescentes¹⁶.

Ademais, não há que se falar em inconstitucionalidade do artigo 226, §1º, do ECA ou da criação de Varas Especializadas. Os dispositivos possuem redação claramente inspirada na Lei Maria da Penha e, quando da entrada em vigor desta lei, o Superior Tribunal Federal decidiu pela constitucionalidade na ADC 19/2014, porque buscam concretizar a previsão do artigo 226, §8º¹⁷, da Constituição Federal de 1988, visando coibir a violência no âmbito das relações familiares.

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – LEI Nº 11.340/06 – GÊNEROS MASCULINO E FEMININO – TRATAMENTO DIFERENCIADO. O artigo 1º da Lei nº 11.340/06 surge, sob o ângulo do tratamento diferenciado entre os gêneros – mulher e homem –, harmônica com a Constituição Federal, no que necessária a proteção ante as peculiaridades física e moral da mulher e a cultura brasileira. COMPETÊNCIA – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – LEI Nº 11.340/06 – JUIZADOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. O artigo 33 da Lei nº 11.340/06, no que revela a conveniência de criação dos juizados de violência doméstica e familiar contra a mulher, não implica usurpação da competência normativa dos estados quanto à própria organização judiciária. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER – REGÊNCIA – LEI Nº 9.099/95 – AFASTAMENTO. O artigo 41 da Lei nº 11.340/06, a afastar, nos crimes de violência

16 CABETTE (2022, n.p.).

17 Art 226 A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 8º. O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

doméstica contra a mulher, a Lei nº 9.099/95, mostra-se em consonância com o disposto no § 8º do artigo 226 da Carta da República, a prever a obrigatoriedade de o Estado adotar mecanismos que coibam a violência no âmbito das relações familiares. (ADC 19, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/02/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO Dje-080 – DIVULG 28-04-2014 – PUBLIC 29-04-2014 RTJ VOL-00229-01 PP-00011)¹⁸.

Por fim, imperioso analisar a aplicabilidade da Lei Henry Borel no tempo. O artigo 34 da Lei 14.344/2022 estabeleceu um período de quarenta e cinco dias de *vacatio legis*. A despeito disso, a Lei Complementar 95/1988 – que dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis – estabelece que a contagem do prazo se dá com a inclusão da data da publicação e do último dia do prazo, somente entrando em vigor no dia subsequente à sua consumação integral (art. 8º, §1º). Assim, publicada no dia 24 de maio de 2022, a Lei Henry Borel está vigente desde 09 de julho de 2022.

Portanto, o critério de direito intertemporal para a aplicação do artigo 226, §1º do ECA, inserido pela Lei 14.344/22, «não é o da aplicação imediata da norma processual penal (*tempo regis actum*), consoante art. 2º do CPP, mas sim o critério da irretroatividade da lei penal mais gravosa»¹⁹. Vai daí que a aplicação da norma proibitiva do art. 226, §1º, do ECA e a remessa dos termos circunstanciados de delitos de menor potencial ofensivo, cometidos no contexto de violência doméstica e familiar, às Varas Especializadas (ou à Justiça Comum, onde não houver Juízo específico), só alcançará fatos posteriores à 08 de julho de 2022.

18 Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 28/09/2022.

19 LIMA (2022, p. 1329).

2. CONCLUSÕES

- (a) a Lei 14.344/22 – Henry Borel – tem inspiração direta na Lei 11.340/2006 – Lei Maria da Penha – tanto que a aplicação subsidiária desta última é expressa no art. 33. Assim, os crimes cometidos contra criança e adolescente no contexto familiar (art. 2º) são da competência da Vara Especializada;
- (b) a alteração promovida pela Lei 14.344/2022 no artigo 226, § 1º, em especial, da Lei 8.069/90, alcança todos os crimes cometidos contra crianças e adolescentes no contexto de violência doméstica;
- (c) aos crimes cometidos contra crianças e adolescentes, a partir de 09 de julho de 2022, não mais se aplica o procedimento da Lei 9099/95, devendo-se observar todo o acervo legislativo relativo à qualidade especial do sujeito passivo – o que atrai a Lei 13.431/2017;
- (d) sendo o Juizado Especial Criminal regido pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, o procedimento estabelecido para processo e julgamento dos crimes cometidos contra criança e adolescente no contexto familiar são com ele incompatíveis.

3. REFERÊNCIAS

BRASIL, **Código Penal Brasileiro**, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 28 de setembro de 2022.

BRASIL, **Constituição da República de 1988**, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 28 de setembro de 2022.

BRASIL, **Lei Complementar nº 95**, de 26 de fevereiro de 1998, Dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme de-

termina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona, 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp95.htm. Acesso em: 28 de setembro de 2022.

BRASIL, **Lei nº 9.099**, de 26 de setembro de 1995, Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências, 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm. Acesso em: 28 de setembro de 2022.

BRASIL, **Lei nº 11.340**, de 7 de agosto de 2006, Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm. Acesso em: 28 de setembro de 2022.

BRASIL, **Lei nº 13.431**, de 4 de abril de 2017, Estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13431.htm. Acesso em: 28 de setembro de 2022.

BRASIL, **Lei nº 14.344**, de 24 de maio de 2022, Cria mecanismos para a prevenção e o enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a criança e o adolescente, nos termos do § 8º do art. 226 e do § 4º do art. 227 da Constituição Federal e das disposições específicas previstas em tratados, convenções ou acordos internacionais de que o Brasil seja parte; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), e as Leis nºs 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), 8.072, de 25 de julho de 1990 (Lei de Crimes Hediondos), e 13.431, de 4 de abril de 2017, que estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência; e dá outras providências, 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/lei/L14344.htm. Acesso em: 28 de setembro de 2022.

BRASIL, Câmara dos Deputados, **Projeto de Lei nº 1360/2021**, Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra crianças e adolescentes, nos termos do art. 227 da Constituição Federal de 1988. Altera o Código Penal para aumentar as penas do infanticídio, abandono de incapaz e maus tratos, imputar as mesmas penas a quem, sabendo do fato, se omite, e cria o crime de infanticídio fora do período puerperal, 2021. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node0lwpen65h1zjebkvss3tvkmaf4539580.node0?codteor=1990766&filename=Tramitacao-PL+1360/2021. Acesso em: 28 set. 2022. p. 18-19.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Lei Henry Borel (Lei 14.344/22): principais aspectos. 18/07/2022. **Meu site jurídico**, 2022. Disponível em: [https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2022/07/18/lei-henry-borel-lei-14-344-22-principais-aspectos/#:~:text=Lei%20Henry%20Borel%20\(Lei%2014.344%2F22\)%20%E2%80%93%20Principais%20aspectos,-Por%20Eduardo%20Luiz&text=Desde%20a%20edi%C3%A7%C3%A3o%20da%20Lei,especial%20as%20crian%C3%A7as%20e%20adolescentes](https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2022/07/18/lei-henry-borel-lei-14-344-22-principais-aspectos/#:~:text=Lei%20Henry%20Borel%20(Lei%2014.344%2F22)%20%E2%80%93%20Principais%20aspectos,-Por%20Eduardo%20Luiz&text=Desde%20a%20edi%C3%A7%C3%A3o%20da%20Lei,especial%20as%20crian%C3%A7as%20e%20adolescentes). Acesso em: 29 de setembro de 2022.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Direito Processual Penal**. São Paulo: JusPodivm, 2022.

SANNINI NETO, Francisco. Lei Henry Borel cria novos mecanismos de proteção contra violência doméstica. 03/06/2022. **Conjur**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jun-03/sannini-neto-lei-henry-borel-mecanismos-protecao>. Acesso em: 28 de setembro de 2022.

ARTIGO 28 DA LEI 11.343/2006 – NATUREZA JURÍDICA E PROCEDIMENTO PENAL

*BRAZILIAN LAW 11.343/2006, ARTICLE 28 –
LEGAL NATURE AND CRIMINAL PROCEDURE*

SUZANE MARIA CARVALHO DO PRADO

Promotora de Justiça de entrância final titular da 9ª Promotoria de Justiça da Comarca de Ponta Grossa. Graduada em Direito na UEPG e Mestre em Direito Penal Econômico pela PUC-PR

CLARA DO PRADO PATRICIO

Professora do Departamento de Estudos da Linguagem na Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG), mestra em Estudos da Linguagem pela UEPG e graduanda em Direito na UEPG

Data de recebimento: 18 de abril de 2023

Data de aprovação: 2 de junho de 2023

RESUMO: O porte de droga para uso próprio já foi um indiferente penal; crime; e, atualmente, pelo artigo 28 da Lei 11.343/2006 é infração penal de menor potencial ofensivo sui generis. Se continua crime no imaginário popular é por força do discurso, tecnicamente não sendo crime. Ao usuário, sempre é possível a transação, independente do artigo 76, § 2º, da Lei 9.099/1995. Para uma resposta estatal efetiva, são necessários programas com este fim em cada comarca. O oferecimento da denúncia é admitido se o usuário recusar a transação, visando

ABSTRACT: Carrying drugs for one's own use was once a penal indifference; then, a crime; and now it is a sui generis minor penal offense, according to Law 11.343/2006, Article 28. If it remains a crime in the popular imagination, it is by force of discourse, but it is not a crime technically. To the user, the transaction is always possible, regardless of Law 9.099/1995, Article 76, § 2. For an effective state response, special programs are needed in each district. A complaint can only be filed if the user refuses the transaction, seeking absolution; or if the user cannot be found

absolvição; ou se não encontrado (art. 66, parágrafo único, da Lei 9.099/1995)..

PALAVRAS-CHAVE: Lei 11.343/2006; Drogas; Usuário; Natureza jurídica; Procedimento penal.

(Article 66, sole paragraph, Law 9.099/1995).

KEYWORDS: Law 11.343/2006; Drugs; User; Legal nature; Criminal procedure.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Breve histórico. 3. Procedimento penal comparado com Portugal, onde se reconheceu expressamente a descriminalização do porte de droga para uso próprio. 4. Procedimento Penal Brasileiro do artigo 28 da Lei 11.343/2006. 5. Conclusões. 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Com o advento da Lei 11.343/2006, «*quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar*» fica sujeito às medidas diversas da prisão. A saber: advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade ou medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

A Lei colocou o artigo 28, que tipifica esta conduta e suas consequências, no Capítulo III – Dos crimes e das penas – do Título III – Das atividades de Prevenção do Uso Indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas. Todavia, de crime não se trata (estes estão no Capítulo II – Dos Crimes – do Título IV – Da repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas).

2. BREVE HISTÓRICO

No Brasil, o tratamento legislativo penal relativo às drogas remonta às Ordenações Filipinas, vigentes no Brasil até 1930. No Livro V, Título LXXXIX, alcançava vendedores e detentores, sem especificar usuários:

Nenhuma pessoa tenha em sua casa para vender, rosalgar branco, nem vermelho, nem amarello, nem solimão, nem água delle, nem escamonéa, nem ópio, salvo se fôr Boticário examinado, e que tenha licença para ter Botica, ou usar do Officio. E qualquer outra pessoa que tiver em casa alguma das ditas cousas para vender, perca toda sua fazenda, ametade para nossa Camera, e a uotra para quem o accusar, e seja degradado para Africa até nossa mercê. E a mesma pena terá quem ditas cousas trouxer de fôra, e as vender a pessoas, que não forem Boticários¹.

1 Cópia integral do *Código Philippino* ou *Ordenações e leis do Reino de Portugal*: recopiladas por mandado d'El-Rey D. Philippe I. Disponível em: <http://>

No Código Criminal do Império², publicado em 08 de janeiro de 1831, a única menção a drogas estava no art. 200, para punir com «prisão com trabalho de dous a seis anos» aquele que fornecesse «com conhecimento de causa drogas, ou quaesquer meios para produzir o aborto, ainda que este se não verifique». A pena dobrava em se tratando de «medico, boticario, cirurgião, ou praticante de taes artes». Em 1921, com o Decreto 4.294³, passou-se a punir como contraventores os vendedores de drogas e tratar os usuários como possíveis «internandos» judiciários ou voluntários. Ou seja, embora reconhecido como problema de saúde pública (as drogas e o álcool estavam no mesmo patamar neste Decreto), o processo para internação se dava «perante o juiz Orphãos com rito summario», a requerimento da pessoa da família, objetivando «evitar a pratica de actos criminosos ou a completa perdição moral» (art. 6º, DL 4.294/1921).

É de 1931, a 1º Convenção de Genebra⁴, ratificada no Brasil em 1934, sob os auspícios da qual foi editado o Decreto 20.390⁵, de 11 de janeiro de 1932, com pena de prisão reduzida para quem guardasse

www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242733. Acesso em: 17/04/2023.

- 2 Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm. Acesso em: 17/04/2023.
- 3 Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-4294-6-julho-1921-569300-publicacaooriginal-92525-pl.html>. Acesso em: 17/04/2023.
- 4 Quanto aos tratados internacionais e seus reflexos na legislação brasileira, ver: SILVA, J. K. N. O controle de substâncias ilegais: os tratados internacionais antidrogas e as repercussões sobre a legislação brasileira, CSONLINE, n. 20, 2015. Disponível em <https://periodicos.ufjf.br/index.php/csonline/article/view/17400>. Acesso em: 17/04/2023.
- 5 Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-20930-11-janeiro-1932-498374-publicacaooriginal-81616-pe.html>. Acesso em: 17/04/2023.

a droga, 03 a 09 meses de prisão celular e multa; em relação àquele que comercializasse, 01 a 05 anos de prisão celular e multa (arts 25 e 26). Em 1936, acontece a 2ª Convenção de Genebra, promulgada no Brasil com o Decreto 2.994, de 17 de agosto de 1938. A esta altura, vigia no Brasil a Consolidação das Leis Penais de 1932⁶, que manteve, no art. 159, a diferenciação e penalidades constantes do Decreto 20.390/1932.

Vem o Código Penal de 1940, que no art. 281 criminaliza quem vende ou distribui, com pena de 01 a 06 anos de prisão e multa. Aqui, o usuário sequer coautor do delito é considerado, estando fora de eventual processo penal. A propósito, o olhar de Nelson Hungria ao comentar este dispositivo, «Quanto ao cliente ainda não viciado, não deixa de ser uma vítima do perigo de ser empolgado pelo vício, e não um criminoso. [] O perigo de dano é, aqui, presumido de modo absoluto, [] são conhecidos os lamentáveis efeitos inerentes ao vício dos tóxicos»⁷.

Ao aprovar o texto da Convenção Única sobre Entorpecentes de Nova York, com o Decreto 54.216⁸, de 27 de agosto de 1964, o Brasil comprometeu-se, dentre outros pontos, a regulamentar a posse de entorpecentes (art. 33) e facilitar o tratamento aos toxicômanos (art. 38). Veio então, em 29 de outubro de 1971, a Lei 5.726⁹, equiparando o

6 Disponível em: <https://bibliotecadigital.stf.jus.br/xmlui/handle/123456789/764m>. Acesso em: 17/04/2023.

7 HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. Vol. IX. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 139.

8 Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1960-1969/decreto-54216-27-agosto-1964-394342-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 17/04/2023.

9 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1970-1979/L5726.htm#art281. Acesso em: 17/04/2023.

usuário ao distribuidor/traficante, ao incluir o inciso III, no § 1º, do art. 281: «§ 1º Nas mesmas penas incorre quem, indevidamente: [] III – traz consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica». Referida lei tinha como propósito dispor sobre medidas preventivas e repressivas ao tráfico e uso de drogas, instituiu procedimento judicial próprio (art. 14) e previu medidas de recuperação aos «viciados que praticarem os crimes previstos nos arts 281 e §§ do Código Penal». Basicamente, eram a internação hospitalar para tratamento psiquiátrico, por tempo necessário à sua recuperação (art. 10), ou internação sem tratamento psiquiátrico (art. 11).

Sucedeu esta Lei, a 6.368¹⁰, de 29 de outubro de 1971, que separou a conduta de venda e demais formas de distribuição da droga (art. 12), daquela do usuário (art. 16), apenando este com 06 meses a 02 anos de detenção e pagamento de 30 a 100 dias multa. O procedimento criminal foi aperfeiçoado (arts 20 a 35), prevendo o «exame de dependência» para possível absolvição, ainda assim, com tratamento médico compulsório (art. 29).

Houve, ainda, a Lei 10.409, de 11 de janeiro de 2022, que manteve as figuras penais da Lei anterior 6.368, inovando, em termos, o procedimento penal (arts 27 a 45), mais em relação ao crime de tráfico. Foi no art. 21¹¹

10 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1970-1979/L5726.htm#art281. Acesso em: 17/04/2023.

11 Art. 21. As medidas aplicáveis são as seguintes:

- I prestação de serviços à comunidade;
- II internação e tratamento para usuários e dependentes de produtos, substâncias ou drogas ilícitas, em regime ambulatorial ou em estabelecimento hospitalar ou psiquiátrico;
- III comparecimento a programa de reeducação, curso ou atendimento psicológico;
- IV suspensão temporária da habilitação para conduzir qualquer espécie de veículo;

desta Lei, vetado¹² pela Presidência da República que se viu afastar a pena, no sentido de sanção penal, servindo o processo para aplicação de *medidas*, em número de nove, dentre as quais a previsão de multa. Embora sem a previsão dos crimes, por conta do veto, o art. 53 foi mantido, com a denominação de *medidas educativas* às consequências impostas ao usuário regularmente processado.

Chegamos à lei vigente, 11.343/2006, e um passeio histórico mostra que, de fato, as consequências do descumprimento do artigo 28 não podem ser consideradas sanções penais em sentido estrito. No PL 7.134/2002¹³, originado do PLS 115/2002, encerrado com a edição da Lei 11.353/2006, na Seção II – Do Tratamento –, no art. 11 o «*dependente ou o usuário de substâncias ou produtos que causem dependência física ou psíquica, relacionados pelo Ministério da Saúde*» ficavam sujeitos «*às medidas previstas neste Capítulo e Seção*», basicamente o tratamento ambulatorial ou hospitalar, com o destaque para os dependentes ou usuários em cumprimento de pena privativa de liberdade ou medida de segurança pela prática de qualquer infração penal que *obrigatoriamente* (o verbo usado foi o «deverá») seriam submetidos a tratamento em ambulatório interno do sistema penitenciário respectivo (art. 13 – PL 7.134/2002).

-
- V cassação de licença para dirigir veículos;
 - VI cassação de licença para porte de arma;
 - VII multa;
 - VIII interdição judicial;
 - X suspensão da licença para exercer função ou profissão.

12 Mensagem de veto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/Mensagem_Veto/2002/Mv025-02.htm. Acesso em: 16/04/2023.

13 A íntegra da tramitação do PL 7.134/2002, originado do PLS 115/2002 está disponível em: www.camara.gov.br. Acesso em: 16/04/2023.

A posse para consumo próprio estava no artigo 22 do PL (adquirir, guardar, ter em depósito ou trazer consigo para consumo pessoal, em pequena quantidade, substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar), com «medidas de caráter educativo» previstas ao usuário. A saber: prestação de serviços à comunidade; comparecimento a programa ou curso educativo, proibição de frequência a determinados locais e submissão a tratamento. Em caso de não cumprimento, a mesma solução da lei atual: admoestação verbal ou multa. Detalhe: (1) expressamente se dizia que as «medidas de caráter educativo» poderiam ser cumuladas entre si, mas «não serão consideradas para fins de reincidência», (2) se falava em prescrição da «imposição e execução das medidas educativas» no prazo de dois anos (art. 32) e o oferecimento da denúncia, no caso do artigo 23, era para propor «oportunidade a adoção das medidas educativas pertinentes» (art. 39, § 1º, I), que poderiam ser aceitas de plano pela defesa (art. 40, § 1º, II), independentemente do histórico do denunciado. As medidas aplicadas poderiam ser revistas judicialmente, a qualquer tempo, mediante requerimento do interessado (art. 50) e , no art. 52, falava-se da criação de «juizados especializados para processo e julgamento dos crimes definidos nesta Lei, vedada a atribuição da competência dos Juizados Especiais Criminais». Ou seja, ficou muito claro que a droga para uso próprio não era criminalizada, porque sem pena e sem o efeito da reincidência a aplicação de medida educativa.

No parecer da Comissão de Constituição e Justiça e de Redação, de 10 de fevereiro de 2004, relatoria do Deputado Paulo Pimenta, ignorou-se a «descriminalização/despenalização» do uso de drogas, voltando a falar da conduta da posse para uso como crime sujeito a «penas restritivas de direitos». Para tanto, apresentou-se um Substitutivo Integral que se propunha, dentre outros, a (1) superar «equívocos conceituais e metodológicas» unificando o conceito de drogas, da qual o entorpecente é apenas parte, (2) deixar evidente a separação

entre usuário ou dependente e o traficante, (3) prever que o álcool e outras substâncias lícitas que causem dependência terão legislação própria¹⁴.

Deliberadamente, na Câmara, voltou-se a tratar como crime o uso de drogas. No Voto do Relator ao tratar do Título III, expressamente diz ter optado «trazer para este título o crime do usuário», destacando «... a grande virtude da proposta é a eliminação da possibilidade de prisão para usuário ou dependente¹⁵» – em termos, diga-se Neste Substitutivo, tal qual hoje, o «adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar» ganha o número 28 de artigo e as consequências são as «seguintes penas: advertência sobre os efeitos da droga; prestação de serviços e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo». Foram equiparadas ao porte para uso próprio as condutas de «semear, cultivar ou colher plantas destinadas à preparação de drogas» e «fornecer, eventualmente, sem objetivo de lucro» drogas a pessoa de seu relacionamento para consumirem juntos (art. 28, § 1º, I e II), hoje colocados no art. 33, § 1º, II e § 3º, da Lei 11.343/2006, com penas mais severas. Afastava-se, expressamente, no artigo 28, § 5º, a reincidência («não serão consideradas para fins de reincidência» – o que retira o caráter de crime, v. art. 63, CP). Mas, vejam só, se o uso de drogas, diretamente não levava à prisão o «desatendimento» às penas de prestação de serviços à comunidade e a medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo pode levar à aplicação das penas restritivas de direitos do art. 43 do CP (art. 28, § 7º) que, se descumpridas «sujeitará o agente às penas do art. 330 do Decreto Lei

14 Diário da Câmara dos Deputados, de 12/02/2004, p. 5400-5405.

15 Ou seja, por mais que se diga que é crime, desde aqui não se tem pena privativa de liberdade para o usuário de drogas.

2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal» (art. 28, § 10º, CP)» –; quer dizer, neste Substitutivo, o usuário, pela desobediência, eventualmente, poderia ser condenado à pena de prisão.

Segue a discussão do Projeto de Lei 7.134/2002, em Sessão Plenária de fevereiro de 2004, registrada no Diário da Câmara dos Deputados 05840, percebe-se a preocupação dos integrantes da Casa em dar o rótulo de «crime» ao uso de drogas, sem que cientificamente se construísse a figura penal. A título de exemplo, a fala do Deputado Carlos Willian – (PSC – MG):

Este projeto descrimina os usuários de drogas de maconha. Essa imposição da lei é um dos poucos argumentos que restam aos pais de família de mostrarem ao adolescente que se trata de crime, cuja consequência é ir para a cadeia. Estamos retirando isto do texto apelo para as bancadas evangélica e católica, para os cristãos e pais de família, no sentido de que venham ao plenário discutir a matéria Alguns países desenvolvidos já se anteciparam sobre o tema, mas o Brasil não está preparado para isto.

Do mesmo partido, o Cabo Júlio (PSC – MG) esclarece ao colega que «não estamos dizendo que usar droga deixará de ser crime estamos estabelecendo ao usuário 3 penalidades se negar a cumprir incorrerá em crime de desobediência criamos um dispositivo de segurança estabelecendo nova pena». No mesmo jaez, Jefferson Campos (PMDB – SP): «as penas já estão previstas existe também a previsão de prisão para descumprimento das penas previstas e impostas pelo Juiz apelo para que haja maior discussão deste projeto que afetará a vida principalmente dos adolescentes de nossa Nação».

O projeto ainda voltaria ao Senado e, nessa sessão de votação, os discursos se sucederam falando em pena e prevenção, totalmente divorciados da teoria do Direito Penal – mera retórica, exercício argumentativo, sem compromisso científico com a matéria. A vinculação era ideológica e, pode-se dizer, individual. O PT, representado pelo

Deputado Antonio Carlos Biscaia, votou favorável ao Substitutivo, alegando:

Jamais colocaria com qualquer projeto que pudesse significar a liberação do uso de drogas no País apresenta-se uma adequada separação entre a condição de usuário e a de dependente, este vítima do narcotráfico crescente Não adotamos a descriminalização do uso, muito menos liberando a droga no Brasil. Estamos apenas aprimorando a lei, buscando a prevenção adequada e não imposição de qualquer pena privativa de liberdade ou pecuniária ao usuário aquele que for preso com droga será levado ao lugar adequado para a lavratura do termo circunstanciado....

Da parte do PSDB, João Campos, também favorável:

O projeto não descriminaliza o uso de drogas no País. Quem está descriminalizando são alguns setores da mídia o que a Casa está fazendo – embora continue sendo crime o uso de drogas no País – é dar tratamento diferente ao usuário e ao dependente Minha posição, quer como delegado, quer como pastor, pai de família e cidadão, sempre foi a favor da criminalização do uso da droga¹⁶.

Destaca-se como fala mais afeiçoada ao Direito (lembrando que os Senhores Deputados estavam fazendo uma lei e não defendendo suas posições pessoais), de Moroni Torgan do PFL – CE:

não houve liberação nem condenação um meio termo se não for cumprida nenhuma daquelas medidas, a pessoa ficará sujeita ao crime de

16 O PMDB representado por Roberto Jefferson votou contrário: «*este projeto ... afetar a vida principalmente dos adolescentes da nossa Nação*», assim como Enéas, pelo PRONA. Integram a lista dos votos favoráveis: Osmar Serraglio pelo PMDB, Dr Hélio pelo PDT, Colbert Martins pelo PPS, Marcelo Ortiz pelo PV, Jamil Murad pelo PCdoB, Nelson Meurer pelo PP, Pastor Reinaldo pelo PTB.

desobediência há uma sanção a possibilidade de detenção por crime de desobediência o que o projeto está fazendo com relação ao usuário e ao viciado já é prática comum na Justiça – é o que chamamos de Justiça Terapêutica. O Judiciário não manda usuários e dependentes para a Cadeia, mas, sim, os condena à prestação de serviços à comunidade os priva de certos direitos...». Também, Fernando Gabeira: «Se a sociedade brasileira tem como único argumento contra o consumo de drogas a cadeia, estamos moralmente falidos. Existem outros.

Aprovada a redação final do Substitutivo da Câmara dos Deputados ao PL 7.134B, de 2002 (do Senado Federal – PLS 115/02 na Casa de Origem), voltou para o Senado em 17 de fevereiro de 2014. Recebeu parecer 847, de relatoria do Senador Romeu Tuma, em 31 de maio de 2006, no qual o usuário volta a ser considerado como merecedor de «medidas educativas» e não penas. Sobre o crime de desobediência como remédio para fazer cumprir o artigo 28:

... reportar-se ao crime de desobediência traz problemas incontornáveis o descumprimento de sentenças condenatórias ou executivas pode gerar medidas coercitivas como a prisão e a busca e apreensão, mas tal descumprimento nunca foi considerado um crime autônomo. Recemos seja criado um perigoso precedente legal. No limite, um único fato (trazer consigo drogas para consumo pessoal) seria objeto de dupla incriminação, ferindo o princípio do non bis in idem.

Rejeitaram-se, assim, os §§ 7º, 8º, 9º e 10º do Substitutivo, restabelecendo parte do texto original. E, no Texto Consolidado que saiu em 31 de maio de 2006, da Sala da Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania, o artigo 28, *caput*, I, II e III previa «penas» ao usuário (as mesmas de hoje), no § 3º, falava da duração das «penas» de, no máximo, cinco meses, no § 4º, para casos de reincidência, aumentava para dez meses; no § 6º, para caso de descumprimento das «medidas educativas a que se refere o caput, I, II e III», sem mais, nem menos, no inciso IV – «detenção de seis meses a dois anos». Quer dizer, tiraram a previsão anterior do § 10, de aplicação subsidiária do artigo 330 do

CP (porque, segundo o parecer, importaria num segundo processo para apurar a desobediência) e lascaram a pena privativa de liberdade como último recurso, porque, sucessivamente, o juiz deve lançar mão de admoestação verbal, multa e penas restritivas de direitos.

Aqui sim, com a previsão expressa de pena de detenção, de 06 meses a 02 anos, o porte para uso próprio foi criminalizado (art. 1º, Lei 3.914/1941¹⁷ – LICP) e tratado como infração de menor potencial ofensivo (art. 48). Encaminhado para votação, ainda recebeu alterações – dentre outras, a retirada dos incisos III e IV, do § 6º, do art. 28 – culminando no texto encaminhado para sanção presidencial – que vetou alguns artigos referentes ao SISNAD e da cumulação, por Varas Especializadas das atribuições de Juizado Especial Criminal sobre drogas¹⁸.

Assim, veio ao mundo em 23 de agosto de 2006, com prazo de 45 dias para vigência a Lei 11.343/2006, revogando expressamente as Lei 6.368¹⁹,

-
- 17 Art. 1º Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente. (Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3914.htm. Acesso em: 17/04/2023, grifo nosso).
 - 18 Todo o histórico de tramitação dos projetos que deram corpo à Lei 11.343/2006 encontram-se nos sites do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, bastando lançar os números aqui apontados para se ter acesso ao inteiro teor das discussões aqui reproduzidas.
 - 19 O art. 16 criminalizava o uso: «Art. 16. adquirir, guardar ou trazer consigo, para o uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Pena – detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de 20 (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa».

de 21.10.1976 e 10.409²⁰, de 11 de janeiro de 2002. Detalhe, totalmente confusa em seu texto quanto à natureza jurídica da resposta dada ao usuário: o *caput* fala de «penas» no § 1º, são as «mesmas medidas»; no § 3º, a prestação de serviços à comunidade e a medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo são tratadas como «penas»; no § 6º, são «medidas educativas a que se refere o *caput*, nos incisos I, II e III» e mesmo a multa, usada como garantia para cumprimento das medidas educativas (art. 28, § 6º, II), no artigo 29 é tratada como «medida educativa a que se refere o inciso II, do § 6º do art. 28». E, ao dizer da possibilidade de aplicação isolada ou cumulativa e da substituição pelo Juízo, no art. 27, fala de «penas».

Mesmo assim, a compra, guarda, depósito, transporte ou porte de droga para uso próprio, na 11.343, não sujeita seu autor à pena de detenção ou reclusão quer isolada, quer alternativa ou cumulati-

20 Embora posterior, esta Lei teve o «Capítulo III – dos crimes e das penas» integralmente vetado porque «em que pese a louvável intenção do legislador ao tentar conferir tratamento diferenciado ao consumidor de drogas, há vício de inconstitucionalidade no art. 21, que contamina a íntegra de vários outros artigos do capítulo em questão». Para o usuário de drogas (art. 20) eram previstas as «penas e medidas aplicáveis: as previstas no art. 21 que tinha a seguinte redação: «Art. 21. As medidas aplicáveis são as seguintes: I – prestação de serviços à comunidade; II – internação e tratamento para usuários e dependentes de produtos, substâncias ou drogas ilícitas, em regime ambulatorial ou em estabelecimento hospitalar ou psiquiátrico; III – comparecimento a programa de reeducação, curso ou atendimento psicológico; IV suspensão temporária de habilitação para conduzir qualquer espécie de veículo; V – cassação de licença para dirigir veículos; VI – cassação de licença para porte de arma; VII – multa; VIII – interdição judicial; IX – suspensão da licença para exercer função ou profissão. Mas, como foi vetado o capítulo inteiro, tivemos uma nova Lei de Drogas em 2002, que previa, no art. 27, o procedimento «relativo aos processos por crimes definidos nesta Lei ...» e não tinha crimes em seu texto. Solução: (re)apropriar-se da tipificação legal da Lei 6.368/1976.

vamente à pena de multa. Portanto, em teoria, não se trata de crime, nos exatos termos do art. 1º, da Lei 3.914²¹, de 09/12/1941 – a Lei de Introdução do Código Penal. Se muito, para dar o tratamento jurídico preconizado na 11.343, poderia dizer tratar-se de contravenção, se for considerada a multa derradeira (art. 28, § 6º, II), como pena em sentido jurídico-penal – e não medida educativa, como tratada no art. 29 da Lei 11.343/2006 (Mas, nem este raciocínio vingará, frente ao artigo 5º do DL 3688, de 02.10.1941: «Art. 5º. As penas principais são: I – prisão simples; II – multa» – e aqui, na Lei 11.343/2006, a multa não é pena principal e sim substitutiva, para caso de não cumprimento da medida originária).

Pode-se continuar a discussão da natureza das consequências de violação do art. 28 da Lei 11.343/2006, exercitar argumentos na tentativa de chegar a uma resposta jurídico-penal. Só para ilustrar, porque se quer seguir com o objetivo do trabalho, a advertência sobre os efeitos da droga não encontra molde em qualquer das classes de penas²². A prestação de serviços à comunidade e a medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo poderiam ser tomadas como penas restritivas de direitos (art. 32, II c/c 43, III e IV, CP), mas não são passíveis de conversão por falta de pena prin-

21 Art. 1º Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3914.htm#:~:text=DECRETA%3A,ou%20ambas%2C%20alternativa%20ou%20cumulativamente. Acesso em: 16/04/2023.

22 «corporais, privativas de liberdade, restritivas de liberdade, pecuniárias e privativas e restritivas de direitos», ver MIRABETE, J. FManual de Direito Penal, v I, 15a ed., São Paulo : Atlas, 1999, p. 246.

cial (art. 44, § 4º, CP). Melhor concluir que se tratam de «medidas educativas» como previstas em sua gênese, sem caráter penal, mas com processamento para aplicação no Juizado Especial Criminal, por falta de uma «administrativização» regulamentada da matéria como fez Portugal com a Lei 30/2000²³; lá, no artigo 29, foi declarada a «descriminalização» objeto da Lei e criado o Instituto da Droga e Toxicod dependência – IDT para manter o registro central dos processos de contraordenações²⁴ (primas das nossas contravenções) desta natureza.

3. PROCEDIMENTO PENAL COMPARADO COM PORTUGAL, ONDE SE RECONHECEU EXPRESSAMENTE A DESCRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE DROGA PARA USO PRÓPRIO

O usuário flagrado de posse de droga, em Portugal, perde a substância em favor do Estado; feito um auto de ocorrência (art. 4º, I), é encaminhado para a «Comissão para a Dissuasão da Toxicod dependência» de seu distrito para aplicação das respectivas sanções (art. 5º, I). Esta Comissão, composta de cinco membros (art. 7º), ouve o consumidor sobre o fato e, sendo ele primário e sem registros anteriores, não dependente da droga, suspende-se o processo; se toxicod dependente, para não ser processado, o usuário deve aceitar e submeter-se a tratamento (art. 11). A suspensão do processo pode ser de 02 (dois) anos, prorrogável por mais 01 (um), e será arquivado definitivamente

23 Define o regime jurídico aplicável ao consumo de estupefacientes e substâncias psicotrópicas, bem como a protecção sanitária e social das pessoas que consomem tais substâncias sem prescrição médica. Disponível em <https://dre.pt/dre/detalhe/lei/30-2000-599720>. Acesso em: 16/04/2023.

24 Constitui contra-ordenação todo o facto ilícito e censurável que preencha um tipo legal no qual se comine uma coima – Decreto-Lei 433/82, de 27 de Outubro – «Regime Geral das Contra-Ordenações».

se não houver reincidência no período e o tratamento tiver sido cumprido (art. 13).

Para o consumidor não dependente é aplicada multa ou, alternativamente, sanção não pecuniária de interdição de frequência a certos lugares; proibição de acompanhar, alojar ou receber certas pessoas; interdição de ausência para o estrangeiro sem autorização; apresentação periódica em local designado pela Comissão; cassação ou proibição de concessão ou renovação de licença de uso e porte de arma de defesa, caça, precisão ou recreio; apreensão de objetos de pertencam ao usuário e representem um risco para este ou para a comunidade ou favoreçam a prática de um crime ou de outra contraordenação e privação da gestão de subsídio ou benefício atribuído a título pessoal por entidades ou serviços públicos; entrega a instituições públicas ou particulares de uma contribuição monetária ou a prestação de serviços gratuitos a favor da comunidade, no regime do Código Penal. Aos dependentes, aplicam-se apenas as sanções não pecuniárias (art. 15 e 17). Há, ainda, para todos, a admoestação que *«consiste numa censura oral, sendo o consumidor alertado para as consequências do seu comportamento e instado a abster-se a consumir»* (art. 18). As sanções não pecuniárias têm duração mínima de 01 (um) mês e máxima de 03 (três) anos (art. 24).era

Se aplicada a sanção, tratando-se de dependente em tratamento, o processo poderá ficar suspenso por até 03 (três) anos, a contar do trânsito em julgado da decisão (art. 20), determinando ao usuário que se apresente regularmente no serviço de saúde designado (art. 21). Toda decisão que aplique sanção ao consumidor é comunicada à polícia para que colabore na execução (art. 25).

Portugal foi claro ao dizer, no art. 29 da Lei 30/2000 que «descriminalizou» o uso da droga – mas não legalizou; estabeleceu um processo e foro próprio, mas não despenalizou, nem liberou geral.

4. PROCEDIMIENTO PENAL BRASILEIRO DO ARTIGO 28 DA LEI 11.343/2006

No Brasil, insiste-se em falar de criminalização do porte de drogas para uso próprio, decerto que fruto do discurso dos «país» da 11.343/2006, quando de crime não se trata, porque inexistente pena de detenção ou reclusão, para o usuário; ou mesmo pecuniária, como resposta ao preenchimento do tipo penal (como se disse, a multa do art. 28, § 6º, II, é uma resposta ao descumprimento das medidas educativas, mas não uma pena em si). E, se de crime não se trata, os efeitos da prática são menores. Por exemplo, não gera reincidência²⁵ (art. 63, CP) e não impede transação (art. 76, § 2º, I, Lei 9.099/1995).

(Sabe-se que, quanto à reincidência, o STJ disse o contrário no HC 350.317 – SP 2016/0055483-0, relatado pelo Min. Antonio Saldanha Palheiro, julgado em 07/11/2016. Mas ali, não se enfrentou a teoria do tipo penal, resumindo-se à análise, em nosso sentir, à localização topográfica do artigo – o que não é o suficiente em termos jurídico-penais; talvez possa ser em termos de política criminal ou opção interpretativa. No mesmo sentido, o STF, reconhecendo a despenalização operada com o art. 28, privilegia a localização do artigo para dizer que é crime – vale a leitura e reflexão²⁶. Lembro aqui de

25 A reincidência mencionada no art. 28, § 4º, da Lei 11.343/2006 só pode ser específica, para aumento do prazo da prestação de serviços à comunidade ou do prazo de comparecimento a programa ou curso educativo, depois que o usuário já se submeteu, uma primeira vez a qualquer destas medidas por até 05 (cinco) meses e voltou a ser flagrado de posse da droga.

26 EMENTA:I. Posse de droga para consumo pessoal: (art. 28 da L. 11.343/2006 – nova lei de drogas): natureza jurídica de crime. 1. O art. 1º da LICP – que se limita a estabelecer um critério que permite distinguir quando se está diante de um crime ou de uma contravenção – não obsta a que lei ordinária superveniente adote outros critérios gerais de dis-

uma comparação feita num julgado, que não encontro para transcrever, para dizer da impropriedade legislativa do artigo 10, § 1º, II, da Lei 9.437/1997, que usou esta expressão: «um urso de pelúcia perdido na floresta não se transforma num urso selvagem». Esta insistência dos Tribunais Superiores em elastecer o conceito de crime para abarcar o art. 28 só pode soar uma adesão ao discurso dos criadores da lei – a necessidade de ter o usuário de drogas como «criminoso»).

tinção, ou estabeleça para determinado crime – como o fez o art. 28 da L. 11.343/06 – pena diversa da privação ou restrição da liberdade, a qual constitui somente uma das opções constitucionais passíveis de adoção pela lei incriminadora (CF/88, art. 5º, XLVI e XLVII). 2. Não se pode, na interpretação da L. 11.343/2006, partir de um pressuposto despreço do legislador pelo «rigor técnico», que o teria levado inadvertidamente a incluir as infrações relativas ao usuário de drogas em um capítulo denominado «Dos Crimes e das Penas», só a ele referentes. (L. 11.343/06, Título III, Capítulo III, arts. 27/30). 3. Ao uso da expressão «reincidência», também não se pode emprestar um sentido «popular», especialmente porque, em linha de princípio, somente disposição expressa em contrário na L. 11.343/2006 afastaria a regra geral do C. Penal (C.Penal, art. 12). 4. Soma-se a tudo a previsão, como regra geral, ao processo de infrações atribuídas ao usuário de drogas, do rito estabelecido para os crimes de menor potencial ofensivo, possibilitando até mesmo a proposta de aplicação imediata da pena de que trata o art. 76 da L. 9.099/1995 (art. 48, §§ 1º e 5º), bem como a disciplina da prescrição segundo as regras do art. 107 e seguintes do C. Penal (L. 11.343, art. 30). 6. Ocorrência, pois, de «despenalização», entendida como exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade. 7. Questão de ordem resolvida no sentido de que a L. 11.343/06 não implicou abolição criminis (C.Penal, art. 107). II. Prescrição: consumação, à vista do art. 30 da L. 11.343/06, pelo decurso de mais de 2 anos dos fatos, sem qualquer causa interruptiva. III. Recurso extraordinário julgado prejudicado. (RE 430105 QO, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 13/02/2007, DJe-004 DIVULG 26-04-2007 PUBLIC 27-04-2007 DJ 27-04-2007 PP-00069 EMENT VOL-02273-04 PP-00729 RB v. 19, n. 523, 2007, p. 17-21 RT v. 96, n. 863, 2007, p. 516-523).

Importante repisar que a técnica usada para criar o artigo 28 e dar uma resposta estatal aos usuários²⁷, cientificamente, *descriminalizou* as condutas ali previstas (tipo múltiplo), mas não liberou a prática. Faltou regravar melhor e mais claramente, para que não fosse necessário toda essa falação, insistindo em criminalizar a conduta do usuário. Desde a discussão da lei, vê-se a *moralização do problema*: «[...] nós necessitamos do Direito Penal [...] quando menos, como meio de desqualificar as drogas aos olhos da população; e: não se pode excluir que precisamente a ameaça de pena retire um ou outro indivíduo do caminho das drogas»²⁸.

Sugere aqui que o legislador quis fazer o que Portugal fez com todas as letras em 2000 – *descriminalizou*, não *despenalizou*, e *administrativizou*. Ou seja, a matéria está mais para o Direito de Intervenção de Hassemer²⁹, do que para o Direito Penal. Mas, na falta de uma

27 «... não se pode desconhecer que a sentença homologatória da transação penal é resposta jurisdicional ...». In GRINOVER, A. P. *et al.*, Juizados Especiais Criminais: comentários à Lei 9099, de 26.09.1995, 5a ed., rev e atual, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 154.

28 HASSEMER, W. Direito Penal – fundamentos, estrutura, política. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 2008, p. 331.

29 OLIVEIRA, A. C. Hassemer e o direito penal brasileiro: direito de intervenção, sanção penal e sanção administrativa. 1 ed., São Paulo : IBCCRIM, 2013, p. 61-63: «2.1 A proposta modernizadora de Hassemer ... Na verdade, o que pouco se menciona é que o próprio Hassemer apresenta a sua proposta para a modernização do Direito Penal, o *Direito de Intervenção* ... encaminha-se no sentido de um Direito Penal sem a imposição da pena privativa de liberdade, através do Direito de Intervenção ... integrariam o Direito de Intervenção regras provenientes de diferentes normas sancionadoras, conjugando o Direito Penal, ilícitos civis, as contravenções penais, o Direito de polícia e o Direito Tributário ... a não imposição de penas privativas de liberdade seria a principal característica deste Direito de Intervenção ... esse novo ramo poderia se voltar para a atuação preventiva ...

regulamentação exaustiva como fez Portugal, continua-se tratar como crime a conduta que está plantada num Capítulo com este Título, embora não o seja. Ao dispor sobre o processo e julgamento do usuário flagrado de posse de drogas, ficamos na antessala do processo penal³⁰ propriamente dito, na medida em que o art. 48, §§ 1º e 5º, da Lei 11.343/2006, remete ao procedimento da Lei 9.099/95, indicando possível conteúdo para transação.

Visto não ser a conduta descrita no artigo 28 nem crime, nem contravenção (tecnicamente falando), nem infração administrativa (como fez Portugal), mas enquadrada no conceito de infração de menor potencial ofensivo para ser processado no Juizado Especial Criminal, opta-se por tratar este dispositivo como fez Luiz Flávio Gomes³¹: uma infração penal *sui generis* submetida ao procedimento estabelecido na Lei 9099/95³².

tem o objetivo principal permitir a atuação do Direito Penal somente em relação aos tipos tradicionais, ao *núcleo duro* ... seria possível esvaziar o Direito Penal dos tipos abertos e das demandas por flexibilização do processo ... teria ainda, como consequência, livrar o Direito Penal de um uso instrumental e aleatório, eminentemente simbólico».

- 30 Entendido aqui no sentido estrito de ação penal, com a concepção clássica do início a partir citação pessoal do denunciado.
- 31 No mesmo sentido: LEAL, J. J., Política Criminal e a Lei 11.343/2006: Descriminalização da Conduta de Porte para Consumo Pessoas de Drogas?, 2006. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/9091/politica-criminal-e-a-lei-n-11-343-2006>. Acesso em: 7/4/2023.
- 32 Embora isto não esteja expresso na Lei 9099/95, o art. 71, vetado por invasão de competência legislativa, previa: «Art. 71. Nas comarcas em que haja vara especializada para julgamento de crimes que envolvam drogas, esta acumulará as atribuições de juizado especial criminal sobre drogas, para efeitos desta Lei».

Para nós, ao contrário, houve descriminalização formal (acabou o caráter criminoso do fato) e, ao mesmo tempo, despenalização (evitou-se a pena de prisão para o usuário de droga). O fato (posse de droga para consumo pessoal) deixou de ser crime (formalmente) porque já não é punido com reclusão ou detenção (art. 1º da LICP). Tampouco é uma infração administrativa (porque as sanções cominadas devem ser aplicadas pelo juiz dos juizados criminais). Se não se trata de um crime nem de uma contravenção penal (mesmo porque não há cominação de qualquer pena de prisão), se não se pode admitir tampouco uma infração administrativa, só resta concluir que estamos diante de infração penal sui generis. Essa é a nossa posição, que se encontra ancorada nos seguintes argumentos: []

A todos os argumentos lembrados cabe ainda agregar um último: conceber o art. 28 como «crime» significa qualificar o possuidor de droga para consumo pessoal como «criminoso». Tudo que a nova lei não quer (em relação ao usuário) é precisamente isso. Pensar o contrário retrataria um grave retrocesso punitivista (ideologicamente incompatível com o novo texto legal). Em conclusão: a infração contemplada no art. 28 da Lei 11.343/2006 é penal e sui generis. Ao lado do crime e das contravenções agora temos que também admitir a existência de uma infração penal sui generis³³.

Em assim sendo (e, mesmo se desenvolver o raciocínio como um tipo contravencional, mas não criminoso), afastada a hipótese de arquivamento, reunidos os requisitos do artigo 76, § 2º, da Lei 9099/1995, o MINISTÉRIO PÚBLICO deverá propor a transação penal com olhos nas medidas educativas do artigo 28 da Lei 11.343/2006

33 GOMES, L. F e SANCHES, R. C. Posse de drogas para consumo pessoal: crime, infração penal «sui generis» ou infração administrativa?, 19.01.2007, disponível em <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,-MI34439,41046-Posse+de+drogas+para+consumo+pessoal+crime+infracao+penal+sui+generis>, Acesso em: 17/04/2023, grifo nosso.

(e não nas penas restritivas de direitos do artigo 43 do CP, como manda o *caput* do art. 76 – art. 48, § 5º, Lei 11.343/2006). Tem-se que, se não cumprido o pactuado, a consequência será a admoestação verbal e, se não suficiente a multa (art. 28, § 6º, Lei 11.343/2006), afastando-se a Súmula Vinculante 35 – STF.

Todavia, se o autor do fato faltar na audiência preliminar ou não reunir os requisitos do artigo 76, *em tese*, com olhos somente na Lei 9099/95, deveria ser oferecida a denúncia oral (art. 77, Lei 9.099/1995), para entrega de cópia ao infrator cientificando-o da data designada para a audiência de instrução e julgamento (art. 78), quando, depois da defesa, recebe-se a denúncia, produz-se a prova, debate-se o processo e vem a sentença (art. 81).

Parte-se da premissa que, em termos gerais, só se oferece denúncia no Juizado Especial Criminal, para que seja possível, em sendo procedente a denúncia, *aplicar a pena privativa de liberdade* prevista no tipo violado, que não pode ser aceita voluntariamente (vez que, o infrator não tem mais direito às penas restritivas de direitos passíveis de aceitação na fase do artigo 76 da Lei 9.099/1995).

...pensamos o processo penal a partir do «princípio da necessidade» () o processo penal é um caminho necessário para alcançar a pena e, principalmente, um caminho que condiciona o exercício do poder de penar (essência do poder punitivo) à estrita observância de uma série de regras que compõe o devido processo penal (ou, se preferirem, são as regras do jogo, se pensarmos no célebre trabalho *Il processo come giuoco* de CALAMANDREI)³⁴.

Esta é a primeira afirmação – a denúncia como peça essencial para deflagrar o processo penal visando a aplicação da pena corporal

34 LOPES JR., A., *Direito Processual Penal*. 9a ed. rev e atual, São Paulo : Saraiva, 2012. p. 63.

prevista no tipo – que encontra as seguintes questões no tema em debate: (1) e no caso de não ter pena a ser aplicada, em tese? E, (2) no caso de, ao final de um processo penal a ser instaurado – exceto em caso de absolvição –, a pena a ser aplicada ser a mesma que se teria com a transação (nunca privativa de liberdade), nem mais, nem menos? Adiante, e (3) se o infrator, mesmo sem os requisitos para transacionar (condenação definitiva anterior por crime), aceitar a proposta de aplicação antecipada de qualquer das medidas previstas no artigo 28 da Lei 11.323/2006, (4) pode ser oferecida denúncia?

Admitindo que se possa processar penalmente o usuário, dado que a denúncia ou queixa será rejeitada quando, dentre outras hipóteses, faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal (art. 395, II, CPP), estaria presente o interesse de agir no oferecimento da denúncia das infrações do artigo 28 da Lei 11/343/2006 quando o infrator adere à proposta antecipada de cumprimento de uma das medidas educativas?

A exigência da observância das condições da ação deve-se inclusive ao princípio da economia processual: (...).

...tendo embora o Estado o interesse no exercício da jurisdição () não lhe convém acionar o aparato judiciário se que dessa atividade possa extrair algum resultado útil...³⁵

Tratando do interesse processual, invoca-se o interesse-necessidade para dizer que o processo penal poderá ser manejado porque é *«necessária a utilização das vias processuais, para a aplicação da sanção penal, ao lado da impossibilidade de satisfação voluntária da pretensão punitiva () mesmo nos casos de transação penal () a aceitação da sanção penal pelo acusado só pode vir mediante processo () não havendo possibi-*

35 p. 187.

lidade de satisfação voluntária da pretensão punitiva fora do processo³⁶». *Pari passu*, o «interesse-utilidade» estaria no resultado prático gerado pelo movimento da máquina judiciária; do manejo de um processo que, ao final, será útil (e indispensável) para seu fim – a aplicação da sanção. Se não tiver esta finalidade – de necessário para aplicar a pena – o processo perde o caráter instrumental, passando a ser o fim em si.

Ao contrário do que se passa com outras infrações de menor potencial ofensivo, o porte de droga para uso próprio não tem pena corporal prevista (como dito à exaustão). São medidas educativas que se impõe ao violador do preceito primário. Medidas estas que visam, antes de retribuição pelo uso da droga (uso este não punível) a «prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas» (Título III) e que podem ser aceitas, voluntariamente, pelo infrator.

Assim, mesmo constatada a ausência dos requisitos para a transação penal, dado o caráter da infração e das consequências a ela cominadas (medidas educativas), carece de interesse a movimentação da máquina estatal para dar corpo ao previsto no artigo 28 da Lei 11.343/2006 (conforme AgRg no HC 520.646-SP³⁷, Rel. Min. Laurita Vaz, 6a T, j. 21.10.2019, a condenação por posse de drogas para uso próprio não gera reincidência). Havendo a proposta nos moldes das do artigo 76 da Lei 9099/95, acompanhado o infrator de advogado para auxílio na análise da proposta, e sendo a medida a ser aplicada uma daquelas constantes no preceito secundário do mesmo artigo 28 da Lei 11.343/2006, totalmente desnecessário o processo penal tradicional (iniciado com a denúncia), mesmo quando ausentes os

36 GRINOVER, A. P. *et al.*, As nulidades do processo penal. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 65-66.

37 Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201902012087&dt_publicacao=21/10/2019. Acesso em: 16/04/2023.

requisitos do art. 76 da Lei 9099/95, valendo a adesão do infrator, assistido por seu advogado, como bastante para se cumprir o devido processo legal.

Judicializado o porte de droga para uso próprio, somente será admissível a propositura do processo em duas situações. Primeiro, se o infrator recusar a transação, visando provar sua inocência; teremos aqui o interesse de agir presente, porque a absolvição só pode vir de uma sentença penal transitada em julgado; ou, se o infrator não for localizado, quando se depende de uma denúncia para remessa dos autos ao Juízo Comum, onde possa ser aplicado o artigo 366 do CPP.

Por fim, respeitando a localização do artigo 28 no Título das «atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas» de nada adianta, em termos de precisão conceitual, reconhecer a descriminalização e dispensar o processo penal sem retaguarda para aplicação das medidas educativas. Assim é que se impõe a existência de Programas para encaminhamento dos infratores, sejam os educativos do inciso III ou para a prestação de serviços à comunidade. Em nosso sentir, a mera «advertência sobre os efeitos da droga», feita em audiência, numa fala unilateral e com base somente em leituras técnicas, nos parece deve ser reservada aos casos, nos quais, os infratores estejam presos por conta da prática de delitos maiores.

5. CONCLUSÕES

Diante disto, conclui-se:

- a) o artigo 28 da Lei 11.343/2006 não descreve crime nem contravenção; trata-se de infração de menor potencial ofensivo *sui generis*;
- b) o artigo 28 da Lei 11.343/2006 permanece como crime no imaginário popular por força do discurso, desde a discussão do

Projeto de Lei até mesmo a chegada do tema no STF; mas, tecnicamente, não é crime.

- b) ao usuário encaminhado ao Juizado Especial Criminal, sempre é de ser proposta a transação, independente dos requisitos do artigo 76, § 2º, da Lei 9099/95;
- c) para aplicação antecipada da medida educativa, mister a criação e manutenção de programas próprios para este fim em cada comarca;
- d) em caso de descumprimento da medida transacionada, nova audiência é de ser designada para fins de admoestação verbal e, em último caso, imposição de multa;
- e) somente é admissível o processo penal nas infrações do artigo 28 da Lei 11.343/2006 no caso do usuário recusa a transação, visando o reconhecimento da inocência, ou se não encontrado, para os fins do artigo 66, parágrafo único, da Lei 9099/1995.

6. REFERÊNCIAS

BRASIL Decreto 4.294, de 6 de julho de 1921. Estabelece penalidades para os contraventores na venda de cocaína, opio, morfina e seus derivados; cria um estabelecimento especial para internação dos intoxicados pelo álcool ou substâncias venenosas; estabelece as formas de processo e julgamento e manda abrir os créditos necessários, 1921. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-4294-6-julho-1921-569300-publicacaooriginal-92525-pl.html>. Acesso em: 16/04/2023.

BRASIL Decreto 20.390, de 11 de janeiro de 1932. Fiscaliza o emprego e o comércio das substâncias tóxicas entorpecentes, regula a sua entrada no país de acordo com a solicitação do Comitê Central Permanente do Opio da Liga das Nações, e estabelece penas, 1932. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-20930-11-janeiro-1932-498374-publicacaooriginal-81616-pe.html>. Acesso em: 16/04/2023.

BRASIL. 3.914, de 9 de dezembro de 1941. Lei de introdução do Código Penal (decreto-lei n. 2.848, de 7-12-940) e da Lei das Contravenções Penais (decreto-lei n. 3.688, de 3 outubro de 1941), 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3914.htm. Acesso em: 16/04/2023.

BRASIL. Decreto 54.216, de 27 de agosto de 1964. Promulga a Convenção Única sobre Entorpecentes, 1964. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1960-1969/decreto-54216-27-agosto-1964-394342-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 17/04/2023.

BRASIL. Lei 6.368, de 21 de outubro de 1976. Dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, e dá outras providências, 1976. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=6368&ano=1976&ato=0e7oXRq50MnRVTd44#:~:text=DISP%20C3%95E%20SOBRE%20MEDIDAS%20DE%20PREVEN%20C3%87%20C3%83O,PS%20C3%8DQUICA%20C%20E%20D%20C3%81%20OUTRAS%20PROVID%20C3%8ANCIAS..> Acesso em: 16/04/2023.

BRASIL. Decreto Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal, 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del-2848compilado.htm. Acesso em: 17/04/2023.

BRASIL. Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências, 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm#:~:text=LEI%20N%20C2%BA%209.099%20C%20DE%2026%20DE%20SETEMBRO%20DE%201995.&text=Disp%20C3%B5e%20sobre%20os%20Juizados%20Especiais%20C%3ADveis%20e%20Criminais%20e%20d%20C%3A1%20outras%20provid%20C3%AAncias. Acesso em: 17/04/2023.

BRASIL. Lei 9.437, de 20 de fevereiro de 1997. Institui o Sistema Nacional de Armas – SINARM, estabelece condições para o registro e para o porte de arma de fogo, define crimes e dá outras providências, 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9437.htm. Acesso em: 17/03/2023.

BRASIL. Projeto de Lei 7.134, de 21 agosto de 2002. Dispõe sobre o Sistema Nacional Antidrogas; sobre a prevenção, a repressão e o tratamento; define crimes, regula o procedimento nos crimes que define e dá outras providências, 2022. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=66174>. Acesso em: 17/04/2023.

BRASIL. Projeto de Lei do Senado 115, de 23 de agosto de 2002. Dispõe sobre o Sistema Antidrogas; sobre a prevenção, a repressão e o tratamento; define crimes, regula o procedimento nos crimes que define e dá outras providências, 2002. (VOLUME II). Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/50227>. Acesso em: 17/04/2023.

BRASIL. Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso em: 17/04/2023.

BRASIL. Lei 10.409, de 11 de janeiro de 2002. Dispõe sobre a prevenção, o tratamento, a fiscalização, o controle e a repressão à produção, ao uso e ao tráfico ilícitos de produtos, substâncias ou drogas ilícitas que causem dependência física ou psíquica, assim elencados pelo Ministério da Saúde, e dá outras providências, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10409.htm#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20preven%C3%A7%C3%A3o%2C%20o,Sa%C3%BAde%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%Aancias.. Acesso em: 17/04/2023.

CÓDIGO PHILIPPINO OU ORDENAÇÕES E LEIS DO REINO DE PORTUGAL Recopiladas por Mandado d'El Rey D. Philippe I. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2004. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242733>. Acesso em: 17/04/2023.

GOMES, L. F e SANCHES, R. C. Posse de drogas para consumo pessoal: crime, infração penal «sui generis» ou infração administrativa?, em 19/01/2007, 2007. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI34439,-41046-Posse+de+drogas+para+consumo+pessoal+crime+infracao+penal+sui+generis>. Acesso em: 17/04/2023.

GRINOVER, A. P. *et al.* As nulidades do processo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

GRINOVER, A. P. *et al.*, Juizados Especiais Criminais: comentários à Lei 9099, de 26.09.1995, 5ª ed., rev e atual, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

HASSEMER, W. Direito Penal – fundamentos, estrutura, política. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

- HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. Vol. IX. Rio de Janeiro: Forense, 1958.
- LEAL, J. J., Política Criminal e a Lei 11.343/2006: Descriminalização da Conduita de Porte para Consumo Pessoas de Drogas?, 2006. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/9091/politica-criminal-e-a-lei-n-11-343-2006>. Acesso em: 07/4/2023.
- LOPES JR., A., Direito Processual Penal. 9ª ed. rev e atual, São Paulo: Saraiva, 2012.
- MIRABETE, J. F Manual de Direito Penal, v I, 15ª ed., São Paulo : Atlas, 1999.
- OLIVEIRA, A. C. Hassemer e o direito penal brasileiro: direito de intervenção, sanção penal e sanção administrativa. 1 ed., São Paulo: IBCCRIM, 2013.
- PORTUGAL. Decreto Lei 48/95, de 15 de março de 1995. Código Penal de 1982 Versão Consolidada Posterior a 1995, 1995. Disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=109&xtabela=leis. Acesso em: 17/04/2023.
- PORTUGAL Lei 30/2000, de 29 de novembro de 2000. Define o regime jurídico aplicável ao consumo de estupefacientes e substâncias psicotrópicas, bem como a protecção sanitária e social das pessoas que consomem tais substâncias sem prescrição médica, 2000. Disponível em: <https://dre.pt/dre/detalhe/lei/30-2000-599720>. Acesso em: 17/04/2023.
- SILVA, J. K. N. O controle de substâncias ilegais: os tratados internacionais antidrogas e as repercussões sobre a legislação brasileira CSONLINE, n. 20, 2015. Disponível em <https://periodicos.ufjf.br/index.php/csonline/article/view/17400>. Acesso em: 17/04/2023.

LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y SU VINCULACIÓN CON LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND ITS LINK WITH FUNDAMENTAL RIGHTS

HUGO CARLOS CARRASCO SOULÉ LÓPEZ

Catedrático de la Facultad de Derecho de la UNAM (México), candidato nacional en el Sistema Nacional de Investigadores del CONACyT e integrante del grupo de investigadores «Direitos Fundamentais, Ambiente, Sociedade e Tecnologia» de la Universidade Católica de Santos (Brasil)

BADEN GARCÍA MENDOZA

Estudiante de maestría e integrante del grupo de investigadores «Direitos Fundamentais, Ambiente, Sociedade e Tecnologia» de la Universidade Católica de Santos (Brasil)

Fecha de recepción: 18 de abril de 2023

Fecha de aceptación: 2 de junio de 2023

*«Quien se acostumbra a preocuparse por las
necesidades de unas máquinas, se vuelve insensible
respecto a las necesidades de los hombres».*

Isaac Asimov

RESUMEN: La inteligencia artificial ha dejado de ser un tema exclusivo de la ciencia ficción para convertirse en una realidad cada vez más presente en nuestras vidas. A diferencia de las teorías distópicas que planteaban un futuro dominado por máquinas conscientes que amenazaban la existencia humana, hoy en día nos enfrentamos a

ABSTRACT: Artificial intelligence has ceased to be an exclusive subject of science fiction to become an increasingly present reality in our lives. Unlike dystopian theories that posed a future dominated by conscious machines that threatened human existence, today we face more concrete challenges related to the application of AI and the fundamental rights

desafíos más concretos relacionados con la aplicación de la IA y los derechos fundamentales de las personas.

En la actualidad, las tecnologías algorítmicas, incluida la inteligencia artificial, plantean desafíos para los derechos fundamentales. Los grandes actores tecnológicos han intentado autorregularse, pero esto no ha sido suficiente para garantizar la protección adecuada de derechos como la libertad de expresión, la privacidad, la igualdad y otros. Por lo tanto, es responsabilidad del Estado regular las actividades de los desarrolladores de algoritmos y datos para garantizar el interés general y proteger los derechos de las personas.

El Estado debe desempeñar un papel activo en la evaluación y regulación de la tecnología de inteligencia artificial. Esto implica evaluar los algoritmos y los datos utilizados, asegurar la rendición de cuentas por parte de los desarrolladores y garantizar la transparencia en el funcionamiento de la IA. Los procesos internos de las tecnologías de inteligencia artificial no deben ser constructos complejos e inaccesibles, sino que deben estar al servicio de las personas y ser comprensibles para todos. Además, el Estado debe asegurar el acceso equitativo a las creaciones y el desarrollo de Internet, así como regular los algoritmos para proteger la dignidad y los derechos de las personas. Esto implica establecer marcos legales claros que promuevan la igualdad, la no discriminación y la participación ciudadana en la toma de decisiones relacionadas con la inteligencia artificial.

PALABRAS-CLAVE: Inteligencia artificial, capacidad, máquina, algoritmo, comportamiento, utilidad, razonamiento, derecho,

of people.

Currently, algorithmic technologies, including artificial intelligence, pose challenges to fundamental rights. Big tech players have tried to self-regulate, but this has not been enough to ensure adequate protection of rights such as freedom of expression, privacy, equality and others. Therefore, it is the responsibility of the State to regulate the activities of algorithm and data developers in order to ensure the general interest and protect the rights of individuals.

The state should play an active role in the evaluation and regulation of artificial intelligence technology. This involves evaluating the algorithms and data used, ensuring accountability on the part of developers, and ensuring transparency in how AI works. The internal processes of artificial intelligence technologies must not be complex and inaccessible constructs, but must be at the service of people and be understandable to everyone. In addition, the State must ensure equitable access to the creations and development of the Internet, as well as regulate algorithms to protect the dignity and rights of people. This implies establishing clear legal frameworks that promote equality, non-discrimination and citizen participation in decision-making related to artificial intelligence.

KEYWORDS: Artificial intelligence, capacity, machine, algorithm, behavior, utility, reasoning, law, human rights, information personal data, protection of rights, State, government, legislation, utility.

derechos humanos, información datos personales, protección de los derechos, Estado, gobierno, legislación, utilidad.

SUMARIO: 1. La inteligencia artificial (IA). 2. ¿Qué es y cuál es la utilidad de la Inteligencia Artificial? 3. Derechos fundamentales e inteligencia artificial. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

1. LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL (IA)

El término «inteligencia artificial» es empleado para describir la capacidad de una máquina o software para imitar el comportamiento humano.

Existen antecedentes que nos trasladan al esplendor de la cultura griega donde Aristóteles describe a la IA como un conjunto de reglas que explican cómo funciona la mente para hacer un razonamiento fundado, de manera conjunta encontramos a Ctesibio de Alejandría (250 a. C.), quien inventó la primera máquina controlada automáticamente para regular el flujo de agua –racionalmente, pero sin lógica.

En 1936, Alan Turing (denominado padre de la IA), especuló sobre dispositivos con capacidad de efectuar cálculos previamente definidos formalmente, sirviendo como pilares clave para que las máquinas se adapten a diferentes escenarios o razonamientos, dando lugar al concepto «máquina de Turing», que formalizó el concepto de algoritmos y surgió como un precursor de las computadoras digitales.

En la década de los 50's, Turing escribió el ensayo «*Computing Machinery and Intelligence*»¹ que partía de la incógnita «¿Pueden pensar

1 La prueba de Turing consiste en lo siguiente: Imaginemos que se encuentran dos sujetos en dos habitaciones contiguas, la habitación «A» y la habitación

las máquinas?» pregunta que trescientos años antes había sido formulada por el filósofo René Descartes. Este innovador ensayo defendió la idea de que las computadoras podían ser capaces imitar el pensamiento humano a través de los sistemas de cómputo. Esencialmente, esta prueba estableció que las máquinas podían llegar a desarrollar la capacidad de engañar al ser humano haciéndolo creer y presuponer que eran capaces de razonar y tener inteligencia.

En 1956 los científicos John McCarthy, Marvin Minsky y Claude Shannon instituyeron en la Conferencia de Dartmouth que la inteligencia artificial debía ser definida como «la ciencia e ingenio de hacer máquinas inteligentes, especialmente programas de cálculo inteligentes». Asimismo, concluyeron que la sociedad también estaría rodeada de máquinas inteligentes dentro de diez años, hecho de que no sucedió y la investigación en IA sufrió un gran revés, lo que obstaculizó el progreso en el campo.²

Sin embargo, no es sino hasta la década de los 90's donde se localiza el parteaguas de la IA debido al uso indiscriminado de los

«B». En la A se encuentra una persona, mientras que en la B hay o bien una persona o bien una máquina. Se comunican mediante mensajes escritos –como en un *chat*– y la persona de la habitación «A» debe averiguar si en la habitación «B» hay una máquina o un ser humano. En ese sentido, la persona que se encuentra en la habitación «A» no sabe si el que le responde es una persona o una máquina. Si la persona no es capaz de determinar si es un humano o no, la máquina ha superado la prueba de Turing y podemos afirmar que es inteligente; si consigue averiguarlo, entonces la máquina no ha superado la prueba, lo que querrá decir que no es inteligente. En consecuencia, la prueba no tiene por finalidad establecer si la máquina posee sentimientos y/o pensamientos «conscientes», sino si la máquina es capaz de actuar de tal forma que nos haga creer y presuponer que razona y tiene inteligencia.

- 2 BARRIOS, A., *Derecho de los Robots*, Editorial Wolters Kluwer, España, 2020, pág. 72

sistemas de cómputo y del internet. En 1997 IBM demostró que un sistema informático, *Deep Blue*, tenía la capacidad de vencer al campeón mundial de ajedrez Gari Kaspárov. Con esta victoria la sociedad reconoció que la tecnología no tiene límites.

A continuación, se destacan los avances que ha tenido la IA hoy en día:



2. ¿QUÉ ES Y CUÁL ES LA UTILIDAD DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL?

Como hemos descrito líneas atrás la evolución de la IA ha sido constante desde sus inicios. Poco a poco, se ha ido extendiendo y ampliando su campo de aplicación, pero ¿qué es la IA?, de acuerdo con D. Bourcier «la inteligencia artificial es una rama de la informá-

tica que intenta replicar las funciones cognitivas humanas como el razonamiento, la memoria, el juicio o la decisión, y luego confía parte de estas habilidades, que consideramos signos de inteligencia, a las computadoras». ³

Este autor destaca las ventajas⁴ más importantes de este proceso son:

- 1) Comunicación hombre-máquina mediante lenguaje natural.
- 2) Reconocimiento de palabras para poder hablar con la máquina, pero también para dejar hablar a la máquina.
- 3) Interpretación de imágenes y
- 4) Creación y uso de sistemas expertos relacionados con áreas de conocimiento altamente especializadas.

De lo anterior es dable considerar que el objeto de la IA es «identificar problemas de procesamiento de información complejos para darles una solución». ⁵

Bajo esta premisa, «la tarea que le espera al operador de IA es diseñar un procedimiento capaz de planificar, utilizando elementos cuidadosamente seleccionados extraídos de la base de conocimiento del mundo en el que opera». ⁶

3 BOURCIER, D. *Inteligencia artificial y derecho*, Barcelona: Editorial UOC, 2003, p. 54

4 BOURCIER, ob cit, p. 56.

5 MARR, D. *La inteligencia artificial: un punto de vista personal*, en Boden, M. A. (compiladora). *Filosofía de la Inteligencia Artificial*. México: Fondo de Cultura Económica, 1994, p. 153.

6 DENNETT, D. C. *Las ruedas de conocimiento: el problema estructural de la IA, en Boden, M. A. (compiladora). Filosofía de la IA*. México: Fondo de Cultura Económica. 1994, p. 176.

Establecido el objetivo, la IA «aísla el problema de procesamiento de información en particular, construye una teoría algorítmica para él, construye una solución para lograrlo y demostrar en la práctica que el algoritmo matemático es apropiado».⁷

Sin embargo, en ocasiones, no siempre es posible lograr buenos resultados incluso cuando se ha establecido una meta. De hecho, «la principal dificultad con la IA es que nunca puedes estar lo suficientemente seguro de que el problema tiene una hipótesis que lo resuelve... Pero que no se encuentre no significa que no exista».⁸

Aunque exista la posibilidad de error, es dable establecer que la funcionalidad y utilidad de la IA son muchas y variadas. Entre ellas, la recolección de datos, la interpretación de imágenes, la creación experta o el reconocimiento de palabras entre otros. Estas son tareas comunes que son de utilidad en los procesos informáticos y que sirven para dar respuestas a problemas complejos.

Por último, es importante destacar que existen actividades intelectuales que requieren el uso de elementos que solo los humanos pueden darles y que las máquinas no pueden aportarles, tal es el caso de las emociones, la conciencia, la intuición, etc. Una máquina tiene una gran capacidad de correlación y almacenamiento, superior al de un humano.

Ahora bien, en el campo del derecho, señala D. Bourcier que la AI ha buscado facilitar la interpretación, mejorar la búsqueda de normativa y de cierta manera ha intentado corregir la ambigüedad del lenguaje jurídico al eliminar la tergiversación del texto mediante el uso de lógica.⁹

7 MARR, ob cit, p. 154.

8 Idem

9 BOURCIER, ob cit, p. 65.

De hecho, el lenguaje representa un campo muy amplio para el trabajo en IA. Así, «los lingüistas computacionales intentan encontrar una teoría del lenguaje computacional. Buscan respuestas a preguntas: ¿Cómo se determina la estructura de las oraciones?, ¿Cómo puede se puede moldear el conocimiento y el razonamiento?, ¿Cómo se puede utilizar el lenguaje para realizar tareas específicas?». ¹⁰

Este proceso es necesario porque encontramos en el uso del lenguaje que los operadores legítimos no se expresan correctamente. Los legisladores hacen leyes confusas, repetitivas, con oraciones muy largas e imprecisas y utilizando de manera incorrecta las reglas de puntuación. En definitiva, la ley es de difícil lectura e interpretación y esta característica por supuesto no exime del cumplimiento de esta, pero también la hace de aplicación sumamente difícil.

Ante estas disyuntivas, encontramos que los operadores jurídicos lamentablemente no se pronunciaron mejor. Las resoluciones que forman sus fallos con contenido que decide otorgar o negar derechos, son en ocasiones difíciles de entender para la mayoría de los justiciables. Incluso en algunos casos, los abogados tienen que leer el contenido completo del fallo en reiteradas ocasiones para poder entenderlos, volviéndose una situación preocupante cuando es necesario recurrir dichos fallos.

Esta situación se réplica también en el Poder Ejecutivo, es raro encontrar un mandato claro, coherente, completo y fácil de comprender.

Ante estos problemas cognitivos, la intervención de la IA en el mundo lingüístico y jurídico resulta de gran utilidad. Un ejemplo es el sistema PROLOG que es «un lenguaje y comprobante de teoremas,

10 GONZÁLEZ Q. M. A. y otros. *Técnicas de inteligencia artificial*. Salamanca: Secretariado de la Universidad de Alicante, 1999, p. 7

que funciona a partir de un problema planteado como predicado y una base de conocimiento organizada como premisas, busca todas las soluciones donde el predicado es verdadero.¹¹

Esta herramienta resulta de gran utilidad, pero es importante manejar de manera adecuada las expresiones, ya que el lenguaje de programación utilizado en el derecho deberá ser similar al utilizado en la norma, ya que éste será el lenguaje de regulación de la conducta de la sociedad, por lo que para programar directamente a la sociedad mediante ordenadores habría solo un peldaño.

Ahora bien, que pasa con el llamado sistema experto, estos sistemas datan de la década de los 70's. Son herramientas de IA que en el campo legal pueden diagnosticar, asesorar o apoyar la toma de decisiones, entre otras cosas, para¹²:

- 1) Asistencia en la decisión.
- 2) Localización de una solución jurídica mediante «reglas válidas».
- 3) Tratamiento de cuestiones de derecho que puedan surgir del problema en debate.
- 4) Ofrecimiento de un medio para proporcionar un resultado válido y justificable jurídicamente.

Como podemos observar, la IA aporta elementos que facilitan y hacen más confiable el trabajo de los operadores jurídicos, pero como señala Bourcier¹³ «las máquinas de pensar solo tratan de una fracción del conocimiento de los juristas, pero lo que, a la interpretación, la íntima convicción o el sentimiento de justicia (se refiere), quedarán

11 Idem

12 Idem

13 Idem

como operaciones axiológicas que en absoluto no podrán ser reproducidas por un ordenador».

Y es que las emociones no pueden traducirse, preverse o contemplarse por un aparato. Lo mismo sucede con el estado de ánimo «que puede verse afectado de acuerdo con la forma en la que percibimos las cosas, la forma en la que interpretamos las conductas de los demás, la predicción del resultado de los actos, la planificación, etc.»¹⁴ Emociones que una computadora no puede sentir por muy avanzado que sea su algoritmo.

En dicha tesitura, no es posible negar las ventajas que ofrece la IA, es más, es imprescindible fomentar su divulgación y beneficio en todo aquello que beneficie y haga más claro y firme el resultado a una problemática.

Ahora bien, ¿Puede un ordenador pensar? Copeland¹⁵ señala que «esto está lejos de ser cierto... sin duda (la IA) consigue programas asombrosos, pero considerémoslos más atentamente y veremos que sus espléndidas presentaciones son, en su mayor parte simuladas». Asimismo, este autor asevera que, si puede o no pensar un ordenador es un asunto filosófico y no técnico, pues «es un supuesto satisfecho común que sólo los seres conscientes pueden pensar... en realidad no es obvio ni mucho menos, que un artefacto no pueda ser consciente... la percepción no tiene por qué ser una actividad consciente».¹⁶

14 SLOMAN, A. *Los motivos, los mecanismos y las emociones*, en Boden M. A. (compiladora). *Filosofía de la IA*. México: Fondo de Cultura Económica, 1994, p. 271

15 COPELAND, J. (1993). *Inteligencia artificial*. Madrid: Alianza Universidad. 1993, p. 64

16 Idem.

Bajo esta idea, las computadoras pueden realizar grandes cosas, pero no tienen la capacidad de reflexionar, porque éstas incluso cuando parecen que están pensando «lo que están haciendo es emplear un proceso conocida como cotejo de patrones».

Además, «nadie ha sabido aún cómo hacer que las computadoras funcionen con algo parecido a la experiencia humana en campos más grandes y menos ordenados, e incluso si fuera posible».¹⁷

La IA tiene dos propósitos principales: «uno es la tecnología; usar computadoras para hacer cosas útiles (a veces usando métodos muy diferentes de la mente). El otro es la ciencia, que implica el uso de conceptos y modelos de IA para ayudar a resolver preguntas sobre humanos y otros seres vivos».¹⁸

La IA tiene la tarea de cumplir con estas dos funciones, no hay duda de que sus capacidades superan las de los humanos, pero en la situación actual debe hacerse presente, porque «la IA ha desafiado nuestras nociones de la humanidad y su futuro. Algunos incluso dudan de que realmente tengamos futuro, ya que predicen que la IA superará a la inteligencia humana en todas las áreas».¹⁹

Como se ha descrito en líneas anteriores, existe una conjunción del pensamiento crítico que coincide en la IA puede ofrecerle al ser humano mayores opciones intelectuales que su propia mente le puede dar.

Derivado de lo anterior, es dable concluir que la mente humana que con todo y sus fallos e imperfecciones es humana, y con ello está

17 COPELAND, ob cit, p. 148

18 BODEN, ob cit, p. 12

19 Idem

dotada de posibilidades como inteligencia, sentido común, voluntad, capacidad de improvisación, etc., que no tiene una computadora.²⁰

En concordancia con lo anterior, en palabras del investigador francés Philippe Dreyfus, «las computadoras son dispositivos analíticos, es decir, funcionan por inferencia a partir de reglas y descripciones de eventos; sin embargo, la pericia (la cualidad de «experto») se basa principalmente en la intuición (inaccesible a las computadoras) y no en el razonamiento; por lo tanto, no se puede esperar que las computadoras operen con la experiencia de expertos humanos.»²¹

De hecho, «la computadora solo puede generar lo que el programador le pone y nada más». Con esta afirmación, el problema quedará resuelto, por lo que entendemos que la inteligencia artificial es una nueva forma de recopilar, organizar y recuperar datos y conocimientos que sigue las reglas de los sistemas expertos previamente establecidos e integrados en un programa, esto debido a que puede manejar una gran variedad de datos y algoritmos, que se han convertido en una herramienta extremadamente útil para los humanos, quienes han logrado un progreso constante, pero aún no es capaz de saber hasta dónde puede llegar.

Por supuesto, los productos de IA deben usarse, pero deben manejarse con cuidado, ya que pueden interferir, incluso con fuerza, con el desarrollo de los derechos humanos de las personas.

20 BUJOSA-VADELL, Lorenzo M. Ética e inteligencia artificial: una mirada desde el proceso jurisdiccional. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Río de Janeiro, V. 23, n.1, p. 733-768, abr. 2022. Disponible en: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/64391> Acceso en 10 abr. 2023.

21 GONZÁLEZ R. E. *Algunas tendencias actuales en filosofía de la inteligencia artificial*, en Negrete J., *De la filosofía a la Inteligencia Artificial*. México: Grupo Noriega editores. 1992, p. 27.

3. DERECHOS FUNDAMENTALES E INTELIGENCIA ARTIFICIAL

Como hemos mencionado, el uso de la IA ha traído una multiplicidad de beneficios, sin hacer referencia a los posibles riesgos que su uso indiscriminado supone para los derechos humanos, el que se acepte como una consecuencia natural, es inevitable, a cambio de las ventajas que ofrece, como la libertad de expresión que incluye el derecho a transmitir o recibir información libremente. Al ejercer este derecho en línea, generalmente confiamos en ciertas plataformas que utilizan inteligencia artificial para hacer que nuestros servicios sean más eficientes.

Este es el caso de los buscadores de información como Google, cuyos algoritmos utilizan inteligencia artificial para optimizar la indexación de la información. Lo mismo ocurre con las plataformas de video como YouTube y las redes sociales como Facebook. Esto significa que estas empresas utilizan la información que proporcionan para personalizar los resultados que obtiene del usuario. Se trata de empresas que tratan de maximizar los resultados, por lo que los algoritmos no tienen en cuenta criterios como la pluralidad de medios de prensa que son fundamentales para las sociedades democráticas, sino las ideas que los usuarios gustan y comparten de alguna manera. Refuerza lo que ya piensas sobre el problema y crea una burbuja de información. En algunos casos, algunos sitios incluso tienen un incentivo para mostrar contenido cada vez más extremo para que los usuarios sigan viendo videos e ingresando enlaces.

Como resultado, la libertad para comunicarse y recibir información libremente se ve comprometida. La información que se recibe está preseleccionada por inteligencia artificial, por lo que en algunos casos es posible que ni siquiera sea consciente de ello. Esto va de la mano con el fenómeno de las «*fakenews*» que pueden ser generadas por reportajes falsos o inteligencia artificial, con consecuencias muy graves para la participación social.

Además, muchas de estas empresas operan con base a la economía de datos, por lo que la inteligencia artificial puede vulnerar los derechos de privacidad. Se ha demostrado que los rasgos humanos sensibles, como las preferencias sexuales o políticas, se derivan de interacciones inicialmente inofensivas en las redes sociales. La aplicación de inteligencia artificial a grandes cantidades de datos puede encontrar patrones y tendencias que son muy difíciles de deducir para los humanos, pero puede ser mucho más efectivo que perfilar erróneamente a las personas, anonimizar los datos o hacer predicciones. Los perfiles, que se pueden crear combinando los datos de una persona para obtener nuevos perfiles, pueden ser fundamentales para la capacidad de una persona para conseguir un trabajo, obtener un seguro de salud u obtener una hipoteca.

Los programas que utilizan inteligencia artificial se presumen como imparciales y se entiende que, al resolver sobre un determinado aspecto, una máquina lo hará de manera más justa. No obstante, esos programas se adiestran con datos que en sí mismos pueden incluir prejuicios reforzando así la discriminación, pero haciéndola más difícil de identificar. Por ejemplo, en Estados Unidos un informe de ProPublica reveló que un programa que se usaba en los tribunales de Estados Unidos para calcular la probabilidad de reincidencia de los acusados de la comisión de un delito utilizaba una fórmula que era particularmente propensa a señalar falsamente a los acusados negros como futuros delincuentes, etiquetándolos erróneamente de esta manera casi el doble de veces que a los acusados blancos y, además, los acusados blancos fueron etiquetados erróneamente como de bajo riesgo con más frecuencia que los acusados negros²². Ni siquiera es necesario que el algoritmo tome un criterio como la raza como factor,

22 BARONA VILAR, S. *Algoritmización del derecho y la justicia. De la IA a la Smart justice*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2016, p. 21).

dado que esto está claramente prohibido, pero se pueden usar otros indicios relacionados (*proxies*) como la dirección para que el resultado sea indirectamente discriminatorio. Otro ejemplo es el de un programa desarrollado por Amazon para buscar talento y filtrar los currículos para la contratación de nuevos empleados que fue descartado por descubrirse que discriminaba a las mujeres²³. Este tipo de programa se usa cada vez más en la contratación, limitando el acceso al mercado laboral para ciertos grupos y potencialmente reforzando en lugar de corregir situaciones históricamente discriminatorias.

Además, dado que estos programas están protegidos por la ley de propiedad intelectual, probar que es víctima de discriminación requiere un escrutinio y, por lo tanto, es difícil apelar contra este tipo de decisiones. Incluso hay algunos que perfeccionan su funcionamiento de manera continua y los estándares que utiliza y la manera de alcanzar a los resultados va cambiando, es lo que se denomina *machine learning*.

Otro derecho que puede verse afectado por el uso indiscriminado de la IA, por ejemplo, en el derecho a la salud, la IA resulta ser una herramienta importante ya que permite el diagnóstico y la predicción de riesgos, la prescripción de tratamientos, la cirugía robótica, la asistencia de telemedicina, el procesamiento de imágenes, las tarjetas de salud, el control de la propagación de enfermedades y más. Sin embargo, el riesgo latente que persiste es la afectación al derecho a la integridad en el tratamiento que la IA puede darle a los datos personales del paciente, el consentimiento así como el control humano sobre las decisiones finales del sistema, etc.²⁴

23 COECKELBERG, M. *Ética de la Inteligencia Artificial*. Madrid: Cátedra. 2021, p 56.

24 ANDRÉS S. B. *El reinicio tecnológico de la Inteligencia Artificial en el servicio público de salud*, *Ius et Scientia* vol. 7, n° 1, 2021, pp. 327-356;

En el campo de la seguridad pública, la IA es muy útil para la autenticación biométrica, el registro de actividades, el análisis de comportamiento, la interceptación y análisis de comunicaciones, la búsqueda de personas desaparecidas y más. Sin embargo, resalta el riesgo del tratamiento masivo de datos personales, resultando preocupante en especial la inteligencia anticipativa con fines de vigilancia policial predictiva, excesivamente dependiente de sesgos discriminatorios.²⁵

En el campo de la educación (personalización de contenidos, evaluación de conocimientos, control del plagio, tutorías y seguimiento, etc.) y el transporte público (gestión de vías y velocidades, semáforos inteligentes, optimización del transporte público, etc.) deriva del uso que se le pueda dar a los datos personales e inferencia con la privacidad de estos. La amenaza se aprecia en la actividad publicitaria con la elaboración de perfiles personales sin transparencia y sin consentimiento de los afectados, lo que, además de atentar contra la privacidad, permite manipular a las personas con ofertas comerciales personalizadas. En el sector de recursos humanos y financieros, la IA tiene gran aceptación para la administración de personal, selección de candidatos, etc., en teoría de un modo objetivo y preciso, pero ocultando que los algoritmos suelen incorporar (o crear) sesgos discriminatorios.²⁶

-
- 25 Ello ha llevado al Parlamento Europeo a aprobar la Resolución de 6 de octubre de 2021, sobre la inteligencia artificial en el Derecho penal y su utilización por las autoridades policiales y judiciales en asuntos penales (2020/2016(INI)), en la que propone la prohibición de este uso de la IA. No consideraremos en este artículo la seguridad militar, que ya cuenta con tratados internacionales. Vid. Corral Hernández, D., «Inteligencia Artificial en la batalla. Un guerrero preciso y letal sin alma ni corazón», *Documento de Opinión IEEE* (Mº de Defensa) 79, 2021, pp. 1-16.
- 26 El riesgo es muy frecuente en el sector financiero, en el que los algoritmos seleccionan candidatos basándose en sesgos que excluyen sin razón objetiva a ciertos sectores de población.

En el sector informativo también existen riesgos, en particular en los «problemas relacionados con el acceso a la información, la desinformación, la discriminación, la libertad de expresión, la privacidad, la alfabetización mediática y la cultura en materia de información»²⁷. La IA puede ser utilizada para limitar la libertad de expresión, para generar información falsa u ofensiva, o para modificar audios e imágenes con gran credibilidad, etc., lo que trae como resultado desinformación que repercute negativamente sobre la limpieza del debate público y los procesos democráticos.²⁸

Es importante mencionar los riesgos derivados del uso de la IA en actividades privadas: sistematización del hogar, asistencia de búsqueda de información o contenidos, trazos de rutas, entrenamiento deportivo, asistencia médica (en línea), etc. Todos ellos implica el tratamiento de datos personales por consiguiente un riesgo para la privacidad, pero pueden además inducir a conductas nocivas para la integridad personal como la automedicación sin control, la modificación de conductas interpersonales, el aislamiento social, etc., que pueden poner en peligro la propia esencia de la persona, en especial la última generación de asistente emocional, que, al imitar capacidades humanas para generar confianza, es capaz de acceder a sentimientos y emociones en la interacción.²⁹

-
- 27 Grupo de Trabajo UNESCO, *Estudio preliminar sobre la ética de la Inteligencia Artificial*, cit., n. 69. «La transparencia y la credibilidad plantean problemas en los casos en los que los consumidores no saben o no pueden saber cuándo el contenido lo generan máquinas, de qué fuentes procede, y en qué medida se ha verificado o es incluso falsa la información, con debates actuales sobre los *deep fakes* o *falsedades profundas* como casos extremos».
- 28 PELAYO G. T. A. *TIC, Inteligencia Artificial y crisis de la democracia*, Quaderns del CAC 44, vol. XXI, 2018, pp. 5-15.
- 29 La Emotional Chatting Machine reconoce emociones del usuario, se retroalimenta con ellas para aprender y ofrece respuestas según las circunstancias

Por último, en la administración de justicia, la IA facilita la sistematización y búsqueda de información jurídica útil para jueces, abogados y para la sociedad en general, y permite la predicción a partir de decisiones judiciales ya adoptadas que podrían ser replicadas, pero sin capacidad de argumentar y garantizar una decisión equitativa, justa, precisa y apropiada, lo que la hace susceptible de «inexactitudes, resultados discriminatorios, sesgos implícitos o incorporados». Agilizar el acceso a la justicia no conlleva una sociedad más justa si no se garantiza que las decisiones del sistema sean correctas.

4. CONCLUSIONES

La inteligencia artificial ya no es sólo un tema de la ciencia ficción que nos haga pensar qué pasará cuando los computadores cobren conciencia de su propia existencia y poder y eliminen a la raza humana de la faz de la tierra, ya lo decía Isaac Asimov en su libro «El círculo vicioso» publicado en marzo de 1942:

Las tres leyes de la robótica son:

- a) Un robot no puede lesionar a un ser humano o, por medio de la inacción, permitir que un ser humano sea lesionado.
- b) Un robot debe obedecer las órdenes dadas por los seres humanos, excepto si estas órdenes entrasen en conflicto con la primera ley.
- c) Un robot debe proteger su propia existencia en la medida que esta protección no sea incompatible con la primera o segunda ley.

del usuario en un intento de suplir la relación verdaderamente humana y en ocasiones le impide que distinga, incluso, si interactúa con una persona o una máquina.

Estas leyes deben ser la base de todo desarrollo de IA, pues el ser humano debe ser el beneficiario de esta tecnología. Los derechos fundamentales son universales, indivisibles, interdependientes e interrelacionados; sin embargo, en la actualidad, se ven potencialmente desintegrados por el uso de tecnologías, en particular las algorítmicas. Ello debido a que la inteligencia artificial involucra tecnología que percibe elementos de su propio entorno humano –incluidos los valores y prejuicios, con la esperanza de lograr con éxito algún objetivo específico, generalmente a través de la réplica de al menos una de las cuatro nociones de inteligencia: desempeño humano, razonamiento, procesos de pensamiento o en la búsqueda de una noción idealizada de racionalidad.

Así, se han visto afectados derechos fundamentales que los grandes operadores tecnológicos en los últimos tiempos tratan de autorregularse, pero al ser insuficiente para la protección razonable y proporcional de los derechos a la libertad de expresión, derecho a la privacidad y datos personales, igualdad y no discriminación, derechos al voto libre y adecuadamente informado, derecho al debido proceso y al acceso a tutela procesal efectiva, derecho de asociación y protesta, derecho al trabajo y acceso a los servicios públicos, entre otros, se requiere que se garantice el interés general. Por eso, cabe preguntarse si la interpretación de una norma se puede traducir en un algoritmo.

De ahí que, le correspondería al Estado regular la labor de los desarrolladores de algoritmos y datos de la tecnología, a fin de que se permita evaluarlos y así facilitar la rendición de cuentas de sus diseños, la responsabilidad a través de las evaluaciones claras de las relaciones causales o cadenas de mando, y la transparencia con respecto a cómo hacen lo que hacen. El funcionamiento interno de las tecnologías de inteligencia artificial debe dejar de ser un constructo complejo, oculto e indiscutible, dado que está al servicio de las personas.

El Estado, como garante del interés general, debe asegurar tanto las creaciones y el desarrollo del internet en beneficio de todos; como también, regular los algoritmos en aras de proteger los derechos de la persona humana y el respeto de su dignidad.

5. BIBLIOGRAFÍA

- ANDRÉS S. B. *El reinicio tecnológico de la Inteligencia Artificial en el servicio público de salud*, *Ius et Scientia*, 2021, pp. 327-356;
- BARRIOS, A., *Derecho de los Robots*, España, 2020, pág. 72
- BARONA VILAR, S. *Algoritmización del derecho y la justicia. De la IA a la Smart justice*. Valencia, 2016, p. 21.
- BOURCIER, D. *Inteligencia artificial y derecho*, Barcelona, 2003, p. 54
- COECKELBERG, M. *Ética de la Inteligencia Artificial*. Madrid, 2021, p 56.
- COPELAND, J. (1993). *Inteligencia artificial*. Madrid. 1993, p. 64)
- DENNETT, D. C. *Las ruedas de conocimiento: el problema estructural de la IA*, en Boden, M. A. (compiladora). *Filosofía de la IA*. México, 1994, p. 176.
- GONZÁLEZ Q. M. A. y otros. *Técnicas de inteligencia artificial*. Salamanca, 1999, p. 7
- GONZÁLEZ R. E. *Algunas tendencias actuales en filosofía de la inteligencia artificial*, en Negrete J., *De la filosofía a la Inteligencia Artificial*. México, 1992, p. 27.
- MARR, D. *La inteligencia artificial: un punto de vista personal*, en Boden, M. A. (compiladora). *Filosofía de la Inteligencia Artificial*. México, 1994, p. 153.
- SLOMAN, A. *Los motivos, los mecanismos y las emociones*, en Boden M. A. (compiladora). *Filosofía de la IA*. México, 1994, p. 271

EL FUTURO DE LA JURISDICCIÓN. POR UN EQUILIBRIO ENTRE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y LA MOTIVACIÓN DE SENTENCIAS

THE FUTURE OF ADJUDICATION: BALANCE BETWEEN ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND JUDICIAL JUSTIFICATION

CHRISTIAN A. DELGADO SUÁREZ

Profesor del Departamento de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Escuela de Posgrado en las Maestrías en Derecho Procesal y en Política Jurisdiccional. Abogado

Fecha de recepción: 18 de abril de 2023

Fecha de aceptación: 2 de junio de 2023

RESUMEN: El presente ensayo aborda de manera interdisciplinaria y transdisciplinaria las relaciones entre jurisdicción, como poder y deber del Estado de tutelar judicialmente los derechos a través de la interpretación de los textos normativos, y el apabullante uso de la inteligencia artificial como mecanismo facilitador de producción en serie y artificial de las mismas decisiones judiciales que tutelan derechos. El problema pasa por poner en destaque el uso desmedido de estas tecnologías y proponer como elemento catalizador la regulación de dicho mecanismo y la delimitación de los ámbitos o espacios en el que el juez podrá valerse de tal método.

PALABRAS-CLAVE: Jurisdicción. Motivación de sentencias. Tecnología. Inteligencia artificial. Chat-GPT.

ABSTRACT: This essay addresses in an interdisciplinary and transdisciplinary methodology the relationship between adjudication [as the public power to judicially protect rights] and the overwhelming use of artificial intelligence as a facilitating mechanism for the serial and artificial production of the very judicial decisions that protect these rights. The problem we will try to describe and solve deals with the excessive use of these technologies and the potential threat to humanity involving adjudication. We seek to shed a light on a potential solution by regulating and delimitating the judicial tasks, scopes or spaces where judges could be allowed to use this method.

KEYWORDS: Adjudication. Judicial decision making. Technology. Artificial Intelligence. Chat-GPT.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Presupuestos teóricos de la función de la jurisdicción. 2.1. Motivación de las decisiones judiciales como labor intelectual humana. 3. El giro tecnológico en el proceso judicial: inteligencia artificial. 3.1. La fuga hacia el recurso tecnológico. 4. Factores limitativos al uso de la inteligencia artificial. Una bitácora de propuestas. 5. Conclusiones. 6. Referencias bibliográficas.

Will AI replace adjudication?

Answer: It is unlikely that artificial intelligence (AI) will completely replace adjudication, which is the legal process of resolving disputes and making decisions in court or administrative proceedings.

While AI has advanced significantly in recent years and can automate certain tasks, such as document review and legal research, it still lacks the judgment and reasoning abilities that are necessary for making complex legal decisions. Adjudication requires a deep understanding of the law, legal precedents, and the facts of each individual case, as well as the ability to weigh competing interests and consider ethical and moral considerations.

Furthermore, the legal system is deeply embedded in social and political systems, and any changes to the legal process would require significant societal and institutional changes.

In summary, AI may assist and streamline some aspects of adjudication, but it is unlikely to fully replace human judges and decision-makers.¹

1. Chat-GPT. Will AI replace adjudication? Consulta hecha en OpenAI vía aplicativo Chat-GPT el 13.04.23.

1. INTRODUCCIÓN

El presente ensayo es elaborado en el marco de las XVII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal a celebrarse en la ciudad de Porto Alegre, Brasil, con ocasión del concurso y convocatoria a comunicaciones libres a ser realizada en dicho certamen. Mediante una metodología interdisciplinaria, el ensayo transita por conceptos de derecho procesal, derecho constitucional y teoría general del derecho, para visitar de forma actual conceptos relativos a la jurisdicción y motivación de sentencias y, luego, enfoca los reflectores brevemente a otras ciencias del conocimiento humano, precisamente la inteligencia artificial como dominio de las ciencias de la computación y tecnología. Con esto, se puede apreciar el espacio compartido no solo de disciplinas, sino de más de un tema que será tratado en este evento académico.

Esta metodología permitirá dar coherencia narrativa y temática a uno de los temas más paradigmáticos en lo que va del reciente desarrollo de la jurisdicción y tecnología: la posibilidad de pensar en funciones humanas dedicadas a la creación y producción de decisiones judiciales sustituida en parte o totalmente por aditamentos tecnológicos de producción artificial de decisiones. Ciertamente, el avance de la tecnología ha impactado desde hace mucho al proceso judicial², pero la gran problemática que trataremos puntualmente tiene que ver

-
- 2 Y aquí el elenco de uso de tecnología en el proceso es vasto, tales como: i) motores de búsqueda de jurisprudencia; ii) motores de búsqueda de casos judiciales o *case tracking*; iii) notificaciones electrónicas; iv) edictos electrónicos; v) embargos electrónicos; vi) implementación de expedientes judiciales digitales; vii) prueba científica y, recientemente; viii) aplicativos de transmisión virtual y remota; ix) aplicativos o *software* basados en inteligencia artificial para previsión de casos, simulación de casos o análisis de posibles escenarios.

con el notorio uso desmedido de esta técnica y la fuga del juez de su misma función de adjudicar. Realizaremos una excursión breve desde la incorporación de juzgados o juzgadores completamente virtuales y artificiales, la implementación de programas de selección artificial de recursos o medios impugnatorios, hasta el ahora cotidiano Chat-GPT como elemento experimental para elaborar y redactar sentencias en la resolución de conflictos de toda índole.

La fascinación de esta no tan nueva tecnología puede llevar a la desnaturalización del papel del juez, con rostro humano, a la situación de un operador de derecho dependiente de implementos tecnológicos en la búsqueda de la celeridad o eficiencia procesal. Creemos, desde un ámbito práctico y teórico, que semejante empeño podría suponer, en realidad, una brecha tecnológica aun más grande en países en vías de desarrollo y, lo peor, una justicia impartida que solo alivia en cantidad, pero no necesariamente en calidad de la producción de decisiones judiciales.

Plantearemos, luego de relatar esa problemática, una propuesta teórica de solución, la cual pasa por identificar en qué ámbitos podría la inteligencia artificial complementar la labor del juez y en qué otros no, para, finalmente, pavimentar el camino hacia la tesis de sustentar una dependencia judicial a la tecnología que determinaría la misma renuncia a la función humana de juzgar.

Sin embargo, existe una justificación contextual y teórica de esta temática y problema planteado. Veamos.

Precisamente durante la segunda mitad del siglo pasado, Isaac Asimov trajo al imaginario social la idea fascinante de que el razonamiento humano podría ser emulado, imitado o replicado por entidades no humanas, superando de esta forma lo que se endosaba a la idea de humanidad: el pensar, razonar y sentir. En realidad, en su célebre obra *Yo, Robot*, Asimov nos permitió entender que el mismo ser humano podría enseñar a máquinas – artificios – a pensar y razonar de

forma autónoma, guiado por algunos principios que inhibirían a estas nuevas entidades a gozar o ganar de libre albedrío. Aquí trazamos un puente comunicante con estas referencias a la ciencia y tecnología con el derecho procesal³.

La temática de ensayo y su problemática estarían resueltas seguramente con el elemento pre-textual citado en el introito del ensayo consultado al aplicativo Chat-GPT. Y este mismo ejercicio deliberadamente realizado quiere, además, reivindicar que más allá de servir como una respuesta generada artificialmente, la sola elaboración de este ensayo justificando el problema y argumentando su respuesta, ciertamente es algo que un elemento no humano no podría ejecutar. Este ensayo toma el reduccionismo o minimalismo en la respuesta dada por el artificio mencionado para exactamente probar que la creación de contenido y elaboración de argumentos escapa del radio de actuación de un *software*, por el momento.

Sin embargo, una advertencia. Este no es un ensayo más sobre inteligencia artificial y derecho, o sobre el relato cotidiano de la utilización de un programa o *software*. Este ensayo transita por fino espacio gris de comunión o exclusión de la tecnología en el proceso para, luego, elaborar propuestas de regular o limitar la aplicación de programas de inteligencia artificial en el proceso. El ensayo parte de conceptos teóricos muy estables a nivel dogmático para revisarlos o

3 Para un estudio relacionado a precedentes vinculantes e inteligencia artificial, ver, DELGADO, Christian. Precedentes vinculantes e inteligencia artificial: ¿Hacia un *automated law*? En: Libro de ponencias de artículos ganadores. XVI Congreso Mundial de Derecho Procesal, Kobe, 2019, p. 66-88. Previamente, el tema de la motivación de las sentencias fue tratado desde una perspectiva social en, DELGADO, Christian. La motivación de las resoluciones como medio de acercamiento del juez a las partes y al ciudadano. En: Diálogo con la Jurisprudencia, vol. 119, Lima, Gaceta Jurídica, 2011.

repensarlos a la luz de otras ramas del derecho y otros conocimientos humanos, como la tecnología y ciencias de la computación.

2. PRESUPUESTOS TEÓRICOS DE LA JURISDICCIÓN

Hablar de jurisdicción desde el perfil práctico u operativo en realidad no tuvo como función originaria ser una actividad interpretativa por la cual se tutelasen derechos y se resolviese un conflicto de intereses. En realidad, las tesis en torno al concepto o naturaleza jurídica de la jurisdicción originadas a inicios del siglo XX han sufrido una crucial transformación con el aporte de la hermenéutica en la actividad judicial. De la idea de CHIOVENDA de actuar la voluntad concreta de la ley⁴, a la tesis de CARNELUTTI de la justa composición de la litis⁵, a la definición de MONROY GÁLVEZ, como siendo esta un poder deber atribuido al Estado para resolver conflictos⁶, dichas teorías han elevado la mirada tal vez a la consecuencia de tal función y no al método de cómo esta se ejecuta.

Sin el menor ánimo de hacer un recuento histórico, por la extensión y precisión de este ensayo, podemos resaltar dos conceptos. MARINONI, por ejemplo, atribuye a la jurisdicción un papel desde la perspectiva constitucional, indicando que primero esta función pasa por una explicación de ser una forma de tutela de los derechos la que, inclusive, frente a la ausencia o insuficiencia normativa del texto legal, el juez puede crear una técnica al caso concreto para lograr esta fina-

4 CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene, 1965, p. 83.

5 CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Derecho Procesal*. Buenos Aires: UTEHA, 1944, Tomo I, pp. 11-46.

6 MONROY GÁLVEZ, Juan. *Introducción al Proceso Civil*. Bogotá: Temis, 1996, p. 181.

lidad de protección⁷. Es decir, no se advierte un compromiso mudo a la palabra del legislador.

Por su lado, sabemos que Michele Taruffo basó gran parte de su obra académica en tratar cuestiones relacionadas a la decisión judicial desde una perspectiva de su motivación y justificación, transitando por la labor argumentativa que supone exteriorizar el razonamiento probatorio en la parte considerativa de las sentencias. Por lo tanto, a la idea de jurisdicción [que es construida con el desarrollo de otros tópicos como teoría de la prueba o motivación de las sentencias] Taruffo desarrolla un papel del juez – y de su deber de jurisdicción – como un operador de razonamiento jurídico y judicial que reivindica el derecho mismo⁸. Para ello, el autor de este modelo se decanta en una serie de factores que pueden materializar ese razonamiento judicial ínsito a la labor de jurisdicción, tales como las garantías de racionalidad, razonabilidad, aceptabilidad y posibilidad de un control de la decisión judicial, las cuales ya eran preocupaciones de Taruffo en torno a la generalización y abstracción del uso de la inteligencia artificial⁹.

Si bien se puede afirmar que ambas teorías medianamente descritas son complementarias, mas no excluyentes, quiero resaltar que, al momento de la elaboración de estas tesis [no del todo antiguas, por

7 MARINONI, Luiz Guilherme. Del control de la insuficiencia de la tutela normativa a los derechos fundamentales procesales. En: *Revista Ius et Praxis*. Universidad de Talca, Año 20, vol. I, 2014, p. 339.

8 ARÁMBURO, Maximiliano. Los anteojos de Taruffo: Una concepción de la jurisdicción. En: *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, vol. 44, 2021, p. 81.

9 Es por eso que en un trabajo fundacional sobre el asunto discutido aquí y ahora, el profesor Taruffo ya se mostraba en contra de la generalización y uniformización abstracta a la que podría llevar un uso acrítico de la inteligencia artificial. Ver, TARUFFO, Michele. *Judicial decisions and artificial intelligence*. En: *Artificial Intelligence and Law*. Vol. 6, pp. 311-324.

cierto] aun no se pensaba en la magnitud o impacto que tendría en el quehacer judicial la irrupción de nuevas tecnologías con miras a suplantar en gran parte la labor intelectual del juez de dar sentido y contenido al derecho. Y es aquí donde más adelante radicará la problemática.

2.1. *Motivación de las decisiones judiciales como una labor intelectual humana*

Quien se adentra al proceso encuentra cierta situación de incertidumbre al darle contenido o significación a lo que se entiende por deber de motivar. Casualmente el estudio de la motivación ha sido indebidamente aparejado al estudio de la decisión o del *giudicato*¹⁰, como si entre los términos o acepciones de *motivare* y *decidere* existiere alguna equiparación o relación de genero a especie o, peor aún, de dependencia.

El *horror vacui* – o miedo al vacío – experimentado por el procesalista en estos áridos temas de la motivación encuentra su origen en el hecho de que la motivación en sí corresponde a la teoría de la decisión judicial y de la estructura de la misma. Por cierto, este filón no es exclusiva y excluyentemente *procesal* siendo *procesal* tan sólo el ámbito en donde se aplica o donde culmina una decisión. Antes de ello, la motivación de sentencias es tratada desde diferentes ámbitos, como el constitucional, filosófico o de teoría general del derecho e, inclusive, recientemente re-descubierta, desde la psicología del operador jurídico y su comportamiento.

A entender de TARUFFO¹¹, esta labor se presenta un tanto compleja que contiene ángulos a nivel filosófico, psicológico y político.

10 TARUFFO, Michele. La motivación de la sentencia civil. Madrid: Trotta, 2011, p. 31.

11 TARUFFO, Michele. La motivación de la sentencia civil, p. 27.

Ello determina que el estudio de la motivación y, por ende, de la estructura de la decisión judicial fluctúe entre estos ámbitos, tornando este tema en un objeto que apunta a más de un dominio o área del derecho o, incluso, del conocimiento humano.

El acercamiento a la motivación de la sentencia se torna más crítico cuando lo que se intenta es definir la naturaleza de este deber con la enumeración de los requisitos de validez de la sentencia, confundiendo groseramente que para que la sentencia esté bien motivada, debe reunir los requisitos estipulados en la norma de cualquier código procesal civil, sin tener en cuenta que este contenido tanto corresponde a la parte expositiva, considerativa y decisoria, por lo que se incurriría en un error metodológico y de la propia naturaleza de las cosas definir el concepto de una entidad en base a sus características. Si yo pregunto ¿qué es una naranja? no esperaría por respuesta el hecho de que una naranja sea de color naranja, dulce y tenga una piel áspera rugosa, sino, de que sea una fruta cítrica de la especie *citrus sinensis*.

La doctrina y jurisprudencia se han encargado de definir a la motivación como el acto por el cual se expresan los motivos o las razones de decidir o del *iter* lógico seguido por el juez para llegar a la decisión. Asimismo, de forma casi deductiva se ha llegado a definir a la motivación como aquella parte de la sentencia que no es ni expositiva y ni decisoria, como si las definiciones por exclusión o descarte realmente nos dieran indicios o definiciones del objeto que estamos discriminando de los objetos que no son. A nivel conceptual, estas definiciones constituyen proto-definiciones o rutas a seguir para indagar lo más importante en este tema altamente debatido: su contenido y forma de producción a través del intelecto humano.

No es casual que a nivel semántico la equivocidad o plurisignificación de los signos lingüísticos – o palabras – haga que las definiciones como la ahora retratada carezcan de contenido o funcionalidad.

Más allá de indagar el qué es el motivar, hoy se exige mayor rigor en el cómo motivar. A ello nos embarcamos en este estudio y no a presentar una definición acabada o particular de la motivación.

Ahora bien, parte de la dificultad de lo hasta ahora afirmado recae en la utilización del silogismo como principal técnica argumentativa y ello para conferir algún tipo de racionalidad a la motivación y evitar que se constituya como mero acto volitivo de arbitrio del juez o en mero devaneo interpretativo. Este modelo pecó de excesivo simplismo y fue por ello que se califica como práctica semi-racional, inclusive siendo un modelo de mera automatización en la creación de una motivación judicial. Percíbese cómo aun a este nivel se habla de estructura de la decisión judicial (silogismo), dejando de lado el tema de la motivación propiamente dicha. Tal vez este modelo ultra positivista de realizar la motivación o creación de una decisión judicial llevó a la atractiva idea de que podría ser automatizada por un programa tecnológico, desde que le adicione alguna información o *data* y ciertas ecuaciones [o algoritmos] para su elección.

Si la motivación como actividad intelectual del juez comprende hoy en día el otorgamiento de sentido a los hechos y al ordenamiento jurídico aplicado al caso concreto [independientemente por ahora de la fuente de derecho elegida] cabe entonces preguntarse si la labor de decisión del juez [de análisis particular de casos complejos, por ejemplo] pueda ser sustituida por un artificio tecnológico que prometa infalibilidad.

Una primera aproximación a este *perfil funcional o metodológico* de la motivación pasa por advertir que el esquema abstracto del silogismo fue minado o puesto en crisis por aquellas corrientes que combaten el uso de estos instrumentos inherentes a una corriente positivista¹². En efecto, la constatación empírica o práctica nos invita

12 TARUFFO, Michele. La motivación de la sentencia civil, p. 34.

a reflexionar de que el silogismo no responde satisfactoriamente – en realidad ni siquiera calza – a otros elementos que la decisión necesita o amerita, tales como la interpretación e integración de disposiciones abiertas, vagas, ambiguas o, inclusive, insuficientes.

De forma comparada, en los países adscritos a la tradición del *common law* esta práctica deductiva lógica silogística no fue bien aceptada ni por el realismo norteamericano y, a nivel de *civil law*, ni por el realismo escandinavo, ya que sólo en la tradición continental heredera de la influencia post-revolucionaria francesa, la técnica silogística sirvió muy bien para combatir determinada *irracionalidad* plasmada en las decisiones judiciales. Como sabemos, el principio de legalidad sirvió adecuadamente para restringir al máximo cualquier intento de otorgar significado al documento normativo, más allá de la *voluntad del legislador*.

En este punto se hace necesario revisar algunos conceptos ofrecidos por referentes estudiosos del proceso civil.

PICÓ I JUNOY¹³ afirma que la obligación de fundamentar las sentencias no puede considerarse cumplida con la mera emisión de una declaración de voluntad del juzgador, sino que el deber de motivación que la Constitución y ley exigen impone que la decisión judicial esté precedida de la argumentación que la fundamente. Y afirmamos que en esta definición puede encontrarse el primer peldaño para lo que desarrollaremos de forma posterior. La argumentación que se plasma en la decisión judicial, como acto intelectual de dar razones, justificarlas y ponderarlas, es un mecanismo intelectual sofisticado que no solo puede responder al resultado que un algoritmo pueda generar o producir. Esto permite ubicar un germen para comenzar a delimitar

13 PICÓ I JUNOY, Joan. Las garantías constitucionales del proceso. Barcelona, José María Bosch Editor, 1997, p. 60.

los espacios en donde la inteligencia artificial podría ser usada o cómo debiera ser utilizada en el ámbito judicial.

Sin embargo, el teórico español afirma posteriormente que, en cualquier caso, la motivación de las sentencias debe necesariamente atender al sistema de fuentes normativas, esto es, tiene que fundarse en derecho. Nuevamente, la bitácora propuesta por el profesor Picó i Junoy resulta funcional y útil dado que revela una carga argumentativa y racional al momento de motivar la sentencia, y ello teniendo como primer bastión de racionalidad o de elemento cierto a las fuentes del derecho, los cuales deben partir, acreditamos, de un origen intelectual humano.

GONZÁLEZ PÉREZ¹⁴ identifica que la sentencia debe exponer los motivos en que se funda. Interesante advertir en tal afirmación que se hace la remisión directa al contenido de la motivación sin explicitar el cómo motivar.

Prosigue afirmando que la exigencia del principio de tutela jurisdiccional y su razón de ser descansa en la interdicción de la arbitrariedad, debiendo ser una decisión razonada en derecho. Nuevamente, en este punto se advierte una equiparación casi subliminal entre la *motivación* y la *decisión* cayendo nuevamente en la proto-definición de que la motivación consiste en sustentar la decisión de una sentencia.

El profesor peruano MONROY GÁLVEZ¹⁵ indica que la motivación de las sentencias comprende una exigencia dirigida al juez en el sentido que debe fundamentar todas y cada una de sus decisiones. Nuevamente, apreciamos que el contenido de la motivación para el

14 González Pérez, Jesús. El derecho a la tutela jurisdiccional. 3ª ed. Madrid, Civitas, 2001, p. 269.

15 MONROY GÁLVEZ, Juan. Introducción al proceso civil. Bogotá: Temis, 1996, p. 85.

profesor peruano es el qué es el motivar, entendiendo para ello la fundamentación con argumentos de hecho y de derecho. Sin embargo, la definición del *qué* es motivar debe dar paso al *cómo* motivar considerando que las definiciones de la motivación de la sentencia son antecedidas por perspectivas filosóficas, políticas y constitucionales, sobre las cuales, al existir una alta carga de elementos adscriptivos de sentido, generaría disenso entre la propia doctrina.

De forma más reciente, se encuentra la elaboración de MARINONI, SARLET y MITIDIERO¹⁶, quienes investigando el contenido del deber de motivación en el Estado Constitucional los tres coinciden en algo importante dado que el contenido ofrecido al deber de motivación se concentra en el cómo se procede a motivar. De tal forma, siguiendo la línea de los profesores brasileiros mencionados, afirman que la motivación requiere en su articulación mínima, a) la enunciación de las elecciones desarrolladas por el órgano jurisdiccional para; a.1) individualizar las normas aplicables; a.2) declarar las alegaciones de hecho; a.3) calificar jurídicamente el soporte fáctico; a.4) determinar las consecuencias jurídicas derivadas de la calificación jurídica del hecho; b) el contexto de los nexos de implicancia y coherencia entre tales enunciados y; c) la justificación de los enunciados en base a criterios que evidencian corresponderse con las elecciones interpretativas del juez.

Como es posible apreciar, la definición otorgada más allá de revelar una naturaleza jurídica del instituto tratado invita a indagar en la mecánica o en la funcionalidad o forma de *cómo* se motiva. De tal forma, la carga argumentativa revelada en dicha definición o modelo se acerca un poco más a la idea de motivación de sentencias de origen humano que pretendemos reivindicar en el presente breve ensayo.

16 SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de direito constitucional. São Paulo, RT, 2012, p. 665.

Sin embargo, creemos que este modelo tampoco contiene la mención explícita al factor humano en la creación de esta decisión judicial [o cualquier otra con carga considerativa] o, cuando menos, nos atrevemos a decir que para el momento del desarrollo de estas tesis, la naturaleza humana implícita en estas definiciones pasó por una presuposición de que no podríamos enfrentar una particular situación como la de formulación de respuestas o posibles escenarios planteados por un programa computacional a raíz de repetición o simulación de supuestos de hechos en un lapso. Esto impone actualizar o detallar el perfil conceptual de la motivación y realizar un divisor de aguas: i) o se excluye totalmente la rampante incursión de la inteligencia artificial como sustituto del razonamiento humano judicial o; ii) se disciplina, elige y regula en qué medida, extensión y cómo se podría aplicar esta técnica computacional.

Por tal motivo, no hace daño reafirmar, redescubrir y reivindicar en este concepto de motivación – como concepto moldeable en cada ordenamiento jurídico de cada país – el elemento humano, puesto que sin visualizar si quiera este avance tecnológico, CALAMANDREI en su famosa conferencia *Giustizia e Politica* compendiada en el texto *Processo e Democrazia* nos recordaba el concepto humano del término sentencia, explicando su origen latín, cual es, *sententiae* como sustantivo del verbo en latín, *sentire*¹⁷.

Esbozando algunas premisas de cuño conclusivo del presente ítem, cabe mencionar que la insuficiencia funcional del silogismo propio de un modelo jurisdiccional netamente positivista conllevó a investigar otras técnicas argumentativas basadas en otras fuentes del derecho, lo cual produjo que sólo hasta hace poco las jurisdicciones del *civil law* admitieran como normal – o, de repente, necesario – el

17 CALAMANDREI, Piero. *Giustizia e Política: sentenza e sentimento*. En: *Processo e democrazia*. Padova, 1954, p. 43-66.

uso de los precedentes. Este punto amerita particular atención en otra sede dado que tampoco se hizo esperar la introducción de la inteligencia artificial incluso en la elaboración de precedentes vinculantes.

3. EL GIRO TECNOLÓGICO EN EL PROCESO JUDICIAL: INTELIGENCIA ARTIFICIAL

Aproximarse a la inteligencia artificial es un empeño que ciertamente, por el contenido, extensión y aplicabilidad, merecería una serie de investigaciones de mayor aliento. Por esto, para finalidades prácticas del presente ensayo, presentaremos una definición aplicada directamente al ámbito jurídico.

Bajo una definición simple y directa, HENRY afirma que la inteligencia artificial es el ámbito de estudio de toda teoría y técnica computacional que permite o posibilita percibir, razonar y actuar a una entidad no humana y basada en tecnología de computación¹⁸. En el contexto europeo, el Proyecto de Regulación de la Inteligencia Artificial de la Unión Europea lo define como aquella técnica de aprendizaje de máquinas que incluye aprendizaje supervisado y reforzado utilizando una serie de métodos, incluido el *Deep learning*. Esta definición, además, utiliza conocimiento básico informativo el cual a través de algoritmos de programación, realización deducciones o inducciones emulando razonamientos intelectuales humanos¹⁹.

Ya en el derecho, en un trabajo fundacional sobre el tema, ASHLEY afirma que el objetivo de toda la investigación sobre intelligen-

18 HENRY WINSTON, Patrick. *Artificial Intelligence*. 3a Ed. Nueva York, Addison Wesley, 1992, p. 5.

19 EUROPEAN COMMISSION (EU). *Regulation of the European Parliament and of the Council, Artificial Intelligence Act*, 2021.

cia artificial y derecho tiene que ver con el desarrollo de sistemas que permitan elaborar argumentos legales y usarlos para predecir resultados de disputas legales²⁰. De ello, un sistema de aprendizaje de máquina (*computational machine learning*) implementa un proceso evidenciando atributos del razonamiento legal humano. Este proceso puede involucrar, relata el profesor de la Universidad de Pittsburgh, el análisis de una situación de hecho y la respuesta potencial, prediciendo con ello un resultado o generando un argumento. Ahora bien, el punto neurálgico que está llevando a ingenieros y profesionales legales al punto de convergencia es cómo permitir que un programa de computación decida aplicar o formular cuál resultado en función de distinguir un caso difícil de uno fácil.

No obstante, el contexto de discusión de la inteligencia artificial en el derecho, de acuerdo a SUSSKIND, ha pasado por una «primera ola» y una «segunda ola»²¹, posicionándonos para los efectos de este ensayo en el último de estos movimientos que aborda la elaboración de predicciones de casos conflictivos. Esto trae consigo un impacto profundo en el acontecer procesal y del litigio en general, posibilitando que estos aditamentos procesen una cantidad ingente de documentos y otra *data* legal, como normas legales, jurisprudencia, doctrina, etc.

Sin embargo, recientemente no solo a nivel nacional, sino, a nivel internacional, el uso de la inteligencia artificial y sus modalidades ha revelado una potencial fuga o dependencia al recurso tecnológico.

20 ASHLEY, Kevin. *Artificial Intelligence and Legal Analytics*. Cambridge, Cambridge University Press, 2017, p. 4.

21 SUSSKIND, Richard. *Online Courts and the Future of Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2019, p. 271. Sin embargo, el autor citado deja el camino aun para responder las preguntas que subyacen al uso de esta tecnología. Concretamente, ¿es técnica, moral, aceptable, comercial y éticamente posible pensar en la sustitución total del juez por máquinas?

Solo de forma enunciativa, a nivel peruano podemos encontrar, en escala de complejidad, los siguientes:

- a) Notificaciones y comunicaciones digitales.
- b) Expedientes judiciales electrónicos, totalmente digitalizados e interactivos.
- c) Motores de búsqueda de jurisprudencia seleccionada, a través de filtrado de información.
- d) *Chat-bots* institucionales para la absolución de consultas sobre el estado de expedientes judiciales.
- e) Programas de evaluación de riesgos.
- f) Aplicativo *Chat-GPT* como herramienta de generación de respuestas a consultas legales, en función de alimentación de información.

Sin ir muy lejos, a nivel regional, Brasil ha implementado un sistema de selección de recursos ante la Corte Suprema, bautizado con el nombre de Vitor, el cual analiza los recursos extraordinarios interpuestos al Supremo Tribunal Federal para, en función de la información pasada y cargada al sistema, admita a trámite o rechace los recursos interpuestos.

A nivel europeo Estonia ha desarrollado un programa piloto de juez *robot* requerido por el Ministro de Justicia para resolver controversias de cuantía mínima menores a 7 mil euros.

En Canadá se promulgó una directiva para la producción de decisiones automatizada para asistir a entidades gubernamentales en el reemplazo de actividades administrativas que no revistan complejidad.

Y ahí donde parezca noticia cotidiana, el sistema judicial peruano no fue ajeno a la utilidad [o ¿moda?] de la utilización del software conocido como *Chat-GPT*. En efecto, en el proceso de ali-

mentos signado con el número 00052-2022-18-3002 en el Juzgado de Paz Letrado de San Juan de Lurigancho, el juez utilizó la herramienta para consultar el cálculo de la cuota mensual de alimentos que debería ser fijada al demandado. Más allá del aparente carácter lúdico de utilizar este aplicativo basado en inteligencia artificial, se reveló que lo realmente ejecutado fue un cálculo matemático para la cuantificación de tal deuda alimentaria, lo que fácilmente podría haber sido realizado con otros implementos aritmético-tecnológico existentes²².

Esto, analizado en conjunto, autoriza el cuestionamiento –o, al menos, duda– de si estamos ingresando a un espacio aun no conocido y si existirían factores de riesgo, factores limitativos o de otra índole que pudiesen no solo obstaculizar la ejecución o *performance* de estas tecnologías. En verdad, la posibilidad de corromper estos sistemas, hackearlos o fiarnos de respuestas basadas en informaciones equivocadas o sesgadas²³, nos hace afirmar que la fuga al recurso tecnológico en ámbitos judiciales podría llevarnos a una injusticia digital.

22 Por lo tanto, estamos lejos inclusive de darle un uso adecuado a la inteligencia artificial en la medida que el experimento no debe ser guiado por lo *mainstream* que puede significar utilizar esto y publicar su uso o resultado. Si para cuestiones tan aritméticas recurrimos o fugamos a estas herramientas, tal vez estamos desaprovechando su real uso o, peor, permitiendo la renuncia o delegación de toda función judicial a un *software*. Al parecer de Pérez Ragone, los jueces no serán reemplazados por tecnologías artificiales porque hay muchos factores que afectan la toma de decisiones judiciales. Ver, Pérez Ragone, Álvaro. Justicia Artificial: Oportunidades y Desafíos. En: Libro de ponencias de artículos ganadores, XVI Congreso Mundial de Derecho Procesal. Kobe, 2019, p. 101.

23 Park, Joshua. Your Honor, IA. En: Harvard International Review. Abril, 2020, Disponible en: <https://hir.harvard.edu/your-honor-ai/>

4. FACTORES LIMITATIVOS AL USO DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL. UNA BITÁCORA DE PROPUESTAS

Si bien el uso de la inteligencia artificial puede generar, en cierta medida, más seguridad, coherencia e igualdad al desestimular el litigio contrario a los fundamentos e interpretaciones tomadas por jueces en su independencia judicial, a la vez, entre *Escila y Caribdis*, esta misma tecnología traería consecuencias no deseadas si su uso se generaliza o si se toma esto como un suplemento a la actividad judicial humana.

La ecuación matemática programada [algoritmo] podría estar mal elaborada, incorrectamente formulada o haber sido alimentada con información seleccionada y sesgada. Si los códigos-fuente no son diseñados correctamente, el proceso de generación de respuesta o argumento puede arrojar un resultado incorrecto desde el ángulo legal.

Aun a nivel técnico, son seres humanos [programadores, ingenieros, informáticos] los que nutren al sistema de información y los que diseñan los algoritmos. De forma derivada del problema antecedente, si son seres humanos los controladores y selectores de la información, esto puede posibilitar que, desde la estructuración del sistema, existan sesgos cognitivos que podrían derivar en pre-conceptos o pre-juzgamientos²⁴.

Otro factor limitativo al uso generalizado o indiscriminado de esta tecnología recae en las políticas de buen gobierno y transparencia

24 Como las desviaciones ya presentadas por inteligencias artificiales en Estados Unidos sobre predicción de criminalidad en un porcentaje mayor en la población afroamericana o latina. Véase, Verma, Prashnu. These robots were trained on AI. They became racist and sexist. The Washington Post. Edición digital del 16.07.2022. Disponible en: <https://www.washingtonpost.com/technology/2022/07/16/racist-robots-ai/>

pública. Ciertamente, la impartición de justicia debe ser transparente. Garantías constitucionales como la publicidad de los procesos marcan una pauta en lo que respecta a la visibilidad de todo el *iter* procesal, actividad procesal y la transparencia en la utilización de los recursos o fuentes para llevar adelante esta forma de tutela. Sin embargo, si hay algo que caracteriza a estos sistemas de inteligencia artificial y su contenido, es que el mismo debe ser encriptado y gozar de intangibilidad. La seguridad del mismo implemento podría estar comprometida si, por fuerza de la transparencia pública, los funcionarios estatales y los sujetos de derecho privado pudiesen reclamar conocer dichos códigos-fuente o data alimentada en estos sistemas.

El resultado del diálogo convergente entre el derecho y la tecnología podrían darnos luces respecto de estos problemas antes mencionados. Pero, la teoría procesal es la llamada necesariamente a deconstruir o resignificar una serie de garantías procesales si es que se pretende dar un espacio importante a la inteligencia artificial. Conceptos como el derecho al juez natural o predeterminado por ley ponen en serios aprietos a los intentos –o propulsores– de la sustitución a gran escala del juez por las máquinas. Por otro lado, conceptos fundamentales de derecho procesal y poderes del Estado como lo es la Jurisdicción, ¿debería ser reinterpretado a la luz de la elaboración de decisiones por parte o en parte realizado por una máquina?

Y con esta última interrogante queremos recuperar la atención del lector nuevamente para el objetivo de este artículo. La labor de motivación comprende, casi en su totalidad, la labor de jurisdicción²⁵,

25 En su *Giurisprudenza Civile*, Chiassoni afirma, de *jure conditio*, que en la motivación el juez debe: a) indicar los motivos por los cuales ha considerado aplicable a un hecho determinada disposición de ley o principio de derecho a preferencia de otro; b) indicar por cuáles motivos ha atribuido un cierto significado a la disposición de la ley empleada; c) indicar por cuál

por lo que solo existe una avenida a tomar con dos bifurcaciones inminentes: i) o se replantea el *modus* y contenido de la motivación de las sentencias o; ii) se descarta todo y cualquier uso complementario de la inteligencia artificial en la argumentación y justificación de sentencias judiciales. Como quiera que lo último es contrario a una actual y real tendencia global por la automatización de labores humanas vía elementos tecnológicos en las ciencias jurídicas, lo que resta es, entonces: i.i) delimitar cómo utilizar un programa tecnológico de tal naturaleza en la elaboración de una decisión judicial y; i.ii) definir normativamente –vía reglamentos– en qué procedimientos o pretensiones tutelables judicialmente se podrá utilizar este apoyo tecnológico.

Por lo tanto, a nivel de una propuesta de bitácora a esbozar, la inteligencia artificial inicialmente debiera restringirse a:

- i. Procesamiento y selección de información o fuentes de derecho consolidadas.
- ii. Elaboración de simulación de resultados de conflictos legales [*best case scenario, worst case scenario*].

motivo ha restringido o ampliado el ámbito de aplicación de un principio de derecho implícito; d) indicar por cuáles motivos ha considerado no poder atribuir un cierto significado a una disposición de ley invocada por las partes; e) indicar por cuáles motivos ha considerado que un determinado principio sea derecho positivo; f) indicar por cuál motivo ha considerado adherirse o no a un cierto precedente. Ver; Chiassoni, Pierluigi, *La Giurisprudenza Civile*, Milán: Giuffrè, 1999, p. 45. Desde la orilla de la teoría general del derecho, al analizar metodológicamente la labor del intelecto humano al motivar una sentencia, se puede afirmar, personalmente, que la permanente y persistente afirmación de existir jueces robots o suprimir *in toto* la labor del juez-persona, acaba siendo una burda caricaturización injusta tanto para las ciencias de la computación como para el derecho procesal y la jurisdicción.

- iii. Seguimiento y respuesta automatizada de estado de expedientes judiciales.
- iv. Análisis probabilístico de resultados por evaluación de medios probatorios.
- v. Verificabilidad de resultados de pruebas periciales.
- vi. Elaboración automatizada de un recuento de hechos – *storytelling* – por análisis de hechos controvertidos.
- vii. Evaluación de admisibilidad de actos postulatorios [demandas, recursos], en función de reunión de requisitos legales.

Sin perjuicio de que la lista no sea exclusiva, excluyente o limitativa, un espacio *material* de actuación de estas labores podría darse en:

- i. Pretensiones que no superen determinado monto [*small claims*].
- ii. Pretensiones tutelables en vías procedimentales sumarísimas, donde exista cognición parcial del juez o restringido a ciertos hechos.
- iii. Pretensiones que no revistan complejidad procesal²⁶.
- iv. Pretensiones que sean tramitadas en procedimientos no contenciosos.

Estas ideas tan solo pretenden delinear un ámbito de discusión en el cual, objetivamente, la inteligencia artificial – y los aplicativos que desarrollen tareas con esa base tecnológica – puedan acomodarse y mostrar su utilidad en la exacta medida de sus posibilidades en un ámbito tan abierto a interpretaciones como lo es el derecho. No es

26 No limitativamente, inaplicables a: i) cuestiones vinculadas a conocimientos científicos; ii) procesos agregados, litisconsorcios complejos o derechos difusos o colectivos; iii) procesos de cuantía elevada.

exagerado afirmar que, con el devenir del avance tecnológico, el profesional legal será menos cantante y más compositor. Exactamente al establecer pautas como las mencionadas en las dos listas anteriores, argumentamos que, si bien estas tareas son posibles, su gestión, control, aprobación y posibilidad de corrección recaerán, siempre, en la persona del juez.

5. CONCLUSIONES

Este ensayo pretende ser una introducción o antesala a un tema que, por su complejidad, como fue dicho en el introito, reclama la atención de otras ramas del derecho y otros conocimientos humanos. Sin embargo, conscientes de que en ciertos ámbitos los humanos nunca podremos competir con las máquinas, no es romántico afirmar lo inverso, es decir, que, en otros ámbitos, la humanidad se impone frente a la artificialidad. Siendo así, de todo lo presentado ahora se presentan y someten las siguientes conclusiones:

En primer lugar, para llegar a compatibilizar la inteligencia artificial con la jurisdicción, esta última debe ser entendida, por fin, como una labor que es fundamentalmente caracterizada por interpretar textos normativos en general y dar un contenido o significado. Para ello, no solo se usan fuentes del derecho, primarias o secundarias, sino, se exige un determinado razonamiento deductivo, inductivo o cualquier otra técnica de argumentación con un alto nivel de abstracción y, a la vez, concreción.

En segundo lugar, por derivación lógica, la motivación de las decisiones judiciales [precisamente, sentencias], es el espacio en donde el juez primordialmente realiza esta labor, analizando las fuentes legales y atribuyéndoles significado, bien como elaborando razonamientos probabilísticos en función de una valoración en conjunto de los medios probatorios.

En tercer lugar, ante la inminente utilización de la tecnología en el derecho y, precisamente, de la inteligencia artificial en la labor judicial y de litigio, su uso debe ser altamente restringido a cuestiones que no revistan complejidad o existencia transversal de tantas otras variables que no podrían ser analizadas por un *software*. Allí donde este ensayo parezca disfrazar una negación de la tecnología, lo que se propugna es regular su uso para evitar un impulso inicial que al final derive en usos indebidos en detrimento del justiciable.

En cuarto lugar, y siguiendo esa línea lógica, la inteligencia artificial podría utilizarse como un complemento a la labor jurisdiccional, que sin permitirse que sea la última palabra, sea el juez el que revise en última medida lo producido por dicho aplicativo, con miras a corregir o redirigir la problemática y posible respuesta al punto controvertido que se quiere resolver.

Finalmente, la existencia de factores limitativos de esta tecnología es su propio elemento de autopoiesis, en la medida que de reunir el estándar tecnológico que permita su desarrollo y menor tasa de falibilidad, los factores restrictivos indicados podrían permitir el beneficio en otros ámbitos jurisdiccionales.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARÁMBURO, Maximiliano. Los anteojos de Taruffo: Una concepción de la jurisdicción. En: DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho, vol. 44, 2021.

ASHLEY, Kevin. Artificial Intelligence and Legal Analytics. Cambridge, Cambridge University Press, 2017

CALAMANDREI, Piero. Giustizia e Política: sentenza e sentimento. En: Processo e democrazia. Padova, 1954.

CARNELUTTI, Francesco. Sistema de Derecho Procesal. Buenos Aires: UTEHA, 1944, Tomo I.

CHIASSONI, Pierluigi, La Giurisprudenza Civile, Milán: Giuffrè, 1999.

- CHIOVENDA, Giuseppe. Principii di diritto processuale civile. Napoli: Jovene, 1965.
- DELGADO, Christian. La motivación de las resoluciones como medio de acercamiento del juez a las partes y al ciudadano. En: Diálogo con la Jurisprudencia, vol. 119, Lima, Gaceta Jurídica, 2011.
- DELGADO, Christian. Precedentes vinculantes e inteligencia artificial: ¿Hacia un *automated law*? En: Libro de ponencias de artículos ganadores. XVI Congreso Mundial de Derecho Procesal, Kobe, 2019.
- EUROPEAN COMMISSION (EU). Regulation of the European Parliament and of the Council, Artificial Intelligence Act, 2021.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. El derecho a la tutela jurisdiccional. 3ª ed. Madrid, Civitas, 2001.
- HENRY WINSTON, Patrick. Artificial Intelligence. 3a Ed. Nueva York, Addison Wesley, 1992.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Del control de la insuficiencia de la tutela normativa a los derechos fundamentales procesales. En: Revista Ius et Praxis. Universidad de Talca, Año 20, vol. I, 2014.
- MONROY GÁLVEZ, Juan. Introducción al proceso civil. Bogotá: Temis, 1996.
- OPEN AI. Chat-GPT. Will AI replace adjudication? Consulta hecha el: 13.04.23.
- PARK, Joshua. Your Honor, IA. En: Harvard International Review. Abril, 2020, Disponible en: <https://hir.harvard.edu/your-honor-ai/>
- PÉREZ RAGONE, Álvaro. Justicia Artificial: Oportunidades y Desafíos. En: Libro de ponencias de artículos ganadores, XVI Congreso Mundial de Derecho Procesal. Kobe, 2019.
- PICÓ I JUNOY, Joan. Las garantías constitucionales del proceso. Barcelona, José María Bosch Editor, 1997.
- SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de direito constitucional. São Paulo, RT, 2012.
- SUSSKIND, Richard. Online Courts and the Future of Justice. Oxford: Oxford University Press, 2019.
- TARUFFO, Michele. Judicial decisions and artificial intelligence. En: Artificial Intelligence and Law. Vol. 6. Springer, 1998.

TARUFFO, Michele. *La motivación de la sentencia civil*. Madrid: Trotta, 2011.

VERMA, Prashnu. These robots were trained on AI. They became racist and sexist. *The Washington Post*. Edición digital del 16.07.2022. Disponible en: <https://www.washingtonpost.com/technology/2022/07/16/racist-robots-ai/>

LA RESPUESTA PENAL CONTRA LA PUBLICACIÓN DE ACTUACIONES SUMARIALES RESERVADAS: NUEVA REFLEXIÓN SOBRE UN PROBLEMA CRÓNICO DE LA JUSTICIA PENAL¹

CRIMINAL RESPONSE AGAINST THE PUBLIC SPREADING OF RESERVED SUMMARY PROCEEDINGS: A NEW REFLECTION ON A CHRONIC PROBLEM OF CRIMINAL JUSTICE

JESÚS MARÍA GONZÁLEZ GARCÍA

Catedrático de Derecho Procesal
Universidad Complutense de Madrid

Fecha de recepción: 18 de abril de 2023

Fecha de aceptación: 2 de junio de 2023

RESUMEN: Se reflexiona en el presente trabajo sobre un concreto aspecto de la compleja relación entre el interés de la investigación y el derecho fundamental a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión, a la luz de la

ABSTRACT: This paper reflects on a specific aspect of the complex relationship between the general public interest of criminal investigations and the fundamental right to freely communicate or receive accurate information by any means of dissemination

-
1. Trabajo realizado en el seno de los Proyectos de investigación I+D+I titulados «Proceso Penal transnacional, prueba y derecho de defensa en el marco de las nuevas tecnologías y el espacio digital» (ref. PID2019-10766RB-I00) IP: L. Bachmaier Winter; y «Futuro proceso penal y el art. 24 CE: derecho de defensa en la instrucción, presunción de inocencia y juicio de acusación, y participación ciudadana (acusaciones y jurado)» (PID2020-115578GB-I00), IP: J. Banacloche Palao, financiados por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

experiencia sobre la materia en el derecho español. En concreto, sobre si debe haber (y cuál debe ser) una respuesta penal contra la difusión por los medios de comunicación de actuaciones del proceso penal reservadas, especialmente en la fase de investigación preliminar.

PALABRAS-CLAVE: proceso penal, publicidad y secreto de las actuaciones, derecho a la libertad de información, garantías del imputado, investigación preparatoria.

whatsoever, according to Spanish law. Specifically, on whether there should be (and what should be) a criminal response against advertising through the media of reserved criminal proceedings, especially in the preliminary investigation phase.

KEYWORDS: criminal justice, publicity and secrecy of criminal proceedings, right to freely communicate or receive accurate information, legal safeguards of the defendant, preparatory investigation.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Los términos del Proyecto de Ley 2508/2021-PE. 3. El régimen de publicidad y secreto de las actuaciones en el proceso español: términos de comparación: 3.1. Planteamiento. 3.2. Régimen sancionador en caso de infracción del carácter reservado de la instrucción. 3. Valoración crítica de la reforma. 4. Conclusión: entre el deber de sigilo y el derecho a la libertad de información. 5. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

La presente reflexión viene motivada por el conocimiento de una iniciativa legislativa acometida en la República del Perú, generadora gran alarma en la opinión pública. En efecto, el pasado 5 de julio de 2022 el Gobierno peruano envió al Congreso de la República (Oficio n° 199-2022 PR), un proyecto de ley en el que se promueve la modificación del Código Penal con el fin dar cobertura legal a la persecución y eventual sanción penal de la publicación en los medios de comunicación de informaciones sobre las investigaciones criminales en curso y que crea el delito de «*difusión de información reservada en la investigación penal*». El asunto al que se pretende dar respuesta por el legislador peruano no plantea un problema exclusivamente nacional, pues está presente en muchos ordenamientos jurídicos de nuestra órbita cultural. Por ello, desde la distancia tal vez sea posible aportar argumentos para el debate, lejos del calor de la polémica y, por supuesto —como no puede ser de otro modo en nuestro caso—, exponiendo cuál es el estado de la cuestión en España desde el punto vista del derecho comparado.

Es evidente que en el asunto confluyen elementos jurídicos con otros que no lo son: en efecto, en este tipo de debates es normal la presencia de factores contextuales que constituyen el termómetro de la confianza de los pueblos en los gobiernos, del grado de respeto de estos por las libertades ciudadanas y, lógica consecuencia de lo anterior, del nivel de desarrollo de las sociedades democráticas. En España ha ocurrido igual y aún ocurre, pues, como veremos, las relaciones entre las investigaciones penales y los medios de comunicación son igualmente polémicas, discutidas y también de candente actualidad; ello, a pesar de que no nos hallemos ante un asunto nuevo, sino frente a uno de los centros del debate procesal penal en los últimos cuarenta años, relativo a una materia que afecta al núcleo mismo del sistema de libertades de un país.

2. LOS TÉRMINOS DEL PROYECTO DE LEY 2508/2021-PE

De acuerdo con los términos del Proyecto de Ley, la intención del ejecutivo peruano es introducir en el articulado del Código Penal un nuevo art. 409-C, con la rúbrica «Difusión de información reservada de la investigación penal». En el apartado primero del precepto se castiga al agraviado, imputado, abogado, representante legal o cualquiera de las partes comprendidas en una investigación penal «que, proporcione o difunda información de carácter reservada (sic) en los términos previstos en la ley, a personas no legitimadas a las que tuvo acceso debido a su situación jurídica y/o rol, poniendo en riesgo los fines de la investigación penal». La conducta típica se sanciona con pena de privativa de libertad de entre uno y dos años, sanción que se agrava, de dos a tres años de prisión, si es realizada por un juez, fiscal, determinados funcionarios judiciales o de la fiscalía, enumerados en el precepto, o agentes de la policía. En caso de que la información difundida termine directa o indirectamente en los medios de comunicación, la pena se podría elevar hasta a cuatro años de privación de libertad.

Paralelamente a la reforma sustantiva, se propone la reforma del Código Procesal Penal (art. 324), que en su versión vigente ya establece el carácter reservado de las actuaciones de la investigación preparatoria, pero añadiendo al enunciado legal un inciso aclaratorio de que la vulneración del carácter reservado «o secreto» de las actuaciones es punible «de conformidad con el artículo 409-C del Código Penal».

Los términos de la reforma son más suaves que los debatidos meses atrás –en concreto, en febrero de 2022– en la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República, en donde se aprobó un dictamen que modificaba el Código Procesal Penal, en relación con la lucha contra la delincuencia organizada, planteando la posibilidad de que los periodistas fueran condenados «si difunden testimonios de colaboradores eficaces en investigaciones del Ministe-

rio Público»², en un giro radical del sistema que proyectaba la sanción penal, no sólo sobre la autoridad o agente de la autoridad que quebrantase la confidencialidad de la información, sino también sobre el periodista o medio que la difundiera. La reforma finalmente sería rechazada por el Poder Judicial, el Ministerio Público y el Ministerio de Justicia, considerando que era «innecesaria y contraproducente» para la lucha contra el crimen organizado

Las razones del legislador peruano están expuestas en el art. 1 del Proyecto de Ley. En él se argumenta que la incorporación al ordenamiento jurídico peruano del nuevo art. 409-C responde a la necesidad de salvaguardar la «información a la que se tiene acceso por el cargo o función que desempeñan los operadores de justicia y las partes procesales en general», pero que no goza de publicidad frente a terceros. «Asimismo», se dice, se «busca garantizar que los actos de investigación alcancen sus fines, sancionar el delito, restaurar la lesión ocasionada por este y asegurar la paz social».

Dos son, por consiguiente, los objetivos perseguidos:

- En primer lugar, reforzar el deber legal de mantener el carácter confidencial de las actuaciones de la investigación preliminar frente a terceros; este no es, empero, un fin en sí mismo, por importante que sea siempre respetar los deberes que impone la ley, sino que se complementa –más bien, se explica– con el siguiente.
- Como segundo objetivo, de lo que se trata es de garantizar que los actos de investigación alcancen sus fines, que el delito llegue a ser sancionado y con ello se restaure la paz social, previa reparación del daño causado. Según lo expuesto, la reforma asocia el carácter reservado de las actuaciones de la investigación procesal

2 *La República*, cit., 26 de junio de 2022.

penal con los fines propios del *ius puniendi*. De lo que se trata, en resumen, es de no frustrar el resultado del proceso y, en su caso, que el delito que se investiga no permanezca impune como consecuencia de la difusión pública de los detalles del hecho punible. Al menos, así se entiende si atendemos a la letra de la ley, aunque la confidencialidad de las investigaciones penales puede fundarse en otras razones, a las que se alude más adelante.

3. EL RÉGIMEN DE PUBLICIDAD Y SECRETO DE LAS ACTUACIONES EN EL PROCESO ESPAÑOL: TÉRMINOS DE COMPARACIÓN

3.1. *Planteamiento*

Existen algunas diferencias entre el derecho español vigente y la propuesta del Gobierno peruano que es objeto de reflexión. Algunos de los aspectos legales en el proyecto de ley 2508/2021-PE están previstos en el Derecho español desde hace décadas, especialmente en el plano procesal, no sin polémica pero de forma estable. Mayores son, de otro modo, las diferencias en lo que se refiere a la respuesta punitiva de la propuesta, más graves para el infractor que las previstas en el Derecho español. Como punto general de partida, debe destacarse que la publicidad es una característica esencial del proceso penal español, pero ha de aclararse, ante todo, qué debemos entender por publicidad.

En un primer nivel, cuando hablamos de publicidad nos referimos a que lo actuado ante el tribunal debe ser conocido de modo directo por aquellos a cuya esfera de derechos va a afectar la sentencia, esto es, por las partes del proceso. Esto, que en los ordenamientos jurídicos de los Estados democráticos puede resultar una obviedad, es sin embargo una conquista del estado de derecho no generalizada en muchos países hasta un momento histórico relativamente reciente. La lucha por la publicidad en el proceso penal, a lo largo de la Historia, ha jugado en este primer nivel con preferencia a otros, pues, en

realidad, no hay mayor obstáculo para el ejercicio de la defensa por las partes que el desconocimiento de los elementos de hecho y de derecho contra los que se tienen que defender argumentalmente.

El planteamiento vigente en España contrasta con la configuración del proceso penal inquisitivo, en el que la parte pasiva soportaba la actuación del inquisidor a veces sin conocer en todas su extensión las razones por las que se le perseguía. En el Derecho español fue la Constitución liberal de Cádiz, de 1812, la que introdujo el deber de información del reo sobre el hecho que se le imputaba, antes de la detención, así como las pruebas en que se basaba la acusación y la publicidad después de la confesión. A lo largo del siglo XIX se reforzaría la garantía de publicidad, hasta su definitiva consolidación en la vigente LECrim española, de 1882³. Manifestación de esta primera modalidad de publicidad en el Derecho español, que entronca directamente con el derecho de defensa⁴, es, por ejemplo, el deber de notificación a las partes de las resoluciones judiciales que les afecten o del estado de las actuaciones, salvo en los casos excepcionales en que se admite el secreto de las diligencias de investigación. Esta forma de publicidad no abarca a sujetos ajenos al proceso, pues las resoluciones del órgano

3 Vid. PRIETO-CASTRO, L., y GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., *Derecho Procesal Penal*, 4ª ed., Tecnos, Madrid, 1989, p. 94.

4 Así, la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 176/1988, de 4 de octubre, que consideró que las restricciones al secreto del sumario durante la instrucción sumarial son manifestación del derecho de defensa, más que del derecho al proceso público con todas las garantías. En idéntico sentido, PEDRAZ PENALVA, E., «Notas sobre publicidad y proceso», *Poder Judicial*, núm. especial 1989, pp. 125-126. GIMENO SENDRA, V., *Los procesos penales*, con Conde-Pumpido y Garberí, vol. 5, Bosch, Barcelona, 2000, p. 301; MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional I; Parte General*, Tirant, Valencia, 11ª ed., 2002, p. 386; MORAL GARCÍA, A., SANTOS VIJANDE, J., *Publicidad y secreto en el proceso penal*, ed. Comares, Granada, 1996, p. 3.

jurisdiccional no se notifican más que a las partes y a aquellos a quienes puedan deparar algún perjuicio⁵, pues sólo su derecho de defensa está comprometido en el proceso.

No es esta la publicidad de la que hablamos, sino la que llamamos *publicidad frente a terceros* de las actuaciones del proceso penal que rige en la fase de enjuiciamiento penal (*la fase de Corte*) desde la promulgación de la LECrim, en 1882⁶, un siglo antes de la Constitución, en contraste con lo previsto en ese momento con la inmensa mayoría de los códigos procesales penales de los países de Iberoamérica, por lo que nuestra Carta magna lo único que hace es elevar a categoría constitucional una norma procesal implantada y respetada en la jurisdicción penal desde la promulgación de la ley. Así, el art. art. 120.1 de la CE previene la publicidad como garantía constitucional («las actuaciones judiciales serán siempre públicas, salvo en los casos expresamente previstos en las leyes») y, por otro lado, en su art. 24.2, dentro del elenco de derechos fundamentales, se reconoce el derecho de «todos» a un proceso público, en la línea de lo preceptuado por los tratados internacionales en materia de derechos fundamentales⁷.

5 Art. 270 de la Ley Orgánica 1/1985, del Poder Judicial (en adelante, LOPJ).

6 Art. 680 LECrim: «Los debates del juicio oral serán públicos, bajo pena de nulidad». Ello sin perjuicio de que el juez, de modo excepcional pueda acordar la celebración del juicio a puerta cerrada, cuando «así lo exijan razones de seguridad u orden público, o la adecuada protección de los derechos fundamentales de los intervinientes, en particular, el derecho a la intimidad de la víctima, el respeto debido a la misma o a su familia, o resulte necesario para evitar a las víctimas perjuicios relevantes que, de otro modo, podrían derivar del desarrollo ordinario del proceso» (art. 681 LECrim).

7 Vid. el art. 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (10 de diciembre de 1948), el art. 6.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Roma, 4 de no-

Esta forma de publicidad es un mecanismo de control frente al riesgo de que el tribunal se extralimite en sus funciones de celebrarse el juicio a puerta cerrada. La publicidad *ad extra* es una garantía del acusado frente al riesgo de que el tribunal sentenciador se extralimite en el juicio, lo que sería más factible de no existir esa sana presión derivada de la presencia de público. Es la publicidad a la que se refería la célebre reflexión de Mirabeau, como medio de control del pueblo hacia los jueces, que la convierte en alma de la justicia⁸, una ventaja tan potente que equivale a todas las demás⁹.

Ahora bien, el derecho al proceso público es de configuración legal, siempre que su regulación no colisione con otros intereses constitucionales igualmente relevantes¹⁰. De acuerdo con ello, en el proceso penal español la publicidad de las actuaciones frente a terceros no rige en la fase de instrucción. En la española *fase de instrucción*, de conformidad con el ya citado art. 301, I de la LECrim, las diligencias practicadas «serán reservadas y no tendrán carácter público hasta que se abra el juicio oral, con las excepciones determinadas en la presente Ley»¹¹; es decir, no serán públicas salvo para los protagonistas del

viembre de 1950), el art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 19 de diciembre de 1966); y el art. 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

8 BENTHAM, J., *Tratado de las Pruebas Judiciales*, t. I, Madrid, 1843, p. 102.

9 STC 174/2001 FJ 3. En cuanto a la cita de Mirabeau, con mayor extensión, GONZÁLEZ GARCÍA, J. M.^a, «Entre el derecho de defensa y el derecho a la información: viejas y nuevas cuestiones sobre la publicidad de las actuaciones del proceso penal», *Revista del Poder Judicial*. n° 80, 2005, pp. 55-105.

10 STC 53/1985, de 31 de enero.

11 Como se ve, la norma habla de carácter reservado, no de carácter secreto, de las actuaciones. Así es desde la reforma operada en el art. 301 de la LECrim por la Ley 4/2015. Se trata aparentemente de una mera reforma cosmética, dirigida a eliminar del texto de la ley española cualquier rastro

proceso. Se impone así a quienes intervienen en él un deber de sigilo con respecto a las diligencias de investigación en las que participen o que conozcan. Este deber de sigilo en las actuaciones de la instrucción afecta también a los actos orales que se celebren durante ella¹².

En el Derecho español se admite, de forma excepcional (art. 302 LECrim), que el instructor decreta, a petición de las partes o del fiscal, el secreto total o parcial de las actuaciones, lo que afecta a todos, incluido el encausado y las acusaciones particulares, con excepción del fiscal, privilegiado por su función de inspector de lo actuado y decidido en la fase de investigación preparatoria por el juez instructor (no se debe olvidar que, en proceso penal español, la investigación preliminar es de la competencia del juez de instrucción, y no, como en la mayoría de las naciones, del fiscal), tan sólo por el tiempo imprescindible para cumplir su finalidad (prevenir en caso de un riesgo para la vida, libertad o integridad física de una persona o de compromiso grave para el resultado de la investigación), con una duración máxima de un mes¹³. El secreto operará igualmente en caso de acordarse determinadas diligencias de investigación cuyo fin se frustraría de decretarse con plena publicidad: p. ej., intervención de las comunicaciones telefónicas o telemáticas; diligencia de entrada y registro en domicilio –aunque en este caso el sujeto pasivo puede estar presente en su práctica, aunque la orden judicial se acuerde *inaudita pars*–.

del proceso inquisitivo en la instrucción penal, pero que tiene posibles consecuencias en la respuesta penal en España frente a la infracción del deber de confidencialidad o sigilo que exige la fase de investigación, como más adelante apuntamos.

12 DEL MORAL Y SANTOS VIJANDE, op. cit., p. 55.

13 Con el aval de la doctrina constitucional: SSTC 53/1985, de 31 de enero, FJ 3. 100/2002, de 6 de mayo, FJ 4, 174/2001, de 26 de julio, FJ 3, y STC 85/2019, de 15 de julio, FJ 3.

Este secreto excepcional, que es prorrogable, necesariamente se debe alzar diez días antes de la conclusión de la investigación preliminar¹⁴.

La regulación legal del deber de sigilo en la instrucción penal cuenta con el aval del Tribunal Constitucional, que en diferentes ocasiones ha proclamado su compatibilidad con el derecho al proceso público. De acuerdo con el Alto tribunal, la no aplicación de la publicidad a todas las fases del proceso es compatible con nuestra Carta magna, con tal de que sí sea garantizada en el acto oral que lo culmina y al pronunciamiento subsiguiente de la sentencia. Así se pronuncia, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 176/1988, de 4 de octubre, FJ 2¹⁵. La doctrina es compatible, por otro lado, con la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en interpretación del CEDH. El deber de sigilo no es, por tanto, contrario al derecho al proceso debido y al proceso público que proclama el Convenio (art. 6 CEDH), como tampoco a lo prevenido en el art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York, entendiéndolo compatible con el derecho al proceso público que la garantía de publicidad se reserve, «después de constatar la diversidad que presenta dicho principio en los sistemas legislativos y prácticas

14 Es una solución excepcional por razones justificadas, pero de la que se abusa en no pocos casos, colocando al investigado en una posición de desventaja frente a las acusaciones, que luego se equilibra una vez alzado el secreto restringido. De otro modo, se puede causar indefensión al investigado al no estar en disposición de preparar adecuadamente su defensa para el juicio: STC 95/2019, de 15 de julio, FJ 3.

15 Esta doctrina es seguida por la STC 122/2021, de 2 de junio (FJ 6 b): «Según la doctrina de este tribunal, es el juicio oral, en el que se producen o reproducen las pruebas de cargo y descargo y se formulan las alegaciones y peticiones definitivas de la acusación y la defensa, el acto procesal en que cobra todo su sentido la publicidad del proceso en su verdadero significado de participación y control de la Justicia por la comunidad». Vid. también STC 83/2019, de 17 de junio, FJ 3.

judiciales de los Estados miembros del Consejo de Europa», a la celebración de las vistas y el pronunciamiento de los fallos¹⁶.

3.2. Régimen sancionador en caso de infracción del carácter reservado de la instrucción

Las mayores diferencias entre el sistema propuesto por el Proyecto de Ley 2508/2021-PE y el vigente en España se encuentran en el régimen sancionador propuesto en aquel. En el Código Penal español de 1995 existen tan sólo dos preceptos que otorgan relevancia penal a la revelación de actuaciones de la fase de instrucción.

Se trata, en primer lugar, del art. 466, que castiga al «abogado o procurador¹⁷ que revelare actuaciones procesales declaradas secretas por la autoridad judicial» con una pena de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo, cargo público, profesión u oficio de uno a cuatro años. No hay, pues, en principio, pena de prisión. Si la revelación de las actuaciones declaradas secretas fuese realizada por el juez o miembro del tribunal, representante del Ministerio Fiscal, secretario judicial (denominado en España actualmente «letrado de la administración de justicia») o cualquier funcionario al servicio de la Administración de Justicia, se le impondrán las pena de multa de doce a dieciocho meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años (art. 466.2 en relación con el art. 417 del CP); sólo para este segundo supuesto, si resulta grave daño para la causa pública o para tercero, la pena puede

16 Nos remitimos a la doctrina establecida en las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (SSTEDH) de 22 de febrero de 1984, *asunto Sutter c. Suiza*, y de 8 de diciembre de 1983, *asuntos Pretto y otros c. Italia*, y *Axen c. Alemania*.

17 Representante procesal de las partes.

ser de prisión de uno a tres años, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a cinco años, a imponerse en su mitad superior. No así para el caso de abogados y procuradores.

El segundo de los preceptos es el mencionado art. 417 del CP, que regula un tipo especial de delito de revelación de secretos (dentro de los denominados delitos contra la Administración pública), cuya regulación es aplicable, como hemos, visto, en el caso del art. 466.2 del CP, a jueces y funcionarios de la administración de justicia, y en virtud del cual se castiga genéricamente a la «autoridad o funcionario público que revelare secretos o informaciones de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo y que no deban ser divulgados».

Lo que se castiga por el art. 466 del CP, como delito de deslealtad profesional y obstrucción a la justicia y dentro de los delitos contra la Administración de Justicia (título XX del Código Penal de 1995)¹⁸, es la infracción del secreto del sumario decretado por el juez, en la instrucción o en cualquiera de sus diligencias, pero en el supuesto del art. 302 de la LECrim. No hay, sin embargo, norma penal específicamente destinada a castigar la quiebra del deber de sigilo de los profesionales que actúan en la fase de investigación sumarial (la del art 301 de la LECrim). La sanción penal por la vulneración del secreto restringido del art. 466 del CP afecta a jueces, fiscales, funcionarios judiciales, abogados o procuradores; incluso a cualquier particular que haya realizado la conducta típica, caso en el que la pena se impondrá en su mitad inferior. Pero no así la del deber genérico de

18 Sobre las consecuencias penales de la revelación de secretos del sumario y la interpretación del art. 466 CP, vid. CUENCA GARCÍA, M^a J., «La revelación de secreto sumarial», *Revista de Derecho y Proceso Penal Aranzadi*, 2006, p. 71 y ss. También MINGOT CORTÉS, T., «Delito de revelación de secretos de actuaciones judiciales: el art. 466 del Código Penal», *Revista de Derecho y Proceso Penal Aranzadi*, n^o 11, 2004, p. 153 y ss.

reserva de las actuaciones de la investigación penal frente a terceros. De ser el caso, sólo es posible sancionar penalmente sobre la base del art. 417 del CP, pero con matices que dificultan la viabilidad de este tipo penal: primero, porque en el art. 417 del CP se sanciona tan sólo a las autoridades y funcionarios públicos que revelan secretos e informaciones que conozcan por el ejercicio de sus cargos y con respecto a los cuales tengan deber de confidencialidad, pero no a abogados, procuradores o, en general, a particulares; segundo, porque en el art. 301 de la LECrim –como hemos visto– ya no se habla del secreto, sino del carácter reservado del sumario, lo que hace debatible si la conducta descrita en el tipo penal es extensible a la quiebra del deber de sigilo genérico en la investigación penal, y muy probablemente determina su falta de tipicidad penal.

El régimen penal propuesto por el proyectado art. 409-C del CP de la República es de mayor gravedad para el infractor que el previsto en el Derecho español en las normas equivalentes. Eso no quiere decir que en España esos comportamientos permanezcan impunes, si bien la sanción se circunscribe al plano del Derecho administrativo sancionador. El art. 417 de la LOPJ, en su número 12, castiga como falta disciplinaria muy grave la «revelación por el juez o magistrado de hechos o datos conocidos en el ejercicio de su función o con ocasión de éste, cuando se cause algún perjuicio a la tramitación de un proceso o a cualquier persona»; y como falta grave, dicha revelación, pero cuando no sea calificable como falta muy grave: art. 418.8 de la LOPJ. De forma equivalente se sanciona a los miembros del Ministerio Fiscal¹⁹. En el caso de los jueces, las sanciones pueden ir desde la con multa de 501 a 6.000 euros, hasta la suspensión, traslado forzoso o separación de la carrera judicial. Por su parte, para los abogados, el deber de confiden-

19 Art. 62.12 y 63.5 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, aprobado por la Ley 50/1981, de 30 de diciembre.

cialidad deriva directamente del deber de secreto profesional que les es inherente, y que impone el art. 22 del Estatuto General de la Abogacía²⁰, si bien la infracción sólo es sancionable en la esfera de su colegio Profesional y en caso de infracción de los deberes deontológicos.

En el régimen descrito no hay específica sanción para los medios de comunicación, sin perjuicio de la infracción por estos de sus propios códigos éticos y en la medida en que haya sanción por parte de sus órganos deontológicos permita imponer algún tipo de sanción que, desde luego, no es penal. Ello marca, desde luego, una diferencia sustancial entre la legislación penal española y la propuesta de reforma del Proyecto de Ley 2508/2021-PE. Además, en el sistema español las infracciones previstas en los arts. 466 y 417 del CP constituyen delitos de actividad, es decir, el delito se consuma con la quiebra del deber de guardar secreto o sigilo, en los términos descritos, sin perjuicio de cuál sea el resultado de dicha acción. Sólo en el caso del tipo agravado contenido en el art. 417,1, II del CP (cuando la infracción depare un grave daño para la causa o para un tercero), nos hallamos ante un delito de resultado, en el que la sanción penal no depende sólo del comportamiento desleal, sino de que dicha conducta haya producido determinados efectos dañosos, que deberán ser acreditados por las partes acusadoras mediante prueba.

El art. 409-C del CP del Perú, según los términos de la propuesta, sí contiene en su inciso final un tipo agravado cuando la difusión de la información reservada llegue a los medios de comunicación u otros medios de difusión masiva, lo que se castiga con pena de prisión, con independencia de que la publicación sea lesiva o no para los intereses de la investigación o dañosa. Nos encontramos, por tanto, ante un delito de riesgo, que no exige la producción del daño para

20 Aprobado por Real Decreto 135/2021, de 2 de marzo.

entender punible la conducta, lo que determina una agravación de la posición de los medios de comunicación a la hora de optar o no por publicar las informaciones que reciban.

Sobre la posibilidad de una eventual sanción de los medios de comunicación receptores de la noticia como cómplices o partícipes del hecho punible, se han alzado voces que advierten del riesgo de retroceso de la libertad de información, difícilmente compatible con las exigencias de publicidad del art. 139 de la Constitución Política de la República²¹. Ese riesgo no existe en el caso español, pues la jurisprudencia del Tribunal Supremo de España entiende que el periodista se encuentra amparado por el secreto profesional, por lo que no puede ser considerado como autor o cómplice del delito de revelación de secreto, de negarse a denunciar ante la jurisdicción la fuente de su información²².

En última instancia, la eficacia de la norma dependerá del empeño del Gobierno de turno en perseguir este tipo de comportamientos –lo que añade un ingrediente de seguridad jurídica–, así como de extender la persecución no sólo al sujeto que quiebra el deber de sigilo, sino también al periodista o individuo que publica el documento o actuación reservada, y eso no es tranquilizador, pues constituye un factor de perturbación para el libre ejercicio del derecho a la información por parte de los medios. Si bien ha de reconocerse que la práctica será compleja establecer el nexo entre la filtración y la publicación,

21 Vid. las consideraciones del licenciado Roberto Pereira, en la nota de prensa del Instituto Prensa y Sociedad, de 8 de julio de 2022.

22 El Tribunal Supremo ha entendido que la prohibición del secreto del sumario no afecta al periodista en lo que significa información sobre aspectos generales del contenido del sumario o valoración sociológica, (STS 2ª, 1020/1995, de 19 de octubre), pero considera también que no se puede entender veraz la información cuando se obtiene con quebranto del secreto del sumario (STS 1ª 64/1998, de 5 de febrero).

dato que resulta capital para la aplicación de la norma penal propuesta y que, aplicando criterios de presunción de inocencia, requerirá su acreditación mediante prueba de cargo y no indiciariamente: dicho en otras palabras, la publicación de una información que las autoridades consideren afectada por el deber de reserva no necesariamente puede derivar de la quiebra del deber de sigilo y, en todo caso, sólo podrá ser sancionado previa determinación sin lugar a dudas de que dicho deber se ha quebrantado y de quién ha sido el responsable.

Más allá de las dificultades que plantea, además, la cláusula de conciencia de los periodistas y su derecho a no revelar las fuentes a efectos de perseguir este nuevo delito, parece complicado condenar como cómplice o partícipe al periodista que publica la información sin previa condena del autor material del delito de difusión de la información reservada de la investigación penal.

Para concluir este epígrafe, debe reconocerse que, en el estado descrito de la legislación española, la respuesta penal de los tribunales ordinarios ante casos de filtraciones en prensa de actuaciones de la instrucción penal o quiebra del deber de sigilo que impone el art. 301 de la LECrim es prácticamente nula. A pesar de que se trata de comportamientos sancionados en la esfera disciplinaria y deontológica, como hemos visto, es creciente la sensación de que los tribunales, la fiscalía y sus funcionarios se sienten desvinculados del deber de no divulgar actuaciones amparadas por el carácter reservado que impone la ley, hasta el punto de que, con las facilidades que hoy da el registro audiovisual de las actuaciones orales en la fase de investigación preparatoria, en los noticieros de las cadenas de televisión convencionales es posible ver declaraciones sumariales de testigos, perfectamente identificables, lo cual sólo es explicable, por la extraordinaria pericia del periodista, sino por la deliberada filtración o por el descuido del funcionario responsable.

Lo recalcamos porque, *a priori*, ese desapego cada vez más frecuente en la dinámica de las investigaciones penales hacia el cum-

plimiento de la norma que impone el deber de reserva debería ser suficiente para justificar una respuesta adecuada de las autoridades –especialmente de la jurisdicción–, en la medida en que entendamos que sigue vigente el principio de legalidad, y que la ley vincula a los ciudadanos y a los poderes públicos (art. 9.1 de la Constitución Española²³). De otro modo, la tozuda realidad nos ha demostrado que tensión entre la norma procesal y el derecho a la libertad de información ha convertido a la regulación sobre el deber de sigilo, así como a la que establece sus consecuencias penales, casi en una mera admonición, de muy poca efectividad y muy difícil control en la práctica. Por decirlo de forma clara, el secreto de las investigaciones penales es hoy, en España, un mero *desiderátum* cuando está presente algún interés informativo o cuando a cualquiera de las partes resulte ventajosa, por motivos más o menos espurios, la difusión pública de las investigaciones, por mucho que se proclame solemnemente en la ley y se sancione igualmente, en el Código Penal, su infracción.

3. VALORACIÓN CRÍTICA DE LA REFORMA

Es curioso observar, tras la lectura del Proyecto de Ley 2508/2021-PE, la diversa incidencia que para los partidarios y de-

23 «Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico». Por lo que se refiere específicamente a los funcionarios públicos, vid. art. 103.1 de la CE: «1. La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, *con sometimiento pleno a la ley y al Derecho*». Y en cuanto a los jueces y tribunales, vid. art. 117.1 de la CE: «1. La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y *sometidos únicamente al imperio de la ley.*» (la cursiva es nuestra).

tractores de la reforma tiene un mismo hecho. Para los críticos de la reforma, la publicidad *ad extra* de los detalles de la investigación (es decir, la facultad de su conocimiento por parte de personas ajenas al proceso, o por la sociedad en su conjunto) es un elemento de control de los poderes públicos –suponemos que como consecuencia de la transparencia, que facilita su control ciudadano–, y garantía de su eficacia, especialmente en la investigación penal de casos de corrupción política, dado que muchos delitos se investigan y persiguen por la policía y el Ministerio Fiscal precisamente porque los medios de comunicación les han dado difusión, contribuyendo con ello a que no hayan permanecido ocultos ni se mantengan impunes: desde este punto de vista, los medios de comunicación son coadyuvantes de la persecución del delito y, a la vez, elementos de control frente a la inactividad de las autoridades (evidentemente nos hallamos en un contexto de desconfianza hacia la actuación de los poderes públicos en la investigación y persecución del delito, que probablemente se basa en argumentos sólidos, pero que no estamos en condiciones de evaluar). Frente a esta primera posición, para los promotores y partidarios de la reforma, la publicidad no es un factor de colaboración con la justicia, sino un obstáculo para la eficacia en la investigación criminal, razón que justifica la restricción de la información durante la fase de investigación preparatoria –o de *instrucción*, si utilizamos la nomenclatura española– de los delitos.

Muy posiblemente, pese a lo irreductible de ambas posiciones, hay que reconocer que las dos tienen parte de razón, al menos basándonos en la experiencia española. Es verdad que la publicación de noticias sobre investigaciones criminales permite poner bajo el foco de la opinión pública la actuación de las autoridades, contribuye a la persecución del delito y a que no haya impunidad, en especial cuando las sospechas recaen sobre las autoridades o sus agentes o quien ostenta el poder; los medios de comunicación han ejercido una función social que va más allá de la simple transmisión de noticias a los ciudadanos,

actuando como instrumentos de control del poder desde fuera de la esfera institucional, y como cauce para depurar la actuaciones de los órganos de poder y, con ello, para dotarlos de una mayor legitimidad de ejercicio.

No es menos cierto que la publicación de las actuaciones de investigación puede entorpecer la investigación, pues los protagonistas del proceso penal, de procedencia diversa y con una circunstancia personal heterogénea, pueden ser muy sensibles a la opinión pública y verse condicionados en su actuación en función del grado de presión que los medios puedan ejercer sobre ellos; de ahí la necesidad de impermeabilizar a los investigadores e instructores del juicio mediático, con el fin de evitar que la actuación de los medios interfiera en su labor o en los protagonistas del proceso; como también al encausado, los testigos y peritos, o el propio tribunal sentenciador. Los tribunales de justicia se integran por miembros de la comunidad y, por muy aislados que estos se encuentren de las informaciones de los medios, difícilmente pueden sustraerse al conocimiento de la opinión pública y con cierta normalidad pueden estar en condiciones de anticipar la reacción de los ciudadanos en función de cómo se resuelva el caso.

Aunque tirando de ironía podamos concluir que los *juicios paralelos* no afectan a la Administración de Justicia (por aquello de que las líneas paralelas sólo se unen en el infinito), sólo desde la ingenuidad se puede pretender que los tribunales juzguen con desconocimiento o ignorancia de lo que la opinión pública o la crítica ciudadana considera acerca del caso que les corresponde resolver, cuando éste está afectado por la atención de los medios. Ello sin perjuicio de que no siempre es fácilmente mensurable qué hay en la actuación de los medios de legítimo ejercicio del derecho a la libertad de información y qué de ejercicio de presión sobre los tribunales, al menos, en España. Incluso en el supuesto de que el tribunal no se vea afectado por el juicio mediático, este sí puede afectar a la percepción ciudadana sobre la competencia, eficacia, independencia y capacidad de los tribunales; y,

con ello, a sembrar la desconfianza ciudadana sobre la actuación de la fiscalía o de los tribunales en la persecución de determinados delitos, sembrando la duda de la legitimidad en el más firme pilar de nuestro estado de derecho.

En la justificación legal de la implementación del carácter confidencial de la investigación penal preparatoria se echa en falta un argumento poderoso, que sí ha sido determinante para el legislador español, y que, a nuestro entender, es decisivo a la hora de entender, de forma general, el régimen legal de la publicidad y el secreto de las actuaciones en el proceso penal, más allá del eterno debate sobre la tensión entre la justicia penal y los medios de comunicación. Nos referimos a la concepción del secreto de la investigación preparatoria como garantía a favor del encausado, quien ve comprometida su imagen pública y su honor en un momento del proceso que no es definitivo, que es instrumental de la fase de juicio y cuando todavía su presunción de inocencia no se ha visto desvirtuada por la prueba de cargo practicada en el juicio oral.

La fase de instrucción del proceso penal tiene, entre sus diversas finalidades, antes de someter al investigado al enjuiciamiento por la Corte, la de averiguar el hecho y determinar su relevancia penal, acopiar las fuentes de la prueba, para su ulterior empleo en la fase de juicio y, no menos importante, la identificación y puesta a disposición judicial de los presuntos responsables, asegurando su presencia en el juicio y, también, la seguridad de las víctimas ante el riesgo de reincidencia o represalia. La fase de investigación penal es, como su nombre indica, preliminar y preparatoria, de ahí que las autoridades de investigación, sea la policía, el fiscal o el juez, deban extremar su prudencia antes de sentar al sujeto pasivo en el banquillo de los acusados, ya en la fase de plenario.

Los sistemas procesales penales actuales se han construido como reacción frente a la vieja justicia penal inquisitiva del Antiguo

Régimen. Se trata, frente a la vieja idea del modelo inquisitivo, de un sistema basado en el reconocimiento al acusado de un haz de garantías inquebrantable frente al Estado, que protege al individuo frente a *Leviatán* a la hora de defenderse. El *ius puniendi* es inherente al Estado en régimen de exclusividad. Como contrapeso frente a este inmenso poder, máximamente invasivo en la esfera de derechos del sujeto cuando de lo que se trata es del ejercicio del *ius puniendi*, las Constituciones y las legislaciones procesales de los Estados desarrollados reconocen garantías para los ciudadanos frente al Estado, garantías de su derecho de defensa, así como del respeto a su dignidad y libertad, restringiendo la *potestas* de la actuación pública a parámetros de proporcionalidad y justicia.

Ahí es donde, a nuestro juicio, encuentra su sentido la necesidad de preservar el carácter reservado de las investigaciones penales, con mayor intensidad cuando más cerca en el tiempo estamos del momento de comisión del hecho. El deber de sigilo de las actuaciones penales frente a terceros opera como garantía para el investigado de que el hecho de estar sometido a la investigación de las autoridades le supone el menor perjuicio reputacional posible, tras ponderación de los diferentes intereses en juego: los intereses de la investigación y los del propio investigado. Pues no es infrecuente que las hipótesis acerca de la presunta autoría del hecho varíen a medida que éste se conoce mejor o que se produzcan cambios en la percepción del papel jugado por los diferentes sujetos relacionados con el hecho, proporcionalmente a su mayor esclarecimiento.

En estas condiciones, parece razonable sustraer a quien sólo aparece como provisionalmente responsable del hecho, por estar amparado por el derecho a la presunción de inocencia, y dentro del respeto a la función de los medios y del derecho fundamental a la libertad de información, del juicio de la opinión pública, muchas veces basado en meras sospechas sin soporte en ningún acto concreto de investigación o enjuiciamiento jurídico. Evitando así verse sometido

a la denominada «pena de banquillo» o, de manera más actualizada, «pena de telediario/noticiero», sobre la base de indicios o de impresiones carentes, muchas veces, de dato objetivo alguno que los corrobore, en términos jurídico-penales. El daño que se puede causar a quien aparece como sospechoso en la denuncia o el atestado policial, o en las primeras investigaciones, cuando finalmente se descarta la presencia de indicios de criminalidad contra él, es difícilmente reparable. La posición de la ley española al respecto es clara, por mucho que existan dificultades para llevarla a la práctica: si el investigado debe ser protegido frente el inmenso poder del Estado-juez, a través de sus autoridades y agentes, no menos derecho tiene a ser protegido, frente al poder, no sabemos si menor pero desde luego igualmente inmenso, de los medios.

4. CONCLUSIÓN: ENTRE EL DEBER DE SIGILO Y EL DERECHO A LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN

¿Cómo conseguir un equilibrio razonable, que garantice el respeto de todos los intereses en juego? Es aquí dónde se halla el principal foco de tensión jurídica, pues la limitación en la difusión de informaciones sobre investigaciones penales afecta directamente al ejercicio del derecho a comunicar y recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión (arts. 20.1 d de la Constitución española, 2.4 de la Constitución Política del Perú). Es ahí donde se encuentra el gran reto de las sociedades democráticas, y no parece fácil establecer la frontera entre unos y otros intereses. En las relaciones entre el poder del Estado y los medios de comunicación, el papel de estos es estructuralmente capital a la hora de supervisar, desde la opinión pública, la actuación de los poderes públicos. Por eso no es de extrañar la reacción de quienes observan la reforma, más allá de la protección de los intereses de la investigación penal y del honor y dignidad del investigado, como un instrumento al servicio de la

impunidad de las autoridades ante la investigación criminal de casos de corrupción política. Las soluciones mágicas no existen, y por esa razón cualquier intento de restricción de la difusión de noticias en la esfera de la investigación penal levantará suspicacias de autoritarismo, e intento de control de la libertad de información (o de favorecer la impunidad de ciertos delitos); del mismo modo que toda propuesta dirigida a permitir la plena publicidad de las investigaciones penales levantará serios recelos de quienes consideran prioritario proteger la eficacia en la respuesta del Estado frente al delito, así como el honor y dignidad del encausado, hasta que no existen indicios sólidos de criminalidad, suficientes para llevarlo a juicio.

En las siempre difíciles relaciones entre la prensa y los tribunales penales, el estado de la cuestión en España no es excepcional. En realidad, y como se ha dicho, en nuestro derecho vigente pocas prescripciones legales son menos respetadas que la del secreto del sumario²⁴, a lo que contribuye la facilidad de difusión de noticias a través de las plataformas y redes sociales. Como hemos dicho en otra sede²⁵, la labor de la prensa debe ser estimada, como contribución esencial a la lucha contra la corrupción y al sostenimiento de la confianza ciudadana en las instituciones del poder; sin embargo, el ejercicio abusivo o tendencioso de la libertad de información puede convertirse, más que en un coadyuvante de la finalidad de la publicidad, en un peligro para sus fines²⁶. En estas páginas nos hemos decantado por una solu-

24 DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho Procesal Penal*, con Aragonese, Hinojosa, Muerza y Tomé, ed. Cera, Madrid, 1995, p. 47.

25 «Publicidad de las actuaciones y derecho a la información en el proceso penal español», en Cienfuegos Salgado, D., *Política criminal y justicia penal*. cit. , pp. 78.

26 GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho Procesal Penal*, con Herce Quemada, 9ª ed., Madrid., p. 250.

ción de prudencia, que dé prevalencia siempre a la parte más débil: dicha parte es, en las relaciones entre los medios y el sospechoso del delito, este último; más difícil es responder a la pregunta cuando se trata de la relación entre la jurisdicción penal y los medios, pues eso dependerá de diferentes factores: de cuál sea el medio y de la fuerza que lo soporte, como de cuál sea la fortaleza y legitimidad de las instituciones del Estado.

Por cuanto respecta a la percepción de la actuación de la prensa desde el punto de vista de nuestro sistema de libertades, el papel de los medios de comunicación en la difusión de la información sobre procesos penales ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional, ya desde sus primeras sentencias. El contenido del derecho a comunicar información veraz comprende todo el proceso de creación de la información, desde la obtención y elaboración de la noticia hasta su difusión²⁷. Por eso, sostiene el Tribunal Constitucional que si la noticia se obtiene en una fuente de información general, como puede ser la audiencia pública de un juicio, forma parte del contenido del derecho a la libertad de información que no se impida el acceso a la fuente²⁸.

Más complejo es el alcance de la libertad de información en aquellas actuaciones sobre las que pesa un deber de secreto para terceros. En este caso, el Tribunal Constitucional español opta por lo que se denomina la tesis formalista, al distinguir entre los datos contenidos en los documentos afectados por el secreto sumarial de la realidad a la que afectan esos datos. Según esta tesis (STC 13/1985, antes citada), es lícito que se publiquen informaciones paralelas sobre la realidad afectada por el secreto, cuando se ha obtenido por medios

27 STC 6/1981, de 16 de marzo.

28 STC 56/2004, de 19 de abril.

lícitos y/o ajenos a los datos que obran en el juzgado. La información no afecta al secreto del sumario si se obtiene antes y al margen del sumario. La tesis, bienintencionada, puede conducir a resultados absurdos. Ante todo porque es difícil abstraer las actuaciones del sumario de la realidad a la que se refieren, principalmente cuando las fuentes de conocimiento son, para el instructor y para los medios, las mismas, ya que la investigación judicial afecta a hechos concretos. Por otro lado, el Tribunal Constitucional ha defendido que el alcance de la libertad de información no puede ser el mismo en el acto del juicio oral y público que en la fase de sumario: «en la fase instructora la vigencia de la presunción de inocencia y del derecho al honor del imputado, así como las exigencias del secreto instructorio en orden a obtener el éxito de la investigación, constituyen, todos ellos, límites constitucionales más estrictos al ejercicio del derecho a transmitir información»²⁹.

De otro modo, no se ha considerado contrarias a la tutela efectiva las condenas obtenidas en aquellos casos en que el tribunal puede verse sometido a la presión del juicio paralelo, aunque considera posible, en abstracto³⁰, que dicha consecuencia se pudiera producir. En la STC 136/1999, de 20 de julio, se estableció que dentro de la libertad de expresión no pueden incluirse declaraciones que amenacen, deliberadamente o no, con reducir las posibilidades de los acusados de gozar de un juicio justo, o que dañen la confianza de los ciudadanos en el papel que desempeñan los Tribunales al administrar la justicia penal». Otra cuestión es si la información proporcionada paralelamente a la actuación judicial puede o no invadir derechos fundamentales del sospechoso del proceso penal. A favor de que los excesos de los juicios paralelos se entiendan como vulneración del derecho

29 Auto del TC 195/1991, de 26 de junio.

30 Autos del TC 419/1990 y 195/1991.

al proceso con todas las garantías, del art. 24 de la CE, se han manifestado algunos autores³¹. A este respecto, el Tribunal Constitucional español entiende que sólo habrá intromisión al derecho al honor en el juicio paralelo cuando se haya quebrantado el deber de proporcionar una información veraz, pues toda información que no lo sea no dispone de la protección del art. 20 constitucional. Es decir, cabe opinar sobre cuestiones *sub judice*, pero no desorientar a la opinión pública³²: la opinión pública no puede ejercer una función de predecibilidad de la sentencia.

Los juicios paralelos son difícilmente evitables y sus límites son los del derecho al proceso con todas las garantías, con las consecuencias que ello tiene en el prestigio de los tribunales³³. La cuestión es, en último término, valorar hasta qué punto es admisible imponer restricciones a la libertad de información sobre investigaciones penales. En el derecho español no existen instrumentos legales dirigidos a impedir la celebración de juicios paralelos, a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos jurídicos nada sospechosos de su compromiso con las libertades (por ejemplo, las *contempt at court*, del Derecho inglés), problema que reconoce la jurisprudencia ordinaria, que contrapone a la *garantía de la publicidad*, la presencia de un equívoco *derecho a la publicación de informaciones judiciales*, que puede perjudicar la fama y honor del imputado. El TEDH, en alguna ocasión, ha dado también prevalencia al interés informativo sobre el interés de preservar la pureza de la investi-

31 Por todos, MORENO CATENA, «El derecho a un proceso público y la libertad de expresión en el proceso penal», *Constitución y Derecho público: estudios en homenaje a Santiago Varela*, 1995, p. 306.

32 STC 6/1996, de 16 de enero.

33 SSTC 64/2001, de 17 de marzo, 65/2001, de 17 de marzo, 69/2001, de 19 de marzo, 66/2001, de 21 de marzo.

gación criminal³⁴. El asunto no parece de fácil resolución, y siguiendo las palabras del Magistrado del Tribunal Supremo de los Estados Unidos Hugo Black, no parece fácil lograr el armisticio entra la primera (libertad de expresión) y la sexta (derecho al juicio justo) enmienda³⁵. Para clarificar nuestra postura, concluiremos con una conocida cita del juez John Hugues, en 1931: «Cierta grado de abuso es inseparable del uso adecuado de todo, y en nada es esto más patente que en el uso de la libertad de prensa. Por ello, la práctica de los Estados ha decidido que es mejor dejar unas pocas ramas desarrollarse a placer que, podándolas, lesionar el vigor de las que dan frutos adecuados».

5. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILERA DE PAZ, M., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento criminal*, t. V., Madrid, 1924.
- BENTHAM, J., *Tratado de las Pruebas Judiciales*, t. I, Madrid, 1843.
- CAMPANER MUÑOZ, J., *Publicidad y secreto del proceso penal en la sociedad de la información*, ed. Dykinson, Madrid, 2019.
- CUENCA GARCÍA, M^a J., «La revelación de secreto sumarial», *Revista de Derecho y Proceso Penal Aranzadi*, 2006, p. 71-100.
- DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho Procesal Penal*, con Aragoneses, Hinojosa, Muerza y Tomé, ed. Cera, Madrid, 1995.
- DEL MORAL GARCÍA, A., y SANTOS VIJANDE, J. M., *Publicidad y secreto en el proceso penal*, ed. Comares, Granada, 1996.

34 Asunto *Sunday Times contra Reino Unido*, STEDH de 26 de abril de 1979. También de interés el asunto *Ebber contra Suiza*, STEDH de 22 de mayo de 1990.

35 Tomamos la cita de DEL MORAL GARCÍA, A., en el *Prólogo* a CAMPANER MUÑOZ, *Publicidad y secreto del proceso penal en la sociedad de la información*, ed. Dykinson, Madrid, 2019, p. 16.

- GIMENO SENDRA, V., *Los procesos penales*, con Conde-Pumpido y Garberí, vol. 5, Bosch, Barcelona, 2000.
- GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho Procesal Penal*, con Herce Quemada, 9ª ed., Madrid.
- GONZÁLEZ GARCÍA, J. M.^a, «Entre el derecho de defensa y el derecho a la información: viejas y nuevas cuestiones sobre la publicidad de las actuaciones del proceso penal», *Revista del Poder Judicial*. n.º 80, 2005, pp. 55-105.
- GONZÁLEZ GARCÍA, J. M.^a, «Las relaciones entre el proceso penal y los medios de comunicación en el anteproyecto de Código Procesal Penal de 2013: el deber de reserva sobre las actuaciones en la fase de investigación», *Revista La Ley Penal*, núm. 104, septiembre octubre de 2013, pp. 10-18.
- GONZÁLEZ GARCÍA, J. M.^a, «Publicidad y secreto de las actuaciones en el proceso penal español: estado de la cuestión», en Cienfuegos Salgado, D., *Política criminal y justicia penal. Reflexiones para una reforma urgente*, FEJ (Fondo Editorial Jurídico)—Elsa G. de Lazcano, Monterrey, N. L., México, 2007, pp. 59-116.
- GONZÁLEZ GARCÍA, J. M.^a, «Una aproximación a la regulación del secreto y la publicidad de las actuaciones en el Borrador de Código Procesal Penal de 2013: del secreto de la investigación a los juicios paralelos», en Moreno Catena, V., *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 597-621.
- MINGOT CORTÉS, T., «Delito de revelación de secretos de actuaciones judiciales: el art. 466 del Código Penal», *Revista de Derecho y Proceso Penal Aranzadi*, n.º 11, 2004, p. 153-172.
- MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional I; Parte General*, Tirant, Valencia, 11ª ed., 2002.
- MORENO CATENA, «El derecho a un proceso público y la libertad de expresión en el proceso penal», *Constitución y Derecho público: estudios en homenaje a Santiago Varela*, 1995, p. 281-308.
- PEDRAZ PENALVA, E., «Notas sobre publicidad y proceso», *Poder Judicial*, núm. especial 1989, pp. 115-130.
- PRIETO-CASTRO, L., y GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., *Derecho Procesal Penal*, 4ª ed., Tecnos, Madrid, 1989.
- ROBERTO PEREIRA, Instituto Prensa y Sociedad, Nota de prensa de 8 de julio de 2022.

TRATAMIENTO PROCESAL DE LA PRUEBA DOCUMENTAL: ADMISIÓN Y FIABILIDAD

*PROCEDURAL TREATMENT OF DOCUMENTARY
EVIDENCE: ADMISSION AND RELIABILITY*

RAQUEL LIMAY CHAVEZ

Docente contratada en la Pontificia Universidad Católica del Perú, Miembro ordinario del Grupo de investigación PRODEJUS-PUCP (Proceso, Derecho & Justicia), magíster en Razonamiento Probatorio por las Universidades de Girona (España) y Génova (Italia), con estudios de Maestría en Ciencias Penales por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, abogada por la UNMSM

Fecha de recepción: 18 de abril de 2023

Fecha de aceptación: 2 de junio de 2023

RESUMEN: El presente trabajo de investigación tiene como objetivo establecer el mejor tratamiento procesal de la prueba documental, a través del correcto análisis de las etapas de admisión y valoración probatoria en el proceso penal. En cuanto a la admisión, se identifica como principio rector el de relevancia, además de aclarar el distinto nivel de exigencia de fiabilidad en esta etapa a diferencia de la valoración. En el aspecto de valoración, se exponen los problemas probatorios que podrían afectar la fiabilidad de la prueba documental y que no siempre han sido reconocidos por los órganos judiciales; se concluye con la propuesta de presupuestos para evaluarla, basados en la verificación de relevancia, autenticidad,

ABSTRACT: This investigation has the objective to determine the best procedural treatment of the documents used as evidence, across the correct analyses of admission and appreciation of evidence in the criminal process. About admission, governs the principle of relevance, additional to this is necessary to specify the different level of reliability in the admission phase. In the second moment, this paper shows problems that could affect the reliability of the documentary evidence and that have not always been recognized. Finally, it concludes with the proposal of budgets to evaluate the reliability, based on the verification of relevance, authenticity, clarity, and recognition of the documentary evidence to contribute to a judicial decision based on

claridad y reconocimiento de la prueba documental, propuesta formulada en aras de contribuir a una decisión judicial fundada en pruebas de calidad que contribuyan al mejor esclarecimiento de los hechos materia de debate.

PALABRAS-CLAVE: prueba documental, fiabilidad, admisión, autenticidad y reconocimiento.

quality evidence that contributes to a better clarification of the facts under discussion.

KEYWORDS: documentary evidence, reliability, admission, originality and recognition.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Prueba documental. 2.1. Prueba y documento. 3. La admisibilidad de la prueba documental en el CPP. 3.1. ¿Problemáticas en la admisión de la prueba documental? 4. Fiabilidad de la prueba documental. 4.1. La autenticidad del documento. 4.2. El reconocimiento del documento. 4.3. Aclaración del documento. 5. Criterios de admisión de la prueba documental. 6. Conclusiones. 7. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

La prueba documental en el proceso judicial se ha visto exenta de las críticas o cuestionamientos de fiabilidad siempre recaídos especialmente en otras pruebas como la prueba pericial o testimonial. Ello se debe, en primer lugar, a que no se han identificado adecuadamente los problemas probatorios que presenta la prueba documental tanto en la fase de admisión y valoración probatoria, y en segundo lugar, al pensamiento equivocado de que al ser una prueba representativa contenida en un soporte material, está libre de subjetividades que sí poseerían las pruebas de índole personal, en tanto los órganos de prueba (perito y testigo) podrían cometer errores intencionados o no y afectarían la fiabilidad probatoria.

Atendiendo a la problemática expuesta, corresponde realizar un adecuado estudio del examen de admisión de la prueba documental, así como de valoración de esta, identificando en primer término la importancia de diferenciar que en ambas etapas las exigencias de fiabilidad de la prueba documental tienen distinto grado, siendo menor en la etapa de admisión y mayor en la valoración.

En ese sentido, en la etapa de admisión probatoria se requerirá el presupuesto de relevancia del documento a ser ingresado, previamente se desarrollará algunas nociones básicas sobre la prueba documental para lo cual se aborda su tratamiento legal, doctrinal y en la jurisprudencia peruana, especificando las funciones que desempeña y características con las que cuenta en el marco del proceso judicial y que permitirá sostener que se trata de una prueba importante para el proceso.

En una segunda parte del trabajo, se estudia concretamente la valoración de la prueba, dirigida a evaluar y cuestionar la presunta fiabilidad con la que se ha abordado la prueba documental, para ello se analizan e identifican las problemáticas de las que puede adolecer esta prueba y encontrar algunas soluciones, con tal finalidad postula-

ré algunos presupuestos que debería tenerse en consideración; específicamente, que incida en la evaluación de su autenticidad, reconocimiento y aclaración del documento, que se fundan a partir de los problemas precedentemente identificados.

Finalmente, se debe mencionar que la idea que subyace a la necesidad de un adecuado tratamiento de la prueba documental en ambas fases del proceso penal se relaciona fundamentalmente con el ingreso y apreciación de pruebas que contribuyan al esclarecimiento de los hechos, a la determinación de la verdad, lo que podrá lograrse siempre que se ingrese prueba documental relevante, y fiable.

2. PRUEBA DOCUMENTAL

2.1. *Prueba y documento*

La prueba documental ha sido catalogada como aquel medio probatorio de carácter representativo que no constituye propiamente un acto, porque «se trata de una cosa y objeto y no de una persona ni de una actividad»¹, sino que pretende, a través del documento, «reproducir una cierta manifestación del pensamiento: como una voz grabada eternamente *vox mortua*»². Se ha llegado a afirmar que al ser la prueba documental una de carácter representativo y permanente, a diferencia de la prueba testifical, «no estaría tan sujeta a influencias externas»³.

La prueba documental ha sido definida por la jurisprudencia peruana en el Exp. N. ° 19-2001-09-A.V. de 30 de diciembre de 2009, según el cual, la Corte Suprema de Justicia de la República sostuvo que:

1 GUASP (1996, pp. 410 y 411).

2 CHIOVENDA (1925, p. 334).

3 CARNELUTTI (1957, p. 143).

[...] prueba documental viene ser toda representación de la realidad, toda información pertinente, referida a hechos procesalmente relevantes, que se contenga en soportes escritos o de otra naturaleza, como son los libros, periódicos, fotografías, contratos, cartas, entre otros; este tipo de manifestaciones, aunque sean producidas por sujetos individuales no tienen necesariamente la condición de pruebas testificales si han sido anteriores e independientes al proceso.

El objeto que es introducido al proceso a través de la prueba documental es el documento y se simboliza como «todo soporte material capaz de ilustrar un hecho o acto humano atestado por el documentador en el mismo, con prescindencia de la forma en que esa representación se exteriorice»⁴. Asimismo, PARRA⁵ especifica que para que «un objeto pueda llamarse documento debe representar un hecho». Claro está que el hecho o acto humano que represente siempre deberá estar relacionado con lo que se pretenda probar, es decir, debe ser relevante para la hipótesis del caso, por ello, bien se ha precisado que expresa algo referente a un «hecho o acto capaz de producir efectos jurídicos»⁶.

Dependiendo de la representación que quiera significar el documento, se ha clasificado como aquel que es: a) propiamente *representativo*, es decir, cuando concreta materialmente un hecho humano carente de toda declaración expresa de quien es su autor, como, por ejemplo: fotografías, planos, radiografías, pinturas, entre otros; y, b) *declarativo*, cuando se manifiesta a través de él una especial declaración de su pensamiento, como, por ejemplo: escritos, cintas grabadas,

4 NEYRA (2015, p. 335).

5 PARRA (2013, p. 441).

6 CLARIÁ (1998, p. 325).

discos, entre otros⁷. Por su parte, CARNELUTTI⁸ además los clasifica en c) *dispositivos* (también llamados constitutivos) aquellos que encierran en sí mismos un determinado acto o negocio jurídico, por ejemplo, una escritura pública o un testamento.

Sobre la primera clasificación se sostiene que el documento representativo es «objetivo e histórico»; mientras que si es declarativo podría tratarse de «una simple declaración de ciencia o un acto de voluntad dispositivo o constitutivo, una confesión extrajudicial y en otras una especie de declaración testifical de terceros, pero siempre un acto extraprocesal en sentido estricto»⁹. Respecto a la tercera clasificación se ha indicado sobre estas declaraciones de voluntad, que «en el contexto contractual, los documentos acostumbra a ser bastante asertivos, en el sentido de que no buscan convencer a nadie, sino expresar simplemente lo que las partes han pactado. Suelen contener solamente declaraciones de voluntad, incluso cuando el documento es simplemente un recibo de pago»¹⁰.

Entre algunas otras características peculiares que se atribuye a la prueba documental, es que es tratado como «un medio de prueba indirecto, pues la percepción judicial directa es sustituida por la representación presente de un hecho ausente y algún rastro de ese hecho ausente. Se dice que la prueba documental puede representar un hecho pasado, presente e incluso un hecho *futuro*; a diferencia del testigo, cuyo objeto es siempre una declaración sobre un hecho pasado»¹¹. También se ha precisado que se trata de una prueba gene-

7 JAUCHEN (2004, p. 487)

8 CARNELUTTI (1957, pp. 177 y ss.)

9 BARRAGÁN (2009, p. 559).

10 NIEVA (2010, p. 324).

11 DEVIS, s/f. (p. 486)

rada extraproceso; así CLIMENT, citando a Díaz Cabiale, señala que solo se consideran documentos «los engendrados fuera del proceso, porque los producidos en el seno del proceso no son otra cosa que ‘documentación’ de otros medios probatorios (una confesión, testimonio y pericia)»¹².

La Corte Suprema ha sido clara en inadmitir las declaraciones personales contenidas en un acta como un medio de prueba documental, así ha sostenido en el Exp. N° 07 –2016, caso del investigado Boza Olivari, consignado en el auto de enjuiciamiento– control de acusación Resolución N.° 16 del 5 de noviembre de 2018:

DUODÉCIMO. [...] debe tenerse en cuenta que, quedan fuera de la concepción de prueba documental las pruebas personales, aunque se documenten bajo la propia fe judicial, entre los que figuran las declaraciones de los imputados y testigos. La razón de esta exclusión se encuentra en que las pruebas personales están sujetas a la valoración del tribunal que la percibe con inmediatez. Siendo así no corresponde admitir las denominadas actas de declaraciones.

El CPP (art. 185) considera como documentos a los manuscritos, las impresiones, fotocopias, fax, disquetes, películas, radiografías, fotografías, representaciones gráficas, dibujos, grabaciones magneto-fónicas y medios que contengan registro de sucesos, imágenes, voces y otros similares. El contenido de lo que se puede considerar un documento es amplio. Se trata básicamente de una regulación *numerus apertus* que permite el ingreso de cualquier elemento de juicio relevante análogo a un documento.

Con el desarrollo de la ciencia y la tecnología se pueden incluir como documentos a aquellas fotografías tomadas con el celular (*screenshots* o capturas de pantalla), a los mensajes vía WhatsApp, Fa-

12 CLIMENT (2005, p. 606).

cebook, Twitter y demás redes sociales y sitios web que con el tiempo tienden a estar en aumento. El proceso penal no puede ser ajeno a esta realidad y si bien no puede ir a la velocidad de la ciencia y tecnología, sí al menos debe tener comunicación con esta e incluirla dentro del esquema procesal.

3. LA ADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA DOCUMENTAL EN EL CPP

El CPP prevé que aquel documento que sea relevante para los hechos puede ser incluido al proceso, en sus palabras, indica el ingreso de todo documento que «pueda ser utilizado como medio de prueba» (art. 184.1). Esta singular redacción no se aprecia en otros medios de prueba como la prueba testimonial o pericial. Por ejemplo, en el caso de la prueba testimonial, no se muestra en su regulación una cláusula similar, que diga «podrá ingresar todo testimonio que sirva como medio de prueba». Tampoco en la prueba pericial se puede apreciar alguna redacción equivalente.

Por el contrario, en el caso del testimonio se prevén restricciones por la condición personal de ciertos declarantes (testigos privilegiados), así como por el tipo de información que podrían revelar (secretos de Estado). Incluso se identifican algunos factores de «desconfianza» en la declaración del testigo que se puede generar en el juez, como los problemas de determinar cuándo el declarante dice o no la verdad o el establecimiento de medidas que implican el sometimiento durante la etapa de juicio a un juramento de decir la verdad o declarar en honor a ella.

De modo similar, en el caso de la prueba pericial, si bien se permite el ingreso de toda pericia de carácter técnico, científico y artístico relevante para el proceso, también se generan limitaciones sobre la situación del perito, al cual le son aplicables algunas restricciones de la prueba testimonial. Así, el artículo 175.1 del CPP restringe la posi-

bilidad de ser nombrado perito a aquel que se encuentra incurso en las mismas causales previstas en los numerales 1 y 2.a del artículo 165 del CPP. Además, que tampoco lo podrá ser quien haya sido nombrado perito de parte en el mismo proceso o en un proceso conexo con el caso, el perito que está suspendido o inhabilitado en el ejercicio de su profesión y el que haya sido testigo del hecho objeto de la causa.

Según se aprecia, las restricciones de estas dos últimas pruebas se enfocan en establecer límites para el ingreso probatorio, fundamentándose en las características específicas que inciden en el sujeto o llamado órgano de prueba (limitaciones de índole subjetiva). En cambio, como bien lo ejemplifica, ABEL¹³, la regulación de la prueba documental se centraliza, entre otros aspectos, «en los momentos de aportación del documento y el efecto preclusivo de la aportación extemporánea, las posibilidades de la obtención del documento, los efectos de la negativa a la exhibición y los mecanismos o herramientas para verificar su autenticidad». Deja de lado las consideraciones de aspectos subjetivos que sí pueden hallarse en otras pruebas como el testimonio y la pericia.

Eso significa que, en primer término, la admisión de la prueba documental dependerá del análisis de relevancia del documento presentado y no propiamente de quién elaboró el documento o quiénes fueron las partes que manifestaron su voluntad en este. A diferencia del medio de prueba testimonial o pericial, el juicio de admisión no presentaría dificultades de índole subjetiva y ello traería como consecuencia que en el CPP tampoco existan mayores restricciones en su admisión.

Ahora bien, como segunda cuestión, una de las restricciones que contempla el CPP para su ingreso es aquella que exige que la

13 ABEL LLUCH (2012, p. 782).

prueba documental, cuando consista en declaraciones escritas, debe tener un autor *conocido*. Se trata de una limitación en la admisión que excluye del sustrato probatorio a los documentos que contengan declaraciones anónimas, o los inutiliza en caso hayan sido ingresados al proceso (art. 184.3). Ello porque se comprende que un documento que otorgue fiabilidad mínimamente debería contener la identificación de su registrador o de su autor.

Así, de surgir dudas sobre su reconocimiento, solo podrían ser el autor o quien hace registro del documento quienes las aclaren. No obstante, el CPP hace una salvedad, prevé que no se excluirán aquellos escritos que contengan declaraciones *anónimas* que se constituyan en el cuerpo del delito o provengan del imputado. Ejemplos de este caso podrían ser una carta anónima que contenga una amenaza de muerte a la víctima días antes de su fallecimiento, también un mensaje de texto o un correo electrónico que establezca un monto dinerario que deberá pagar la familia a cambio de que los secuestradores liberen a la agraviada.

Estos documentos, si bien son declaraciones anónimas o desconocidas, puesto que no se puede identificar a la persona o personas que los redactaron, son pruebas de alta relevancia para las investigaciones a esclarecer; por ejemplo, en los casos mencionados previamente, de un homicidio o de un secuestro extorsivo, y que pese a que pueda dudarse de su procedencia, son pruebas relevantes que, una vez admitidas al proceso, podrían ser elementos de juicio que corroboren la hipótesis a probar o, por el contrario, la refuten. Su ingreso al contexto procesal entonces contribuirá al esclarecimiento de los hechos y por ende al fin epistémico del proceso consistente en la determinación o búsqueda de la verdad¹⁴.

14 TARUFFO (2008, p. 266; 2010, p. 28), FERRER (2016, p. 295), VARGAS (2012, p. 401), GONZÁLEZ (2005, p. 9).

Otra de las previsiones de índole epistémica que contiene el CPP se trata de lo estipulado en el artículo 184.1, que dispone que quien tenga en su poder un documento *relevante* para el proceso está *obligado* a presentarlo, exhibirlo o permitir su conocimiento, salvo exista alguna prohibición legal o necesidad de previa orden judicial. Precisamente, se trata de una disposición que ordena la presentación del documento, motivando la conducta de aquellos que incluso, sin que formen parte del proceso (pues no necesariamente el tenedor de documento será el autor del mismo) puedan introducirlo como prueba. Se fomenta la inclusión probatoria en la fase de admisión.

Inclusive, ante la negativa del tenedor del documento de exhibirlo o presentarlo, el fiscal puede solicitar al juez la orden de incautación y exhibición correspondiente (art. 184.2 CPP). Se trata en realidad de una actuación con fines de investigación y no propiamente de una medida cautelar¹⁵. Las decisiones previstas, tienen como finalidad que en la investigación se recopile la mayor cantidad de elementos probatorios (en este caso, prueba documental) para determinar si tuvo o no lugar el hecho presuntamente delictivo.

3.1. *¿Problemáticas en la admisión de la prueba documental?*

Si revisamos la legislación, la literatura procesal sobre los problemas probatorios de medios de prueba diferentes a la documental, se aprecia, por ejemplo, que la prueba pericial es cuestionada por aquella «sobrevaloración»¹⁶ que le suelen atribuir los órganos jurisdiccionales a esta prueba y que ello ha incidido en la necesidad del establecimiento de ciertos criterios adicionales para

15 NEYRA (2015, p. 398).

16 GASCÓN (2013, p. 5), VÁZQUEZ (2019, pp. 139 y 140).

su admisión¹⁷; por otro lado, respecto de la prueba testimonial, se han identificado sus problemas, básicamente, vinculados a las dificultades de percepción del sujeto declarante, al modo de asegurarse cuándo dice o no la verdad¹⁸, así como la previsión de diversas reglas de exclusión o inadmisión probatoria que contempla el CPP para determinados testimonios y testigos.

Pero, si revisamos la normativa que regula el ingreso de la prueba documental, no parece existir mayores restricciones o limitaciones en su admisión. Probablemente, porque se ha sostenido que «el documento se origina y se constituye con anterioridad al proceso»¹⁹, a diferencia de otros medios de prueba, que normalmente se producen durante el proceso o como consecuencia de este.

De ello se ha sostenido que los documentos no se encontrarían contaminados por factores subjetivos negativos que sí podrían encontrarse en el testigo como órgano de prueba cuando se deja guiar por su amistad o enemistad con una de las partes, o en cuanto a la pericia,

17 Criterios como aquellos establecidos en el caso *Daubert vs. Merrel Dow Farmaceutical* de 1993, se identificó como una prueba pericial válida si la teoría o técnica empleada: i) Puede ser (y ha sido) sometida a prueba, lo que constituiría un criterio que comúnmente distinguiría a la ciencia de otro tipo de actividades humanas; ii) ha sido publicada o sujeta a la revisión por pares; iii) se trata de una técnica científica, el rango de error conocido o posible, así como la existencia de estándares de calidad y su cumplimiento durante su práctica; y, finalmente, iv) si cuenta con una amplia aceptación de la comunidad científica relevante» (Vázquez, 2016, p. 98). *Daubert* ha sido acogido jurisprudencialmente como un criterio de *valoración* por el sistema procesal peruano, tanto en el Recurso de Nulidad N.º 1658– 2014 como en el Acuerdo Plenario N.º 4-2015/CIJ-116, ambos emitidos por la Corte Suprema peruana.

18 DE PAULA RAMOS (2019, p. 174), Mazzoni (2010, pp. 19 y 20).

19 ABEL LLUCH (2012, p. 781).

cuando es realizada por un perito corrupto o parcializado²⁰, dado que su incorporación no solo contempla la evaluación del informe sino además del examen del perito, ambos sujetos (testigos y peritos como órganos de prueba) podrían tener una enorme carga subjetiva a ser apreciada por el juez y no siempre este se encontraría en la capacidad de valorarla adecuadamente.

Entonces, ¿sería posible afirmar que la prueba documental es una prueba libre de influencias subjetivas, que sí se hallan en pruebas personales? Y si la respuesta es positiva, podríamos decir que, entonces, ¿estamos frente a una prueba fiable? Veamos estas cuestiones a continuación.

4. FIABILIDAD DE LA PRUEBA DOCUMENTAL

Devis Echandía²¹ cuando comparaba a la prueba documental con otros medios probatorios, precisaba que: «el documento es más fiel que la memoria del hombre y más seguro que un conjunto de indicios o testimonios». Se ha señalado que dado que la prueba documental representa los hechos tal y como son (por ejemplo, mediante una fotografía o un video), se puede confiar en su fiabilidad. Por tal razón, se afirma que la prueba documental podría ofrecer un grado

20 Por ejemplo, en el auto de enjuiciamiento – control de acusación el Juzgado Supremo de investigación preparatoria en la Resolución del 21 de abril de 2016, Exp. N° 09 – 2014 admitió la declaración del testigo Juvenal Mendoza Lázaro [...]; para que declare que a propósito de las labores de perito contable, que iba a realizar en una de las investigaciones conoció a los pobladores dirigentes de Mazamari, y que fue el Sr. Mercado, el que lo llamó para decirle que le harían efectivo el pago de sus servicios, siempre que los ayude declarando falazmente que la Procuradora Pública Anticorrupción había solicitado una «bolsita» de veinte mil soles.

21 DEVIS (s.f., p. 512)

de veracidad más alto en comparación con otros medios de prueba. Así, por ejemplo, a diferencia de los medios de prueba testimonial y pericial, en los cuales la fiabilidad de la prueba solo se refiere al análisis en la fase valorativa del proceso (actuación y juicio), se acota que, cuando se trata de la documental, sería posible presumir su fiabilidad o credibilidad en la fase de admisión.

Probablemente, afirmar que la prueba documental es una prueba fiable, se deba a algunas características que se le atribuye a este medio probatorio. Así, por ejemplo, un sector doctrinario alega que «la trascendencia del valor probatorio de la prueba documental» deriva de las funciones que desempeña el documento en el tráfico jurídico, entre ellas: a) la función de *perpetuación*, porque se trata de un soporte material apto para perpetuar actos, hechos y declaraciones de voluntad; b) la función de *garantía*, porque permite atribuir su contenido a un autor o autores determinados; y, c) la función *probatoria*, porque deja constancia de los actos y hechos documentados o de las relaciones jurídicas entre las partes²².

En realidad, dar por supuesta la fiabilidad del documento al momento de su ingreso o pretender exigir esta característica responde a una confusión entre la fase de admisión probatoria con la de valoración. Si nos ubicamos en la etapa de admisibilidad, no parece ser conveniente que se exija a las partes que el documento que se presente sea fiable, por supuesto, que sería lo ideal para la formación de los elementos de juicio, pero no corresponde a la fase de admisión dicha apreciación ni exigencia.

Por otro lado, tampoco podría tenerse por cierto que una prueba documental es siempre fiable o al menos es más fiable que otros medios de prueba. Esta afirmación significaría el establecimiento de

22 ABEL (2012, p. 863).

un modelo de jerarquía probatoria no justificada, si fuera así –bajo el mismo razonamiento–, se estarían adelantando un juicio de valoración sobre el documento estando aún en la etapa de admisión probatoria, desechando esta fundamental diferencia²³. Es decir, no podemos hablar de una «trascendencia del valor probatorio» del documento si es que aún no nos encontramos en el momento procesal donde se debería evaluar tal valor, es decir, propiamente en la etapa de valoración probatoria.

Más aun cuando no es tan cierto que todo documento corresponde a la perpetuación de la realidad tal y como es, en tanto que también una prueba documental puede poseer intervención de un sujeto, por ende, no puede ser catalogada de objetiva completamente, por ejemplo, tenemos que en el auto de enjuiciamiento – control de acusación, resolución del 21 de abril de 2016 del Ex. N. ° 09 – 2014, se presentaron como medios de prueba documental:

8. Acta fiscal de inspección y reconstrucción de los hechos al interior del restaurante «El Cafecito» ex «La Ruta», prueba instrumental que acredita la manera en la cual se habrían llevado a cabo las dos reuniones al interior del restaurante «La Ruta» entre los pobladores de Mazamari y la ex Procuradora Anticorrupción Sussan Sibyl Rivera Vila.
9. Acta de inspección fiscal al interior del restaurante «El Cafecito» ex «La Ruta», prueba instrumental que acredita que el testigo Núñez Manrique estaba presente en las reuniones con la ex Procuradora al interior del restaurante

23 DEL CACHO, (s/f. p. 151). Como lo afirma este autor la admisión de la solicitud de prueba implica «un juicio de lo que podría ser cierto, no se puede analizar la fiabilidad, porque el juzgador estaría prejuzgando los hechos, que es lo que se trata de evitar con la prohibición de valoración anticipada de la prueba».

«La Ruta» el mismo que detalló los pormenores de cada una de las reuniones.

10. Tomas fotográficas de los distintos ambientes del restaurante «La Ruta», prueba instrumental que acredita los distintos ambientes en donde pobladores dirigentes y la ex Procuradora Rivera Vila llevaron a cabo las reuniones del diecinueve de setiembre de dos mil trece y veintitrés de octubre de dos mil trece al interior del restaurante «La Ruta».

Se aprecia que todos estos documentos requirieron de la necesaria interpretación de un sujeto porque se tratan de actas que ha sido realizadas por personal policial; asimismo, la fotografía si bien solo es del restaurante, se ha concluido que es el lugar donde se habría llevado las reuniones en los que se habría cometido el delito. Una vez explicado ello, sea en uno u otro caso, ¿qué deberíamos entender por una prueba documental fiable? Es preciso determinar ello, para que, una vez propuestas las documentales al proceso, se pueda exigir que mínimamente estas pruebas ofrezcan o aporten información respecto a su fiabilidad.

En ese sentido, se ha considerado entre los criterios para determinar la fiabilidad de la prueba documental –si entendemos por fiabilidad aquella característica de determinada prueba que nos permitan afirmar que su contenido es verdadero o probablemente verdadero²⁴–, la determinación de la *autenticidad*, *reconocimiento* y su *aclaración*. Cabe acotar que estos requisitos si bien se encuentran en la regulación normativa, no en todos los casos se exige determinar la autenticidad del documento y tampoco en todos los casos se demanda su reconocimiento y aclaración.

24 TARUFFO (2010, p. 28).

4.1. *La autenticidad del documento*

Para iniciar este epígrafe debe recordarse que, si bien el objetivo del proceso es la búsqueda de la verdad²⁵, este objetivo no necesariamente será compartido por las partes procesales, que buscarán defender sus intereses personales, en muchas ocasiones, por encima y en contra de aquel fin y que en cierto modo se constituyen también en límites «no procesales» a la averiguación de la verdad²⁶. Un ejemplo podría presentarse «a través de la manipulación del material probatorio, que podría efectuarse mediante la presentación de medios de prueba adulterados o falsos»²⁷.

El CPP estipula que para determinar la *autenticidad* de un documento se puede disponer de la realización de una prueba pericial (art. 186.2). Es una exigencia válida porque, si bien es cierto, las partes están interesadas en que sus documentos ingresen al proceso, podría suceder —como se indicó— que motivadas por ello tiendan incluso a presentar pruebas falsas que a la larga pueden perjudicar el conjunto de pruebas. Siguiendo el razonamiento epistémico (que pretende optimizar la búsqueda de la verdad en el proceso), se pueden utilizar otros medios de prueba para sustentar el apoyo o refutación de la información que pueda proveer la prueba documental tales como la pericia que actuaría como una prueba auxiliar (indirectamente relevante²⁸).

25 Sobre la base de la postura racionalista asumo que el fin de la prueba y el proceso es la búsqueda o determinación de la verdad, finalidad epistémica de la institución probatoria.

26 GASCÓN (2004, p. 121).

27 ANDERSON *et al.* (2015, p. 98).

28 Cuando se habla de una prueba indirectamente relevante no se está aludiendo a la conocida clasificación entre prueba indirecta o indiciaria (ANDERSON *et al.*, 2015, p. 98).

La autenticidad de una «prueba tangible» –utilizando el término empleado por Twining²⁹–, es el elemento más importante de la credibilidad de un documento. Las cuestiones de autenticidad en su mayoría las tendrían que proponer la parte contraria a la parte procesal que presenta los documentos o, en su caso, el juez de la investigación preparatoria al cual le surgen dudas sobre la veracidad del documento presentado. Por ejemplo, en muchas ocasiones cuando no se trata de un documento público³⁰ sino de un documento privado³¹, dada sus características, el modo y las formalidades de su constitución podría generar desconfianza en las partes y en el juez, más aún si una de las partes ha alegado fundadamente su falsedad, por lo que una vez

-
- 29 ANDERSON et al. (2015, p. 99) consideran como prueba tangible a los objetos, documentos, imágenes de sensores, mediciones, tablas, mapas, diagramas, entre otros. Según entiende existen tres atributos que deben ser evaluados para determinar la credibilidad de una prueba tangible: a) la autenticidad, b) la exactitud y sensibilidad y la c) fiabilidad. También la prueba pericial, desde un aspecto documental o del informe pericial puede ser considerado una prueba tangible.
- 30 150 El CPP no otorga una diferenciación específica en el carácter del documento, por ello, para establecer el contenido diferenciador entre un documento público y uno privado conviene remitirnos al Código Procesal Civil –aplicable supletoriamente en función de la primera disposición final del CPC– que prevé en el artículo 235 que es documento público: 1. El otorgado por funcionario público en el ejercicio de sus atribuciones; 2. la escritura pública y demás documentos otorgados ante o por notario público, según la ley de la materia; y 3. todo aquel documento al que las leyes especiales le otorguen dicha condición. La copia del documento público tiene el mismo valor que el original, si está certificada por el auxiliar jurisdiccional respectivo, notario público o fedatario, según corresponda.
- 31 Por su parte, sobre el documento privado, el Código Procesal Civil regula en el artículo 236 que se trata de aquel que no tiene las características del documento público. La legalización o certificación de un documento privado no lo convierte en público.

«exhibido en el proceso el documento se puede poner en tela de juicio su veracidad, autenticidad o falta de integridad»³². Los precitados profesores chilenos Horvitz y López, refieren que:

De cara a esta posibilidad es útil acudir a la distinción entre documentos públicos y privados, pues respecto de estos últimos cabría requerir habitualmente su reconocimiento al presunto autor [...] En el caso de los instrumentos públicos, en cambio, su formación ha estado precedida por controles adecuados sobre su autenticidad que provienen de otros contextos normativos».

Algunos escenarios en los que se pondría en tela de juicio la autenticidad de un documento lo señala ANDERSON, SCHUM y TWINING.³³: a) cuando la prueba que ha sido deliberadamente ideada para engañar a través de un documento falsificado; b) cuando existen errores en la grabación, transmisión o procesamiento de la prueba, es decir, fallas o defectos en procedimiento de obtención de la prueba documental; y, c) finalmente, cuando el testigo o elemento cuyo testimonio es ofrecido para establecer la autenticidad puede estar equivocado o mentir³⁴.

La decisión que se adopte para admitir o excluir un documento sobre el cual recaigan dudas de su autenticidad debe tener una orientación epistémica. Si se presentara el supuesto en el cual un documento requiera de una pericia que corrobore su autenticidad –como así lo prevé en artículo 186.2 del CPP–, se debe aceptar que ello demandaría necesariamente un costo adicional, pues todas las pericias son

32 HORVITZ y López (2004, p. 308).

33 ANDERSON *et al.* (2015, p. 100).

34 Este último ítem bien podría ser aplicado al informe pericial, porque este que será expuesto por el perito quien puede incurrir en una equivocación o dar una información falsa.

costosas, al menos en alguna medida³⁵. Ahora bien, dado que la duda sobre si el documento es o no auténtico probablemente haya sido advertida por la parte procesal contraria, o por el juez de investigación preparatoria, si nos hallamos ya en el juicio de admisión, no parece factible que la pericia pueda ser efectuada en la fase admisorio, por lo que, en el mejor de los casos, la parte tendría que advertir ello al momento de realizadas las diligencias preliminares.

Si este último no es el caso, es decir, la pericia que examine el documento no es realizada ni en las diligencias preliminares, entonces, durante el juicio de admisibilidad convendría admitir el documento que requiera de una pericia que determine su autenticidad, siempre bajo la condición de que una vez ingresada al proceso se practique la prueba pericial que fue propuesta para determinar la autenticidad del documento.

En ese sentido, como afirma De Paula Ramos³⁶: «La parte contraria, en esta situación, podría desarrollar su propia labor epistémica, evaluando la calidad de la información brindada e, incluso, solicitar a su propio perito que haga un análisis preventivo, a fin de que, siendo el caso, se concluya que la prueba aportada no presenta problemas. Además, en ese momento, el juez (o jueza) podría evaluar la fiabilidad de la prueba aportada e intentar saber si la información facilitada, de hecho, demuestra el «funcionamiento» del documento en cuestión».

Esto significa que, así exista alguna duda sobre la autenticidad de una prueba documental, advertida por la parte procesal contraria o por el juez, debería en primer término ser admitida si es relevante o, mejor dicho, altamente relevante. Porque una vez determinada su alta potencialidad de cambiar el estatus epistémico de la hipótesis, estaría

35 DUCE (2013, pp. 57 y 59).

36 DE PAULA RAMOS (2022, p. 149).

plenamente justificado asumir los costos que implica la realización de una pericia.

Desde un aspecto de la economía procesal, si las pruebas poseen al menos potencialmente un alto valor debería ser ingresado al proceso asumiendo los gastos que genere. En sentido contrario, si se trata de un documento que además de ser redundante (que versa sobre el mismo objeto al igual que otras pruebas presentadas) se ha tornado superfluo para el cúmulo probatorio y respecto del cual existen dudas sobre su autenticidad, no debería ser admitido si se requiere para ello que se realice una pericia, puesto que los gastos que generaría su realización no se verían compensados con el valor que probablemente aporte al esclarecimiento de los hechos.

La decisión que adoptaría el juez se basaría en la regla general de admisión de la prueba por relevancia, consecuentemente, pese a existir duda sobre la autenticidad de una documental relevante, esta debe ser ingresada al proceso, a efectos de que posteriormente se le practique la pericia que defina si estas dudas son o no fundadas.

Esta opción resulta conveniente para los fines epistemológicos, es decir, de determinación de los hechos o búsqueda de la verdad por los siguientes aspectos: a) primero, porque fomentaría el ingreso de todo documento, que si bien genera *dudas* sobre su autenticidad o la realidad de su contenido, sea relevante para el proceso a esclarecer³⁷; y b) segundo, que esta decisión podría generar que las partes del proceso que ofrecen estos documentos se aseguren *antes* de su autenticidad, porque, de lo contrario, podrían verse perjudicados, en

37 Esta decisión no es elegida en todos los ordenamientos, por ejemplo, en la Regla 901 de las *Federal Rules of Evidence* se especifica que la parte que busca incorporar un documento, fotografía u otra clase de prueba tangible debe ofrecer pruebas «suficientes para respaldar la conclusión de que es lo que pretende ser» (ANDERSON et. Al., 2015, p. 99).

caso de comprobarse en un escenario futuro a través de la pericia grafotécnica, que el documento es falso³⁸ y, por ende, su o sus pruebas sean excluidas del proceso.

La exclusión de la prueba documental falsa protege al conjunto probatorio y fomenta la inclusión con pruebas fiables. No obstante, si existen dudas sobre su autenticidad y este documento es relevante, debería ser admitido.

4.2. *El reconocimiento del documento*

Un segundo elemento que podría evaluarse para determinar la fiabilidad probatoria se trata del *reconocimiento* del documento. El CPP prevé que podría ser realizado por: a) el autor del documento;

38 Cabe citar que, como lo ha sostenido un sector doctrinario, «no toda falsificación documental tiene que demostrarse mediante una pericia grafotécnica o documentoscópica». Se alude a ello, en tanto que pueden presentarse algunos casos que pueda determinarse la falsedad de un determinado documento sin la necesidad de un conocimiento especializado (Chinchay, pp. 6 y 7). También se usa las pericias técnicas forenses para determinar la autenticidad de una grabación contenida en documentos. Este último caso se halla en el auto de enjuiciamiento – control de acusación, Resolución del 21 de abril de 2016, Exp. N° 09 – 2014 emitido por el Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria: «Informe Pericial Técnico Fonético Nro. 058-2015, procedente del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Gerencia Criminalística del Ministerio Público, prueba instrumental que acredita que del estudio de fonética y acústica forense sometido a los tres archivos de audio cuestionados de nombre AUDIO PROCURADORA MP3 con registro de voces de dos hablantes adultos (hombre y mujer), contenido en el CD de folios ciento veintisiete, ciento veintiocho y un tercer CD remitido, se ha determinado lo siguiente: A) Los tres archivos del mismo audio, presentan características de haber sido editados, como se concluyó en el informe pericial técnico fonético 17-2015. B) Los tres archivos del mismo audio contienen la misma grabación de las locuciones».

b) quien sea identificado según su voz, imagen, huella, señal u otro medio; c) aquel que efectuó el registro; y, d) por personas distintas, que tendrían la calidad de testigos. Según lo prescrito por la norma procesal, el reconocimiento del documento se realiza en casos *necesarios* (art. 186, incs. 1 y 2).

Como bien lo arguyen HORVITZ y LÓPEZ, pero limitándose al caso del reconocimiento por parte del autor del documento:

El documento al ser el medio por el cual se incorpora al juicio el acto o hecho atestado por el autor del mismo o sus ideas, su manifestación de voluntad, la representación o el pensamiento que él ha dejado sobre dicho objeto, conviene que comparezca al juicio para efectuar su reconocimiento y ser interrogado acerca del contenido, motivaciones y demás circunstancias de elaboración o suscripción del mismo³⁹.

Así, por ejemplo, en la investigación preliminar el imputado podrá efectuar el reconocimiento del contenido del documento escrito o que contenga su voz o sonido (art. 88.5 del CPP), siempre en cumplimiento de las formalidades establecidas en este acto. Estas formalidades, según lo dispone el artículo 190⁴⁰, pueden ser encontradas en el artículo 189 del CPP, que regula la formalidad para el reconocimiento de personas.

En este entendido, es importante señalar que el CPP no contiene las directrices para la forma y modo del reconocimiento de un documento, por lo que corresponde establecerlas de modo análogo,

39 HORVITZ Y LÓPEZ (2004, p. 307).

40 El artículo 190 del CPP, a la letra refiere: 1. Cuando se disponga reconocer voces, sonidos y cuanto pueda ser objeto de percepción sensorial, se observarán, en lo aplicable, las disposiciones previstas en el artículo anterior, es decir, el artículo 189 que regula el reconocimiento de personas.

en lo que fuera pertinente, a lo contenido en el artículo 189 del CPP sobre reconocimiento de personas. Por consiguiente, se procederá a reconocer un documento consistente en videos o audios que contengan voces, sonidos y cuanto pueda ser objeto de percepción sensorial, como así lo prevé el artículo 190 del CPP, del siguiente modo: En primer lugar, dado que el documento se encuentra ya individualizado, la persona (el autor, el registrador o el testigo), describirá el contenido del audio o video o dará cuenta del contexto en el cual hubiere tenido lugar. Como bien lo acota un sector de la doctrina: «Los documentos solo se pueden entender en su contexto»⁴¹:

- Luego, se le debería preguntar si reconoce la voz o el sonido, y en caso así sea deberá precisar si la identifica como suya o proveniente de un tercero.
- Dado que estamos ante diligencias de investigación, corresponde que se encuentre presente el abogado, de tratarse del imputado quien realiza el reconocimiento.
- Si el reconocimiento lo deben efectuar varias personas, cada reconocimiento se deberá realizar por separado, es decir, sin que exista comunicación entre los concurrentes, lo que es sumamente adecuado para que no exista influencia o acuerdo entre sus declaraciones de reconocimiento.
- Debe procurarse que se realice en un solo acto el reconocimiento de varios documentos por una sola persona, siempre salvaguardando el esclarecimiento de los hechos.

La disposición de reconocimiento de documento se convierte en una normativa procesal que contribuye, en definitiva, con la formación de un conjunto probatorio rico y variado. Si se incluye en este conjunto, no solo las pruebas documentales sino también aquellos

41 NIEVA (2010, p. 331).

otros medios probatorios que puedan corroborar o, por el contrario, contrasten la información contenida en el documento, se puede acceder a más datos o elementos que beneficien al sustrato de prueba y, por ende, conviene contar con ellos en el juicio de admisión porque su inclusión tiene un fundamento epistémico. Y si bien el CPP solo dispone el reconocimiento del documento «cuando sea necesario», es conveniente que se realice con mayor frecuencia.

4.3. *Aclaración del documento*

El CPP, con el fin de esclarecer el contenido del documento para ser adecuadamente valorado por el juez, dispone su traducción, transcripción y visualización. Es pertinente lo sostenido por NIEVA cuando afirma que «valorar debidamente el documento no supone simplemente leerlo, sino también describir su contexto, porque solo de esa forma es posible leer entre líneas, descubriendo el trasfondo de lo escrito»⁴².

En ese sentido, la norma establece que si el documento está redactado en un idioma distinto del castellano debe ser traducido por un traductor oficial (art. 187.1). Si se trata de una cinta magnetofónica, el juez o el fiscal en la investigación preparatoria, dependiendo del caso, deben disponer su transcripción en un acta, con la participación de las partes (art. 187.2). Cuando el documento es una cinta de video, los citados órganos deben ordenar su visualización y su transcripción en un acta, con intervención de las partes (art. 187.3)⁴³.

42 NIEVA (2010, p. 324).

43 «En España, la doctrina dominante exige que el documento adopte la forma escrita en el ámbito probatorio, fundamentalmente porque el modo para que surta efecto como medio de prueba es a través de su lectura» (HORVITZ Y LÓPEZ, 2004, p. 304).

Finalmente, se precisa que, si la transcripción de la cinta magnetofónica o cinta de video requiere de mucho tiempo, el acta puede levantarse en el plazo de tres días de realizada la diligencia, luego requerirse el traslado por el plazo de dos días para las observaciones que correspondan. Posterior a ello, sino se realizaron mayores observaciones, el acta será aprobada inmediatamente; de igual manera, el juez o el fiscal resolverán las observaciones formuladas al acta, disponiendo lo conveniente (art. 187.4 CPP).

Estas disposiciones tienen como fin aclarar conjuntamente con las partes el contenido documentado en videos, cintas, escritos en idioma foráneo, también convendría incluir en estos los audios enviados a través de las redes sociales como WhatsApp, Facebook, Twitter, entre otros, que cada día se vuelven más frecuentes en el contexto de las comunicaciones.

La aclaración del documento es idónea porque se deja constancia de que las partes intervinientes estuvieron de acuerdo con el contenido de la prueba, y ello facultaría a que, una vez ingresada, no puedan alegar que desconocieron algún extremo del contenido del documento o no entendieron el idioma en que estaba escrito, y pretendan declarar su nulidad por motivo de indefensión. Con estas disposiciones, se podría ver subsanada alguna duda de las partes que tuvieran sobre el documento y se incluirían al sustento de pruebas asegurando recibir los mínimos cuestionamientos por las otras partes procesales.

5. CRITERIOS DE ADMISIÓN DE LA PRUEBA DOCUMENTAL

Se había señalado que –según la interpretación legal y doctrinaria– la prueba documental, a diferencia de aquellos medios de prueba donde existe un órgano de prueba activo (pruebas personales), no revestiría mayores problemáticas en cuanto a su admisión. Precisamente, las limitaciones reguladas en la fase de admisión de la prueba

testimonial y la pericial no se encuentran en la previsión legal de la prueba documental, pues se considera más fiable y sin las cargas de subjetividad que presuntamente sí las poseerían las citadas pruebas.

Así, en el caso de la prueba documental, el foco de atención no se centra en el sujeto que presenta la prueba o quien la expone (como el caso del testigo o el perito), porque son pruebas personales, sino en el documento presentado, que es propiamente el elemento de juicio que será finalmente valorado por el juez.

Sin embargo, pese a que se ha fundamentado en este sentido su fiabilidad, se esclareció que ello no es del todo cierto, puesto que esa posición se asienta principalmente en una confusión entre la fase de admisión y la etapa de valoración probatoria. La misma que ha podido influir en la regulación de las reglas de admisión de la prueba documental. Por ello, es una tarea determinar los pasos para desarrollar adecuadamente el juicio de admisión de la prueba documental acorde a obtener una prueba que una vez ingresada al proceso aporte una mejor información al juez para resolver el caso del modo más acertado posible.

En ese sentido, podría tomarse en cuenta los siguientes pasos para la admisión de la prueba documental.

1. En primer término, la admisión de toda prueba documental dependerá de su relevancia con el caso a ser probado; en ese sentido, cualquier documento cuya incorporación contribuya a la demostración del objeto de prueba o en sentido opuesto a su refutación, deberá ser incorporado al sustrato probatorio.

Ahora bien, si es que existiera una duda sobre la relevancia del documento igualmente deberá ser ingresado. Rige el principio de relevancia inclusiva que involucra la admisión de prueba útil y pertinente para esclarecer el objeto del proceso. *A contrario sensu*, cuando nos encontremos ante un documento que no sea de ningún modo pertinente para el proceso debe ser excluido.

2. Como siguiente paso, si concurren varios documentos que están dirigidos a probar el mismo hecho, es decir, si nos encontramos ante el supuesto de pruebas redundantes que son superfluas y por tanto sobrecarguen la información con la que cuenta el juez, por ejemplo, porque las partes lo presentaron con fines puramente dilatorios, corresponderá excluir aquellas documentales cuya contribución al proceso sea mínima en comparación con las otras de la misma clase.

Por ejemplo, en muchas ocasiones las partes suelen presentar demasiados documentos dirigidos a acreditar que «el imputado ostentaba el cargo de funcionario público», en realidad, si bien la cantidad de documentos pueden confirmar que esto, sea o no cierto, la aglomeración de documentos que se dirijan a determinar un mismo objeto genera que esta información no sea manejada adecuadamente por el juez, por ello, debe optarse por una decisión epistémica de exclusión de documentos superfluos.

3. Finalmente, en caso el documento presente cuestionamientos sobre su autenticidad y sea necesario la realización de una prueba pericial que determine ello, corresponde, en principio, admitir la prueba documental que, si bien ha generado dudas sobre su autenticidad, es altamente relevante. Su admisión se sustenta en la potencialidad de contribuir al esclarecimiento de los hechos, por ello, si se requiriera de la realización de una prueba pericial, su relevancia y aporte al conjunto probatorio justifica los gastos adicionales que genera la realización de una pericia. En este sentido, su admisión estará sujeta a la condición de que sea sometida a una pericia, así, pese a que el resultado de la pericia no favorezca la confirmación de su autenticidad, si estarían fundamentadas y debidamente justificadas las razones por las cuales se permitió su inclusión.

Por otro lado, en caso de que existiera alguna duda de autenticidad sobre una prueba documental que requiera de la práctica de la pericia, no será admitida si se trata de una prueba documental redundante y superflua. Es así porque no se podría generar costos procesales (tiempo, personal y dinero) que impliquen, por ejemplo, la realización de una pericia grafotécnica que determine su autenticidad, si es que la prueba documental cuenta con un grado muy inferior de aporte al sustrato de pruebas. En este caso, entonces, corresponde su exclusión.

Conviene además que la admisión de la prueba documental se vea respaldada por su reconocimiento. Esto significa que el testimonio que tienda a reconocer el contenido de un documento deberá ser admitido en todos los casos. Asimismo, la admisión de la documental dependerá de que su contenido sea claro y entendido por las partes procesales, para ello, se efectuarán las correspondientes aclaraciones (transcripciones, traducción y visualización) de presentarse los casos que estipula la ley.

En ese sentido, la *autenticidad*, el *reconocimiento* por medio de la prueba pericial y la *claridad* de la prueba documental serán informaciones contenidas por las pruebas documentales que deberán aportarse dependiendo del caso concreto. Pero en todos los casos deberá requerirse mínimamente de dicha información.

6. CONCLUSIONES

La prueba documental posee la particularidad de que, a diferencia de las pruebas testimonial y pericial, se ha liberado de críticas o cuestionamientos relacionados con la subjetividad que sí cargarían aquellas pruebas, principalmente, porque tanto el testimonio como la pericia requiere de la inevitable participación de un órgano de prueba, sea el testigo o sea el perito, lo cual habría determinado que su regu-

lación no sea tan exigente o llena de límites como otras pruebas como testimonial y pericial.

Se analiza la etapa o examen de admisibilidad de la prueba documental, en principio, debe regir la admisión de todo documento. La normativa peruana efectúa algunas exclusiones de índole epistémica, como la necesidad de que en todo documento esté identificado su autor (o su registrador), para que, de ser necesario, sean estos quienes lo reconozcan. Con una finalidad de averiguación de la verdad, la norma también impone, en el artículo 184.1 del CPP, que quien tenga en su poder un documento relevante para el proceso está obligado a presentarlo, exhibirlo o permitir su conocimiento.

Se trata de mejorar el juicio de admisión de la prueba documental, deben identificarse los problemas que están siendo dejados de lado por los órganos judiciales y también por los estudios doctrinarios. Se ha sostenido que la prueba documental es una prueba fiable, entre otras razones, porque sirve de soporte o materialización de hechos sin ningún tipo de intervención. Pero ello no es así, ya que la fiabilidad del documento puede verse afectada por las distorsiones intencionales que pueden producirse en el transcurso de su obtención y que sin duda se constituyen en problemáticas que reclaman soluciones.

El requisito de fiabilidad del documento corresponde ser evaluado en la fase de valoración de la prueba y no propiamente en la fase de admisión. En esta etapa, las documentales deben requerir de información que permitan presumir que los datos ingresados sean fiables. La fiabilidad estará determinada por la evaluación de la autenticidad del documento, que es el primer presupuesto de credibilidad de una prueba documental, para evaluar la autenticidad puede emplearse incluso una pericia que así lo determine (art. 186.2 del CPP).

No en todos los casos deberá utilizarse la pericia porque –como antes se ha indicado– es costosa, entonces corresponde decidir su

empleo a partir del valor epistémico que probablemente nos ofrezca un documento. En ese entender, si existieran dudas sobre la autenticidad del documento, pero este es poderosamente relevante, debe ser admitido.

Un segundo criterio que tomar en cuenta es el reconocimiento del documento. La presencia de un reconocimiento de la prueba documental se trata de una decisión legislativa que contribuye con la finalidad epistémica del proceso, por cuanto permite contar con un conjunto probatorio rico y diverso. Es así porque la declaración del autor o del registrador del documento, definitivamente, puede corroborar o refutar la información, datos o hechos contenidos en esta prueba. Por estas razones, si bien el CPP solo dispone el reconocimiento del documento ante situaciones necesarias, es adecuado que se proponga con mayor frecuencia por las partes.

Finalmente, la tercera regla que rige la admisión de un documento se relaciona con la aclaración de su contenido, lo que es pertinente para que se refuerce su hipotética fiabilidad, pues permitirá su sometimiento al conocimiento y crítica de las partes facilitando su ingreso.

7. BIBLIOGRAFÍA

- ABEL LLUCH, Xavier. (2012). «La valoración de la prueba científica». En: BUS-TAMANTE RÚA, Mónica (Coordinadora). *Derecho Probatorio contemporáneo. Prueba científica y técnicas forenses*. Medellín: Universidad de Medellín.
- ANDERSON, SCHUM y TWINING. (2015). *Análisis de la prueba*. Traducción coordinada por Flavia Carbonell y Claudio Agüero. Madrid: Marcial Pons.
- BARRAGÁN SALVATIERRA, Carlos. (2009). *Derecho procesal penal*. 3.ª ed. México D.F.: Mc Graw Hill.
- CARNELUTTI, Francesco. (1957). *Cuestiones sobre el proceso penal*. Traducción de Sentís Melendo, Santiago. Bologna: Editorial Dott Cesare Zuffi.

- CHIOVENDA, José. (1925). *Principios de derecho procesal civil*. T. II. Traducción de José Casáis y Santaló. Madrid: Reus.
- CLARÍA OLMEDO, Jorge A. (1998). *Derecho procesal penal*. T. II. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.
- CLIMENT DURÁN, Carlos. (2005). *La prueba penal*. T. I. 2.^a ed. Valencia: Tirant lo Blanch.
- DE PAULA RAMOS, Vitor. (2019). *La prueba testifical. Del subjetivismo al objetivismo, del aislamiento científico al diálogo con la psicología y epistemología*. Madrid: Marcial Pons.
- De Paula Ramos, Vitor. ««Déjame atravesar el viento con documentos»». *Quaestio facti. Revista internacional sobre razonamiento probatorio*, 2022, Núm. 3, p. 131-157, https://doi.org/10.33115/udg_bib/qf.i3.22655.
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando. (s.f). *Teoría general de la prueba judicial*. T. I. Buenos Aires: Victor P. de Zavalia Editor.
- DUCE, Mauricio (2013). *La prueba pericial. Aspectos legales y estratégicos claves para el litigio en los sistemas procesales penales acusatorios*. Buenos Aires: Ediciones Didot.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina. (2004). *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*. 2.^a ed. Madrid: Marcial Pons.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina. (2013). «Prueba científica. Un mapa de retos». En: VÁZQUEZ ROJAS, Carmen. (Editora). *Estándares de prueba y prueba científica*. Madrid: Marcial Pons.
- GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. (2005). *Quaestio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*. Lima: Palestra.
- HORVITZ LENON, María y LÓPEZ MASLE, Julián. (2004a). *Derecho procesal penal chileno*. T. I. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- JAUCHEN, Eduardo M. (2004). *Tratado de la prueba en materia penal*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores.
- NEYRA FLORES, José Antonio. (2015). *Tratado de derecho procesal penal*. T.II. Lima: Idemsa.
- NIEVA FENOLL, Jordi. (2010). *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.

- PARRA QUIJANO, Jairo. (2013). *Manual de derecho probatorio*. 18.^a ed. Bogotá: Ediciones del Profesional LTDA.
- TARUFFO, Michele. (2008). *La prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- TARUFFO, Michele. (2010). *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*. Traducción de Daniela Accatino Scagliotti. Madrid: Marcial Pons.
- VARGAS VÉLEZ, Orión. (2012). «¿Puede haber una ciencia de la prueba? Una mirada hacia delante». En BUSTAMANTE RÚA, Mónica (coordinadora). *Derecho probatorio contemporáneo. Pruebas científicas y técnicas forenses*. Medellín: Universidad de Medellín.

RELACIÓN ENTRE TEORÍA GENERAL DEL PROCESO Y AMPARO INTERAMERICANO

RELATIONSHIP BETWEEN GENERAL THEORY OF PROCEDURE AND INTER-AMERICAN AMPARO

ALFONSO JAIME MARTÍNEZ LAZCANO

Investigador Nacional del Sistema Nacional de Investigadores Conacyt Nivel I. Doctor en Derecho Público, Doctorante en Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Profesor e investigador de la Universidad Autónoma de Chiapas y profesor honorario de la Facultad de Derecho de la UNAM. Presidente del Colegio de Abogados Procesalistas Latinoamericanos. Vicepresidente de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional. Director de la Revista Primera Instancia

Fecha de recepción: 18 de abril de 2023

Fecha de aceptación: 2 de junio de 2023

RESUMEN: Este artículo científico aborda varios temas relacionados con la importancia de la teoría general del proceso para el estudio de la protección interamericana. Se aborda la necesidad de cambiar el paradigma para la protección real de los derechos humanos, reconociendo que el derecho es un producto cultural. También se destaca el papel del Sistema Interamericano de Derechos Humanos como garantía adicional para la protección de los derechos humanos a nivel nacional. Se explica la teoría general del proceso y se analizan las categorías fundamentales y los principios esenciales de la unidad jurisdiccional. Además, se hace referencia al derecho convencional tanto en

ABSTRACT: This scientific article addresses various topics related to the importance of the general theory of process for the study of inter-American protection. The need to change the paradigm for the real protection of human rights is discussed, recognizing that law is a cultural product. The role of the Inter-American System of Human Rights is also highlighted as an additional guarantee for the protection of human rights at the national level. The general theory of process is explained, and the fundamental categories and essential principles of jurisdictional unity are analyzed. Additionally, reference is made to conventional law in both its substantive and procedural aspects. Finally, the

sus aspectos sustantivos como procesales. Finalmente, se explora el Procedimiento del sistema de peticiones individuales o colectivas y la protección interamericana.

PALABRAS-CLAVE: protección interamericana, cultura, derecho convencional, teoría general del proceso.

Procedure of the system of individual or collective petitions and inter-American protection is explored.

KEYWORDS: Inter-American protection, culture, conventional law, general theory of process.

SUMARIO: Introducción. 1. Producto cultural. 2. Sistema Interamericano de Derechos Humanos. 3. Teoría general del proceso. 3.1. Categorías fundamentales. 3.2. Principios esenciales de la unidad en lo jurisdiccional. 4. Derecho convencional. 4.1. Derecho convencional sustantivo y procesal de los derechos humanos latinoamericanos. 5. Amparo interamericano. 6. Procedimiento del amparo interamericano ante la Corte IDH. 6.1. Etapa escrita inicial . 6.1.1. Presentación del caso a la Corte IDH . 6.1.2. Designación del Defensor Público Interamericano. 6.1.3. Presentación del escrito de solicitudes, argumentos y pruebas por parte de las presuntas víctimas. 6.1.4. Presentación del escrito de contestación por parte del Estado demandado. 6.1.5. Presentación del escrito de observaciones a las excepciones preliminares presentadas por el Estado. 6.1.6. Observaciones al reconocimiento de responsabilidad del Estado. 6.1.7. Otros actos del procedimiento escrito. 6.1.8. Recepción de *amicus curiae*. 6.2. Etapa oral o de audiencia. 6.3. Etapa escrita de alegatos y observaciones finales de las partes y la CIDH. 6.4. Diligencias probatorias. 6.5. Etapa de estudio y emisión de Sentencia. 6.6. Solicitudes de interpretación y rectificación. 6.7. Fase de supervisión de cumplimiento de sentencias. 7. Bibliografía.

INTRODUCCIÓN

El proceso es un medio para solucionar conflictos jurídicos con la intervención de un tercero imparcial e independiente, cuyas decisiones son vinculantes para los contendientes. Sin embargo, es importante destacar que, para recurrir a una institución de justicia, primero deben existir disputas que requieran ser resueltas. Antes del proceso, se presenta un conflicto jurídico en el que dos o más partes tienen intereses, derechos o posiciones opuestas o divergentes que necesitan ser resueltos. El distinguido procesalista italiano Francesco Carnelutti nos dice que «*el conflicto de intereses es un litigio, siempre que una de esas dos personas formule contra la otra una pretensión y ésta le oponga resistencia*».¹

Las discrepancias jurídicas, debido a su complejidad, pueden estar reguladas por diversas áreas del derecho, como el civil, penal, familiar, laboral, comercial, convencional internacional y otras ramas, y se originan por diversas causas, como la violación de un contrato, un tratado internacional, la comisión de un delito, lesiones a una persona, discriminación laboral, disputas de propiedad, entre muchas otras.

Además del proceso, existen otros medios para resolver conflictos jurídicos, como la mediación, la conciliación, la justicia restaurativa, la solución amistosa o el arbitraje. En algunos casos, las partes pueden llegar a un acuerdo por medio de la autocomposición.

Cuando el conflicto se refiere a la violación de los derechos humanos, como cualquier otra rama del derecho, tanto la teoría sustantiva como procesal son esenciales para proteger jurídicamente a las posibles víctimas y proporcionar un resarcimiento. Esto se logra me-

1 CARNELUTTI, Francesco, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Oxford University Press, primera serie, volumen 5, México, 1999, p. 130.

diante la interpretación y aplicación de las disposiciones nacionales y de los tratados internacionales, así como en el diseño de mecanismos de protección y defensa.

El Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) 2023 da a conocer que en el 2022 se resolvieron 25 casos, que versaron sobre desaparición forzada de personas, por la violación de los derechos a las garantías judiciales, al trabajo, a la propiedad privada, en perjuicio de al menos 4.090 trabajadores marítimos y portuarios, derechos a la igualdad y no discriminación, a la libertad personal, a la vida privada; al derecho a la libertad de pensamiento y expresión en perjuicio de los periodistas, entre otros.²

El derecho sustantivo establece a quiénes y cómo deben ser protegidos, mientras que la parte procesal determina qué instituciones y cómo se garantizan los derechos sustantivos, esta distinción se reconoce a partir del llamado procesalismo científico.

1. PRODUCTO CULTURAL

En el ámbito del derecho, el cambio puede ser lento y difícil de lograr, máximo que por mucho tiempo hemos estado estancados en las mismas formas de administrar justicia plagada de formalismos y dogmas, dando vueltas en «círculos». Pero ahora, en los albores del siglo XXI, estamos experimentando una revolución jurídica hacia nuevas y necesarias formas de administrar justicia, impulsadas por los derechos humanos, que nos brindan la esperanza de vivir en un mundo más justo, digno y humano.

Sin embargo, esta transición no es fácil de lograr debido a la resistencia arraigada en la vieja idea de soberanía, que choca con los

2 Corte IDH. Informe Anual 2022, <https://tinyurl.com/34e4yy9j>

vientos de transformación que vienen del exterior. Los gobiernos semidemocráticos con sus creencias y conveniencias son un obstáculo importante para romper este cerco.

A pesar de esto, la idea de soberanía está perdiendo fuerza debido al fenómeno de la regionalización de los derechos humanos cuyo corazón es un órgano jurisdiccional, que ha llevado a las naciones a transitar de un derecho exclusivo a compartir disposiciones e instituciones comunes.

En este contexto, los tratados internacionales han ampliado el catálogo de derechos humanos y aumentado los parámetros de protección, lo cual no disminuye la soberanía de los Estados, sino que la fortalece, ya que los derechos subjetivos que surgen del derecho convencional son universales para todas las personas, en quienes reside la soberanía popular.

Es importante destacar que la cultura juega un papel fundamental en este proceso. Por ejemplo, el derecho convencional de los derechos humanos puede llevar a que los tribunales constitucionales o cortes supremas de los países parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) deban acatar las resoluciones de los órganos convencionales o que las constituciones puedan contener disposiciones contrarias a la Convención Americana de Derechos Humanos (Convención ADH) y deban reformarse para estar en conformidad con ésta. «El derecho es un producto cultural; es una idea creada para limitar o regular la conducta de los hombres.»³

El derecho no tiene una existencia real, se basa en conceptos como la garantía de no repetición, el efecto útil, la dignidad, la propiedad, la justicia, la libertad, equidad, proceso, jurisdicción, los cua-

3 Cfr. LAZCANO, Alfonso Jaime Martínez. Principios jurídicos de la Convención Americana de Derechos Humanos y su aplicación en los casos mexicanos. *Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global*, 2015, vol. 4, no 2, p. 48.

les son símbolos. El derecho al no ser perceptible directamente por los sentidos externos, por no tener sustancia, requiere de la representación, que surge únicamente de la calificación de cómo son las relaciones interpersonales, si son justas, libres, con respeto a la tenencia de cosas, de equidad, inclusive, en base a la percepción individual o idea colectiva y al grado de desarrollo.

El derecho es en esencia una construcción lingüística, cada palabra tiene su concepto respaldado en la idea o creencias del intérprete, el lenguaje jurídico es una condición esencial del derecho, así se estudia la semiótica jurídica.⁴

Al ser un producto cultural el derecho avanza lentamente en relación con la realidad y en muchas ocasiones hay actos regresivos o contrarios a las disposiciones jurídicas, por ello es necesario insistir en los modelos de protección de derechos humanos que ya se encuentran positivados, promoviendo el nuevo lenguaje y pautas de aplicar el derecho.

En este sentido la Corte IDH ha propugnado que no sólo deben existir disposiciones jurídicas sino también, que éstas sean eficaces en la práctica, que se garanticen y se modifique todo aquello que impida su efectividad, por lo que ha resaltado, tratándose de derechos políticos, por ejemplo, que las voces de oposición sean respetadas, porque resultan imprescindibles para una sociedad democrática, sin las cuales no es posible el logro de acuerdos que atiendan a las diferentes visiones que prevalecen en una sociedad. Por ello, la participación efectiva de personas, grupos y organizaciones y partidos políticos de oposición en una sociedad democrática debe ser garantizada por los Estados, mediante

4 MARTINEZ LAZCANO, Alfonso Jaime, «Principios jurídicos de la Convención Americana de Derechos Humanos y su aplicación en los casos mexicanos», *Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global*, 2015, vol. 4, no. 2, p. 47.

normativas y prácticas adecuadas que posibiliten su acceso real y efectivo a los diferentes espacios deliberativos en términos igualitarios, pero también mediante la adopción de medidas necesarias para garantizar su pleno ejercicio, atendiendo la situación de vulnerabilidad en que se encuentran ciertos sectores o grupos sociales.⁵

Por ello es fundamental, que los operadores jurídicos modifiquen las prácticas culturales que no tengan como finalidad el respeto de los derechos humanos, que flexibilicen las normas para ajustarse al caso concreto, considerando además del texto el contexto, y cuando la letra de la ley sea un obstáculo, se aplique tanto el control de constitucionalidad como de convencionalidad.

La Corte IDH 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 ADH, 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 ADH 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 ADH. En esta tarea, el poder judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte IDH, intérprete última de la Convención ADH.⁶

La dificultad que esto conlleva es considerable, por significa provocar un cambio de paradigmas, de modelos, ideas, formas que

5 Corte IDH. *Caso Integrantes y Militantes de la Unión Patriótica Vs. Colombia*. Sentencia de 27 de julio de 2022, párrafo 331.

6 Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, párrafo 129.

individual o socialmente son aceptamos, en los que se cree o se aceptan como válidos.

Los sistemas jurídicos contemporáneos se encuentran en constante evolución; por tanto, los paradigmas tienen que ser constantemente superados y sustituidos por nuevas formas epistemológicas y de actuación. De otra manera, no podría darse el progreso científico en el derecho.⁷

2. SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

La creación del SIDH es consecuencia del desarrollo de muchas ideas de todo el mundo, esencialmente de Europa para afrontar los excesos del poder y promover políticas de inclusión a todos los seres humanos sin distinción de los beneficios del desarrollo.

El SIDH es un medio convencional de control regional de promoción y protección de derechos humanos a la población de los Estados de Americanos que se han adherido de forma voluntaria a este régimen, supervisado por dos instituciones convencionales: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte IDH y en el plano interno por todos los jueces nacionales en base al control difuso de convencionalidad.⁸

3. TEORÍA GENERAL DEL PROCESO

La teoría es un instrumento de la ciencia que, entre otros aspectos, presenta esquemas, conceptos de fenómenos que se relacionan

7 GARCÍA CASTILLO, Zoraida, «Los paradigmas jurídicos frente a la convergencia de otras ciencias en el quehacer judicial», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, no. 145, 2016, p. 48. <https://tinyurl.com/2s82cwba>

8 MARTÍNEZ LAZCANO, Alfonso Jaime, «Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos», en *Sistema regionales de protección de derechos humanos*, Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2015, p. 154.

entre sí, los clasifica y sistematiza. De acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española sistematizar es un verbo transitivo que significa: «Reducir a sistema». Sistema, en el mismo registro, entre otras acepciones, es el «conjunto de reglas o principios sobre una materia enlazados entre sí... Conjunto ordenado de cosas que, relacionadas entre sí, contribuyen a determinado objeto...».⁹

La teoría general del proceso es una rama del derecho público que se encarga de estudiar los principios, conceptos, normas y métodos que se utilizan en la resolución de conflictos jurídicos; es el «conjunto de conceptos, instituciones y principios comunes a las distintas ramas del enjuiciamiento»¹⁰, la cual contiene un catálogo de significaciones y elementos que son comunes a todo proceso, y que devienen de las categorías fundamentales, como: la pretensión, las partes, las pruebas, alegatos, sentencias, los medios de impugnación, entre otros. Asimismo, se encarga de establecer los principios que rigen el proceso, como el derecho a la defensa, el principio de contradicción, el derecho a un juez imparcial, el principio de publicidad, el derecho a un proceso justo, y demás.

Gómez Lara al respecto explica: «[...] existe una zona común de principios generales aplicables a todas las ramas procesales que está constituida precisamente por la teoría general del proceso».¹¹

La teoría general del proceso dice el abogado José Ovalle Favela, está integrada por «el conjunto de conceptos, principios e instituciones co-

9 Diccionario de la Lengua Española, Océano, México, 1990.

10 Cfr. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, «La teoría general del proceso y la enseñanza del derecho procesal», en *Estudios de teoría general e historia del proceso*, UNAM, México, 1974, t. I, p. 533. <https://tinyurl.com/3j388f5c>

11 GÓMEZ LARA, Cipriano, *Teoría General del Proceso*, 10ª ed., Oxford University Press, México, 2004, p. 30.

*munas [aplicables] a las diversas ramas especiales de la ciencia del derecho procesal».*¹²

3.1. *Categorías fundamentales*

Entre los elementos comunes que conforman un sistema, existe un orden de éstos, colocados por rangos, unos devienen de otros, desde el primer peldaño hasta la cúspide. Las unidades que se encuentran en la cima del sistema se les denominan categorías fundamentales.

El jurista Cipriano Gómez Lara explica: «Las categorías que existen en toda disciplina científica, son conceptos de mayor jerarquía de los cuales se deduce o se derivan otros conceptos, es decir, esto está en la estructura misma de toda ciencia. Toda ciencia está formada por conceptos y éstos se encuentran jerarquizados, para ser ordenados y sistematizados para que configuren una ciencia, ya Aristóteles ideó el concepto de la categoría lógica, el cual es un concepto de mayor jerarquía del cual se deducen o se desprenden otros... Hans Kelsen en la teoría pura del derecho, sostiene que la categoría jurídica fundamental es el concepto de norma jurídica y de él se derivan todos los demás conceptos de la ciencia jurídica».¹³

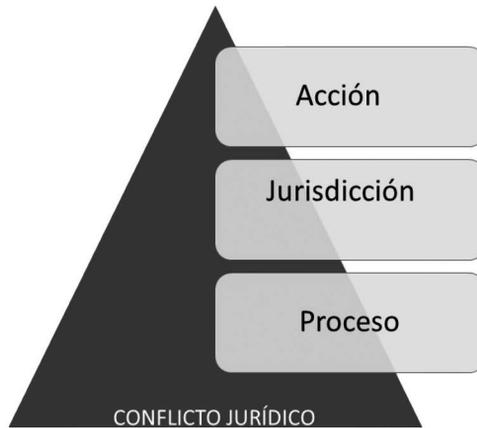
Los conceptos fundamentales de la ciencia procesal son acción, jurisdicción y proceso, expuestos por primera vez por Giuseppe Chiovenda y que Ramiro Podetti denominó la trilogía estructural de la ciencia del proceso.¹⁴

12 OVALLE FAVELA, José, *Teoría General del Proceso*, 4ª ed., Oxford University Press, México, 1998, p. 53.

13 FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (Coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, t. I, Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Voz Dr. Cipriano Gómez Lara, 4ª ed., Porrúa, México, 2003, p. 365.

14 Cfr. PODETTI, J. Ramiro, *Teoría y técnica del proceso civil y trilogía estructural de la ciencia del proceso civil*, Buenos Aires, Ediar, 1963, pp. 336-415.

Esquema 1. Categorías fundamentales



Fuente: elaboración propia

- a) **Acción:** Este concepto se refiere al derecho que tienen las personas de acudir a los tribunales para demandar la protección de sus derechos e intereses legítimos.
- b) **Jurisdicción:** Se refiere a la facultad que tienen los tribunales para conocer un asunto y solucionarlo jurídicamente. La jurisdicción, en el ámbito interno, es una atribución exclusiva del Estado, y se ejerce a través de los órganos que conforman el sistema judicial.
- c) **Proceso:** Es la forma pública de decidir controversias jurídicas, a través de un tribunal imparcial e independiente y un conjunto de actos y procedimientos que se llevan a cabo en el ámbito judicial.

3.2. Principios esenciales de la unidad en lo jurisdiccional¹⁵

El maestro Cipriano Gómez Lara ha explicado siete principios esenciales para demostrar la unidad en lo jurisdiccional o en la función judicial de todo proceso.¹⁶ Estos mismos puntos se aplican al juicio de amparo interamericano, y son:

1. El contenido de todo proceso es un litigio. En el amparo interamericano, se resuelven conflictos que versan en determinar si el acto, aquiescencia u omisión que se señala como causa de la presunta violación a los derechos humanos es inconveniente o no, esa es la litis entre las partes. Es decir, el litigio en el amparo interamericano se enfoca en la violación de los derechos humanos.
2. La finalidad de todo proceso es solucionar el conflicto. En el amparo interamericano, si procede la pretensión de las víctimas, la Corte IDH ordena la reparación integral y determina la responsabilidad internacional del Estado parte del SIDH.
3. En todo proceso existe siempre un juez o tribunal y dos partes materiales contrapuestas. En el amparo interamericano, existen dos posiciones encontradas, en las que intervienen la CIDH, como coadyuvante de las presuntas víctimas; el Estado denunciado; las presuntas víctimas y sus representantes, quienes comparecen ante la Corte IDH.
4. Todo proceso presupone la existencia de una organización de tribunales. En el SIDH, la Corte IDH es un tribunal único, sien-

15 «... unidad procesal y teoría del proceso son conceptos recíprocamente aplicativos, que se remiten uno al otro». GÓMEZ LARA, Cipriano, *op. cit.*, p. 29.

16 *Cfr. Ibídem*, p. 34.

do competente para preparar y conocer del amparo interamericano, en dos fases. La cuasi procesal y la procesal, la CIDH y la Corte IDH, respectivamente.

5. En todo proceso existe una secuencia de etapas. Al igual que todo procedimiento, en el amparo interamericano, se encuentran las mismas fases: la postulatoria, la demanda de la CIDH, la admisibilidad, las peticiones de las presuntas víctimas y el informe del Estado; la probatoria, preconclusiva y resolutive (es un proceso con concentración de actuaciones) y la ejecutiva (supervisión).
6. En todo proceso existe un principio general de impugnación. Sin embargo, la SIDH carece de medios de impugnación y sólo prevé la solicitud de aclaración de la sentencia. Es decir, una vez emitida la sentencia por la Corte IDH, no se pueden interponer recursos o impugnaciones ante ella.
7. En todo proceso existen las cargas procesales. Les corresponden a las partes cumplir con determinadas actuaciones, como realizar objeciones, ofrecer pruebas, alegar, solicitar audiencias, entre otras, para estar en posibilidades de promover una serie de derechos de carácter adjetivo. En el amparo interamericano, es importante que las partes cumplan con estas cargas procesales para poder defender sus derechos.

4. DERECHO CONVENCIONAL

Existe una gran cantidad de evidencia que demuestra la especialidad del derecho convencional de los derechos humanos. Este tipo de derecho se ha desarrollado a través de tratados y convenciones internacionales que fundamentan estándares y principios fundamentales para la protección y promoción de los derechos humanos a nivel global. Además, los sistemas regionales e internacionales de protección de los derechos humanos, como la Corte IDH, el Tribunal Euro-

peo de Derechos Humanos y la Corte Africana de Derechos Humanos y los Pueblos, están diseñados para garantizar la efectividad de estos derechos y para proporcionar un recurso legal para aquellos que han sido víctimas de violaciones de derechos humanos.

El derecho convencional es factible definirlo como el sistema de directrices, reglas y principios instituidos mediante pactos o tratados internacionales, en los que se establecen normas e instituciones comunes entre diversos Estados, que crean, transmiten y modifican derechos recíprocos o parámetros de regularidad convencional que ingresan al derecho nacional de los contratantes.

Para Romero-Pérez, el derecho convencional puede entenderse como el conjunto de normas codificadas, creadas por los Estados, como consecuencia de la existencia de un consenso, consentimiento y voluntarismo de los Estados, que materializa la soberanía de estos.¹⁷

La expresión «derecho convencional» cobija, en principio, las distintas clases de acuerdos, convenios y tratados que pueden celebrar los sujetos de derecho internacional.¹⁸

El campo de estudio del derecho convencional es difícil delimitar debido a la gran evolución que ha tenido, dinamismo y rapidez con el que se está desarrollando, especialmente porque el hombre ahora también es sujeto de derecho internacional.¹⁹

17 ROMERO-PÉREZ, Xiomara Lorena, *Derecho convencional de los tratados*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015, p. 10.

18 *Ídem*, p. 2.

19 Hay diversas etapas del desarrollo del derecho internacional público, una de éstas se refiere a los Estados y las incipientes organizaciones internacionales, como sujetos de este derecho, se puede decir el derecho clásico, sin embargo, después de la Segunda Guerra Mundial hay una mutación, integrándose a este campo al ser humano.

4.1. DERECHO CONVENCIONAL SUSTANTIVO Y PROCESAL DE LOS DERECHOS HUMANOS LATINOAMERICANOS

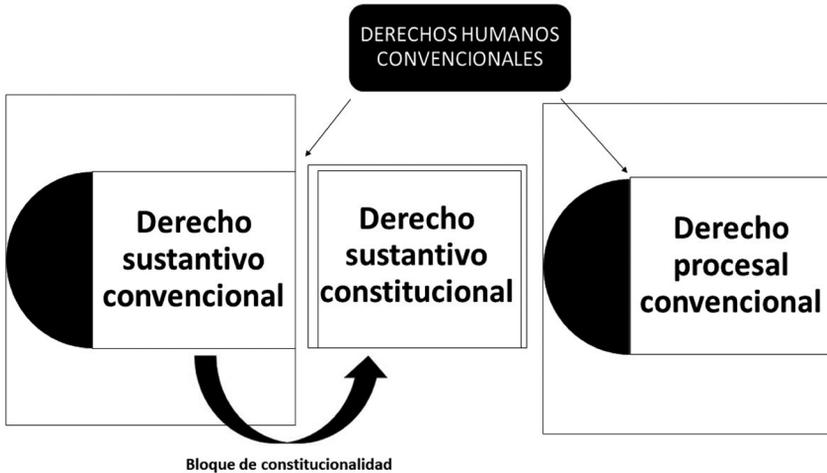
Los derechos humanos de fuente convencional impactan en el derecho nacional, pero de forma diferente si se trata de derecho sustantivo convencional o derecho procesal convencional. En cuanto al derecho sustantivo convencional de los derechos humanos, el efecto es inmediato y directo en los Estados parte del SIDH, y su aplicación por las autoridades locales se rige por los principios de efecto útil y *pro homine*. En cambio, el derecho procesal convencional de los derechos humanos se rige por el principio de complementariedad o subsidiariedad, lo que proporciona una garantía adicional a la otorgada por los órganos jurisdiccionales nacionales para tutelar eficazmente los derechos humanos a través del amparo interamericano.

Esta división que se da en toda área jurídica, que tiene el sustento teórico en el llamado procesalismo científico: sobre todo, éste supone la definitiva emancipación del derecho procesal respecto a las distintas ramas del derecho sustantivo a las que tradicionalmente se hallaba subordinado; además, se sustituye el método de la exégesis por un intento de integración de las diversas peculiaridades procesales en un único sistema; y se abandonan las técnicas puramente empíricas y descriptivas en favor del razonamiento teórico y abstracto. Sin embargo, quizás, el aspecto más característico reside en que se concede una rotunda prioridad al análisis y fijación de las categorías intrínsecamente procesales, constituyendo, como ya se ha mencionado, la acción, la jurisdicción y el proceso, esta tríada de conceptos esenciales sobre la que pivotará, en adelante, todo el pensamiento científico desenvuelto en torno a este sector normativo.²⁰

20 BERMEJO CASTRILLO, Manuel Ángel, *Derecho procesal. Una disciplina en construcción (1800-1940)*, Dickinson, Madrid, 2023, pp. 34-35. <https://tin->

En Latinoamérica, existen dos instituciones regionales que supervisan el cumplimiento de los derechos humanos a través de diversos procedimientos de carácter cuasijurisdiccional y jurisdiccional: CIDH y la Corte IDH, respectivamente. Para comprender estos aspectos, es fundamental estudiar el derecho convencional y su división.

Esquema 2. Derechos humanos convencionales



Fuente: elaboración propia.

5. AMPARO INTERAMERICANO

El derecho procesal convencional de los derechos humanos tiene como instrumento jurisdiccional de protección del SIDH al amparo interamericano, en referencia al juicio que surgió en México en la Constitución de Yucatán en 1841, para garantizar el respeto a los derechos fundamentales y que en muchos países se han establecido

yurl.com/mvawzwd7

instrumentos similares. Como disciplina procesal tiene determinados las categorías fundamentales de todo proceso:

- a) Acción: Le corresponde a la CIDH ejercerla ante la Corte IDH, previa preparación en el que encuentre determine la responsabilidad del Estado parte del SIDH.
- b) Jurisdicción: En el SIDH la Corte IDH tiene la competencia contenciosa convencional, que se refiere a la facultad para conocer casos cuya litis sea el cumplimiento de los derechos humanos.
- c) Proceso: El instrumento procesal es el amparo interamericano.

La finalidad del amparo interamericano es garantizar la protección de los derechos humanos, que se activa previo procedimiento de supervisión que realiza la CIDH a alguno de los Estados parte del SIDH, dentro del sistema de peticiones individuales o colectivas, y si ésta considera la inobservancia de los parámetros convencionales y no atienden sus recomendaciones, presenta el caso a la Corte IDH, la cual tiene competencia para resolver los litigios relacionados con el cumplimiento de los instrumentos y la jurisprudencia interamericana de los derechos humanos.

No todos los treinta y cinco miembros de la OEA han ratificado la Convención ADH, y no todos reconocen la jurisdicción de la Corte IDH, actualmente son veinte los Estados que han reconocido la competencia contenciosa de la Corte, a decir: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Surinam y Uruguay. Lo que representa el 68% del total de los países de América.²¹

21 Corte IDH, *ABC de la Corte IDH*, 2019, p. 6. <https://tinyurl.com/mr2y5ukz>

Desde 1965 la CIDH fue autorizada expresamente a recibir y procesar denuncias o peticiones sobre casos individuales en los cuales se alegaban violaciones a los derechos humanos.²²

El procedimiento ante la CIDH y la Corte IDH puede variar en función de las circunstancias específicas de cada caso, sin embargo, se presenta el siguiente esquema para mejor comprensión.

Tabla 1. Procedimiento previo al amparo interamericano ante la CIDH

Etapa	
Medidas cautelares	La CIDH puede otorgar medidas cautelares antes y durante todo el procedimiento de petición, para proteger a las personas grupos o cuyos derechos humanos están en riesgo inminente de sufrir daños irreparables. Estas medidas tienen una duración limitada y su otorgamiento no prejuzga sobre el fondo de la petición o caso presentado.
Recepción de la solicitud	Presentación de una petición o denuncia ante la CIDH, que puede ser realizada por una persona, un grupo de personas, organizaciones no gubernamentales, Estados o la propia CIDH. La solicitud debe cumplir con los requisitos formales y contener información detallada sobre la presunta violación de derechos humanos.
Admisibilidad	Evaluación de la CIDH para determinar si la petición cumple con los requisitos establecidos en la Convención ADH y en la normativa interna de la CIDH. Si la petición es considerada admisible, se notificará a las partes involucradas.

22 OEA. *¿Qué es la CIDH?* <https://tinyurl.com/ywt3bb4h>

Etapa	
Audiencia	En algunos casos, la CIDH puede convocar a una audiencia en la que se presenten argumentos y pruebas relacionadas con la petición o caso. Esta audiencia puede ser solicitada por las partes o convocada de oficio.
Informe de admisibilidad	Si la CIDH considera que la petición cumple con los requisitos de admisibilidad, elaborará un informe de admisibilidad en el que se analiza el fondo del asunto y se establece la posición de la CIDH sobre el caso.
Trámite de la petición	Se inicia el trámite de la petición, en el que se llevarán a cabo diversas acciones, como la recolección de información, la realización de investigaciones, audiencias, entre otras.
Informe de fondo	Si la CIDH considera que ha habido una violación de derechos humanos, se elabora un informe de fondo en el que se determina la responsabilidad del Estado y se definen las recomendaciones correspondientes para reparar la situación.
Publicación	El informe de fondo es publicado por la CIDH y se le da difusión a nivel nacional e internacional para que sea conocido por la sociedad y las autoridades correspondientes.
Seguimiento	La CIDH realiza un seguimiento del cumplimiento de las recomendaciones establecidas en el informe de fondo y puede solicitar información adicional a las partes involucradas para garantizar que se tomen las medidas necesarias para remediar la situación.

6. PROCEDIMIENTO DEL AMPARO INTERAMERICANO ANTE LA CORTE IDH

6.1. *Etapa escrita inicial*

6.1.1. *Presentación del caso a la Corte IDH*

El procedimiento de la Corte IDH comienza con la presentación del caso por parte de la CIDH. Según el Reglamento de la Corte IDH, el escrito de presentación del caso debe incluir una serie de aspectos esenciales, tales como: una copia del informe emitido por la Comisión al que se refiere el artículo 50 de la Convención ADH; una copia completa del expediente ante la CIDH, incluyendo toda comunicación posterior al informe al que se refiere el artículo 50 de la Convención ADH; las pruebas con indicación de los hechos y argumentos sobre los cuales se basan, y los motivos que llevaron a la Comisión a presentar el caso.

Una vez presentado el caso, la Presidencia de la Corte IDH lleva a cabo un examen preliminar para verificar que se hayan cumplido todos los requisitos necesarios. En caso afirmativo, la secretaría notifica al Estado demandado, a la presunta víctima y a sus representantes, así como al Defensor Interamericano (DI) si corresponde. Además, se asigna un juez relator al caso, según un orden cronológico establecido, quien, con el apoyo de la secretaría, conoce el caso en particular.

6.1.2. *Designación del Defensor Público Interamericano*

Cuando una presunta víctima no tenga representación legal y/o carezca de recursos económicos y manifieste su deseo de ser representado por un DI, la Corte IDH comunicará este hecho al Coordinador General de la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas (AIDEP) para que, en un plazo de 10 días, designe al DI que asumirá

su representación y defensa legal. La Secretaría General de la AIDEF seleccionará dos defensores titulares y un suplente del cuerpo de Defensores Públicos Interamericanos para que ejerzan esta representación ante el tribunal.

La Corte IDH les remitirá la documentación relacionada con la presentación del caso, de modo que puedan asumir la representación legal de la presunta víctima desde ese momento y durante todo el procedimiento.

6.1.3. Presentación del escrito de solicitudes, argumentos y pruebas por parte de las presuntas víctimas

Una vez notificado el caso a las partes, las presuntas víctimas o sus representantes tendrán un plazo improrrogable de dos meses, a partir de la notificación de la presentación del caso y sus anexos, para presentar de manera autónoma su Escrito de Solicitudes, Argumentos y Pruebas (conocido como «ESAP»). Este escrito deberá contener, entre otros elementos: la descripción de los hechos dentro del marco fáctico fijado por la CIDH; las pruebas proporcionadas debidamente ordenadas, con indicación de los hechos y argumentos sobre los cuales versan; y las pretensiones, incluyendo aquellas relacionadas con reparaciones y costas.

6.1.4. Presentación del escrito de contestación por parte del Estado demandado

Una vez notificado el ESAP, el Estado demandado presenta el Escrito de Contestación dentro de un plazo de dos meses a partir de la recepción de dicho escrito y sus anexos. En este documento, el Estado debe indicar, entre otros aspectos: si interpone excepciones preliminares; si acepta o contradice los hechos y pretensiones presentados por la Comisión y las presuntas víctimas o sus representantes;

las pruebas proporcionadas debidamente ordenadas, con indicación de los hechos y argumentos sobre los cuales versan; los fundamentos de derecho, observaciones a las reparaciones y costas solicitadas, y las conclusiones pertinentes; y la eventual proposición de peritos, indicando el objeto de sus declaraciones y acompañando su hoja de vida.

6.1.5. Presentación del escrito de observaciones a las excepciones preliminares presentadas por el Estado

En caso de que el Estado presente excepciones preliminares, la CIDH y las presuntas víctimas o sus representantes pueden presentar sus observaciones a estas en un plazo de treinta días contados a partir de la recepción de estas.²³

6.1.6. Observaciones al reconocimiento de responsabilidad del Estado

Si el Estado reconoce parcial o totalmente su responsabilidad en el caso, se otorgará un plazo para que la CIDH y los representantes de las presuntas víctimas remitan observaciones pertinentes.

6.1.7. Otros actos del procedimiento escrito

Después de la recepción de los escritos principales y antes de la apertura del procedimiento oral, la CIDH, las presuntas víctimas o sus representantes y el Estado demandado pueden solicitar a la Presidencia la realización de otros actos del procedimiento escrito. Si la Presidencia lo considera pertinente, establecerá plazos para la presentación de los documentos correspondientes.

23 *Ídem.*

6.1.8. Recepción de *amicus curiae*

Cualquier persona o institución interesada podrá presentar a la Corte IDH un escrito en calidad de *amicus curiae*, que ofrece su opinión voluntaria sobre algún aspecto relacionado con el caso para ayudar a la Corte IDH en su resolución. En los casos contenciosos, se pueden presentar estos escritos en cualquier momento del proceso, pero no más allá de 15 días después de la audiencia pública o la resolución que otorgue plazo para alegatos finales. En los procedimientos de Supervisión de Cumplimiento de Sentencias y de Medidas Provisionales, también se pueden presentar escritos de *amicus curiae*.²⁴

6.2. Etapa oral o de audiencia

La etapa oral o de audiencia se inicia una vez recibidas las listas definitivas de las partes y de la CIDH con los nombres de las personas que van a declarar. Estas listas son transmitidas a la contraparte para que realicen las observaciones u objeciones que estimen pertinentes. La Corte IDH o su Presidencia convocan a audiencia mediante una resolución en la que se toman en consideración las observaciones, objeciones o recusaciones que se han presentado, si lo estima necesario. En la resolución, también se define el objeto y modo de la declaración de cada uno de los declarantes y la modalidad, que puede ser de forma oral o a través de *affidavit*.

Las audiencias son públicas, salvo cuando el Tribunal considere oportuno que sean privadas total o parcialmente.

La audiencia inicia con la presentación de la CIDH, en la que se exponen los fundamentos del informe a que se refiere el artículo 50 de la Convención ADH, y cualquier asunto relevante para la reso-

24 *Ídem.*

lución del caso. Seguidamente, los jueces escuchan, y pueden si lo consideran, preguntar a las presuntas víctimas, testigos y peritos, así también son interrogados por las partes.

En supuestos excepcionales, la CIDH puede interrogar a determinados peritos, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 52.3 del Reglamento de la Corte IDH.

A continuación, la Presidencia concede la palabra a las partes para que expongan sus alegatos sobre el fondo. Posteriormente, se les otorga la posibilidad de una réplica y una dúplica.

Tras los alegatos presentados, la CIDH procede a presentar sus observaciones finales. Posteriormente, los jueces realizarán preguntas tanto a los representantes del Estado como a las presuntas víctimas y a la CIDH.

Esta audiencia suele durar en promedio un día y medio y se transmite en línea a través de las redes sociales. La grabación de las audiencias públicas se encuentra disponible en el siguiente enlace.

6.3. Etapa escrita de alegatos y observaciones finales de las partes y la CIDH

Durante esta etapa, tanto las presuntas víctimas o sus representantes como el Estado demandado presentan los alegatos finales por escrito. En caso de que la CIDH lo considere necesario, también puede presentar observaciones finales escritas.

6.4. Diligencias probatorias

De acuerdo con el artículo 58 del Reglamento de la Corte IDH, ésta puede solicitar diligencias probatorias en cualquier momento del proceso, además de los argumentos y la documentación presentada por las partes. Estas diligencias pueden incluir la obtención de pruebas, explicaciones o declaraciones consideradas útiles; la solicitud de

información, opinión, informe o dictamen de entidades, oficinas, órganos o autoridades; o la comisión de uno o varios miembros para llevar a cabo medidas de instrucción, incluyendo audiencias, dentro o fuera de la sede de la Corte IDH.

6.5. *Etapa de estudio y emisión de Sentencia*

Durante esta etapa, el juez relator del caso, con el apoyo de la secretaría presenta un proyecto de Sentencia al Pleno de la Corte IDH para su consideración. Este proyecto se discute y aprueba en el marco de una deliberación entre los jueces, hasta llegar a los puntos resolutivos de la sentencia que son objeto de votación final. En algunos casos, los Jueces pueden presentar votos disidentes o concurrentes que forman parte integral de la Sentencia. Después de que la Corte dicta la Sentencia, esta pasa por un proceso de edición y es notificada a las partes.

6.6. *Solicitudes de interpretación y rectificación*

Después de la emisión de una sentencia, las partes y la CIDH tienen un plazo de 90 días para solicitar una aclaración del sentido o alcance. Esta petición puede ser presentada por cualquiera de las partes. La Corte IDH resolverá la cuestión mediante una sentencia de Interpretación.

Además, la Corte IDH tiene la facultad de rectificar errores notorios de edición o de cálculo, ya sea por iniciativa propia o por solicitud de las partes dentro del mes siguiente a la notificación de la sentencia. Si se realiza alguna rectificación, la Corte IDH notificará a las partes y a la CIDH.

6.7. *Fase de supervisión de cumplimiento de sentencias*

La Corte IDH es responsable de supervisar el cumplimiento de sus sentencias, lo cual es inherente al ejercicio de sus facultades juris-

diccionales y está fundamentado en los artículos 33, 62.1, 62.3 y 65 de la Convención ADH, así como en el artículo 30 del Estatuto de la Corte IDH. El procedimiento está regulado por el artículo 69 del Reglamento de la Corte IDH y su objetivo es garantizar que las reparaciones ordenadas por la Corte IDH se implementen y se cumplan efectivamente.

Es fundamental entender la relación entre estas dos áreas del derecho y cómo pueden ser aplicadas en la resolución de conflictos jurídicos, lo que puede ser de gran utilidad para estudiantes y profesionales del derecho.

El proceso es un medio para solucionar conflictos jurídicos con la intervención de un tercero imparcial e independiente, cuyas decisiones son vinculantes para los contendientes. Antes del proceso, se presenta un conflicto jurídico en el que dos o más partes tienen intereses, derechos o posiciones opuestas o divergentes que necesitan ser resueltos.

En este sentido, el amparo interamericano se enfoca en la violación de los derechos humanos y se resuelven conflictos que versan en determinar si el acto, aquiescencia u omisión que se señala como causa de la presunta violación a los derechos humanos es inconveniente o no. Los siete principios esenciales demuestran la unidad en lo jurisdiccional o en la función judicial de todo proceso, los cuales también se aplican al juicio de amparo interamericano.

Durante la etapa de estudio y emisión de sentencia del amparo interamericano, el juez relator del caso presenta un proyecto de sentencia al Pleno de la Corte IDH para su consideración. Este proyecto se discute y aprueba en el marco de una deliberación entre los jueces hasta llegar a los puntos resolutivos de la sentencia.

7. BIBLIOGRAFÍA

GARCÍA CASTILLO, Zoraida, «Los paradigmas jurídicos frente a la convergencia de otras ciencias en el quehacer judicial», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, no. 145, 2016. <https://tinyurl.com/2s82cwba>

- ALCALÁ-ZAMORA Y CASTLLO, Niceto, «La teoría general del proceso y la enseñanza del derecho procesal», en *Estudios de teoría general e historia del proceso*, UNAM, México, 1974, t. I. <https://tinyurl.com/3j388f5c>
- BERMEJO CASTRILLO, Manuel Ángel, *Derecho procesal. Una disciplina en construcción (1800-1940)*, Dickinson, Madrid, 2023. <https://tinyurl.com/mvawzwd7>
- CARNELUTTI, Francesco, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Oxford University Press, primera serie, volumen 5, México, 1999.
- Diccionario de la Lengua Española, Océano, México, 1990.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (Coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, t. I, Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, voz Dr. Cipriano Gómez Lara, 4ª ed., Porrúa, México, 2003.
- GÓMEZ LARA, Cipriano, *Teoría General del Proceso*, 10ª ed., Oxford University Press, México, 2004.
- LAZCANO, Alfonso Jaime Martínez. Principios jurídicos de la Convención Americana de Derechos Humanos y su aplicación en los casos mexicanos. *Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global*, 2015, vol. 4, no 2, p. 48.
- MARTINEZ LAZCANO, Alfonso Jaime, «Principios jurídicos de la Convención Americana de Derechos Humanos y su aplicación en los casos mexicanos», *Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global*, 2015, vol. 4, no. 2.
- MARTÍNEZ LAZCANO, Alfonso Jaime, «Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos», en *Sistema regionales de protección de derechos humanos*, Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2015.
- OVALLE FAVELA, José, *Teoría General del Proceso*, 4ª ed., Oxford University Press, México, 1998.
- PODETTI, J. Ramiro, *Teoría y técnica del proceso civil y trilogía estructural de la ciencia del proceso civil*, Buenos Aires, Ediar, 1963.
- ROMERO-PÉREZ, Xiomara Lorena, *Derecho convencional de los tratados*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015.

Jurisprudencia interamericana

Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Sentencia de 26 de septiembre de 2006.

Caso Integrantes y Militantes de la Unión Patriótica Vs. Colombia. Sentencia de 27 de julio de 2022.

Páginas de internet

Corte IDH, *ABC de la Corte IDH*, 2019, p. 6. <https://tinyurl.com/mr2y5ukz>

Corte IDH. Informe Anual 2022, <https://tinyurl.com/34e4yy9j>

OEA. *¿Qué es la CIDH?* <https://tinyurl.com/ywt3bb4h>

EL LENGUAJE DE LA JUSTICIA. PORTUGAL Y EL RECONOCIMIENTO JURÍDICO DEL PRINCIPIO DE UTILIZACIÓN DE UNA LENGUA SENCILLA Y CLARA EN LOS ACTOS PROCESALES

THE LANGUAGE OF JUSTICE. PORTUGAL'S LEGAL RECOGNITION OF CLEAR AND SIMPLE LANGUAGE IN PROCEDURAL ACTS AS A PRINCIPLE

MARIA ELIZABETH MOREIRA FERNÁNDEZ

Professora Auxiliar da Escola de Direito da Universidade do Minho

Fecha de recepción: 18 de abril de 2023

Fecha de aceptación: 2 de junio de 2023

«El legislador debe pensar como un filósofo, pero hablar como un campesino».

Jehring

RESUMEN: El presente texto visa demostrar la importancia del lenguaje utilizado en las comunicaciones judiciales para el cumplimiento de las cargas procesales y como contributo para que el proceso judicial sea justo.

PALABRAS-CLAVE: actos procesales, citación, notificación, idioma de los actos, tutela judicial efectiva.

ABSTRACT: This text aims to demonstrate the importance of the language used in judicial communications for compliance with procedural charges and as a contribution to making the judicial process fair.

KEYWORDS: procedural rights, notification, language, effective judicial protection.

SUMARIO: 1. La consciencia del problema. 2. Desarrollo. Inicio de solución. 3. Las sentencias. 4. Epílogo.

1. LA CONSCIENCIA DEL PROBLEMA

Un viernes por la tarde, justo a tiempo para las vacaciones legales de verano, Verónica C., divorciada, con estudios mínimos, una ciudadana caboverdiana residente en Lisboa, donde presta servicios de limpieza, presentó su tarjeta de débito en un cajero automático de la capital, con el fin de recaudar el dinero con el que ella y su hija menor serían gobernadas durante el fin de semana. A pesar de varias insistencias, fracasó. El lunes siguiente, en la ventanilla del banco, Verónica, confundida y preocupada, fue informada de que su cuenta bancaria había sido congelada. Alertados por nuestra preocupación y diciéndonos lo que le había sucedido, rápidamente le preguntamos si no había recibido ninguna advertencia, algún «papel» del tribunal. Ella dijo que no, pero al día siguiente sacó un papel arrugado del bolsillo del uniforme que llevaba puesto y que había guardado en un cajón meses atrás. Cuando lo descubrimos, se percibió, no sin dificultad, que se trataba de una notificación *del Balcón Nacional de Injunción*.

Cuando se le preguntó por qué no nos dio el papel para leer cuando lo recibió, respondió que no creía que fuera importante porque no venía de una sala del tribunal, que no entendía nada escrito en él. Luego le explicamos de qué se trataba y le preguntamos si debía o no algo a esa empresa que decía ser su acreedor. Dijo que nunca le había comprado nada. Luego supimos que la empresa en cuestión había adquirido este crédito, que ahora estaba tratando de cobrar a Verónica, de otro que el ex esposo de Verónica había contratado sin cumplir. Dado que todo esto sucedió durante las vacaciones legales de los tribunales, sabíamos de antemano que el reclamo defensivo de Verónica solo sería evaluado por el juez después del final de estas vacaciones, dada la naturaleza no urgente del caso en cuestión. Verónica C. solo pudo reaccionar a un embargo que se impuso electrónicamente en medio de unas vacaciones legales unos 40 días después. Eviden-

temente, no hay escasez de Verónicas por ahí. Situaciones como esta ocurren más a menudo de lo que nos gustaría admitir.

En nuestra experiencia, un universo considerable de personas no entiende el lenguaje utilizado en las comunicaciones que reciben de los tribunales u otros remitentes, que en muchos casos sustituyen al poder judicial en ciertas tareas. Aunque estamos casi seguros de nuestra intuición, basada en el empirismo de nuestras relaciones con el mundo real, decidimos someter esta percepción nuestra a la prueba de una investigación y así, entusiasmando a un grupo de estudiantes de la Maestría en Derecho Judicial, realizaron esta encuesta con una muestra de 292 personas en la región. Minho (Norte de Portugal). Los resultados obtenidos son devastadores. Demostraron que, en este universo de entrevistados, 214 no entendieron la notificación recibida por Verónica C., 117 no entendieron el texto estandarizado de la citación y hasta 190 no sabían qué significa el representante judicial (en portugués, *mandatário*). Estos mismos resultados no cambian en función de las calificaciones literarias más altas de algunos encuestados.¹

Como sabemos, las citaciones y notificaciones judiciales (o incluso las emitidas por entidades administrativas, pero con fines judiciales) son actos de comunicación de un cierto mensaje procesal (generalmente relacionado con la necesidad o capacidad de realizar un acto) necesario para el progreso y avance del proceso, y que, por lo tanto, tienen un carácter receptivo. Los actos procesales de comunicación presentados a personas que pueden ser destinatarios naturales de

1 Los resultados completos de este trabajo se pueden consultar directamente en el sitio web de la Facultad de Derecho de la Universidad de Minho (www.edum.uminho.pt), dejando aquí ya públicamente un sentimiento de reconocimiento a los estudiantes involucrados que, sin ninguna ayuda, estaban dispuestos a proporcionar este servicio a la justicia nacional.

los mismos tienen generalmente por objeto permitir que el proceso se ejerza en el procedimiento judicial o provisional en curso, de modo que aquel contra quien se puede presentar una solicitud influya en el juez ante el que se presentó la solicitud, deduzca hechos y solicite la presentación de pruebas, con el fin de tratar de evitar una sentencia desfavorable o la constitución inmediata de una orden de ejecución en su contra.²

No obstante, debe recordarse que, en el sistema procesal nacional, dichos actos no tienen por objeto únicamente dar a conocer la posibilidad (opción) del ejercicio oportuno de un determinado acto procesal. En términos generales, en un sistema procesal que, como el nacional, divide las formas procesales en compartimentos muy estrechos y transforma la mayoría de las facultades procesales en verdaderas cargas procesales, el demandado, debidamente citado, no tiene la facultad de impugnar, sino la carga de hacerlo, sin los que los hechos que se le imputan son dados como admitidos o confesados³. En la mejor de los casos el tribunal sólo puede pronunciarse sobre la base de la versión de los hechos o la descripción del autor.

Del mismo modo, el deudor notificado por el acreedor a través del *Balcão Nacional de Injunção* no tiene la facultad de presentar oposición, pero tiene la carga de hacerlo porque, a falta de ella, existe la constitución en su contra de una orden de ejecución que representa la liquidación de la obligación y el importe de la misma y legitima a la persona para llevar a cabo actos coercitivos inmediatamente sobre

2 El artículo 219, § 1, del Código de Procedimiento Civil (portugués) establece que la citación es el acto por el cual se sabe que se ha propuesto una acción particular contra ella y requiere que el caso sea defendido, aunque la misma expresión se utiliza para el acto de la primera citación de una persona particular interesada en el caso.

3 O confesión de ficción.

los bienes de esta última destinados a hacer valer este derecho de reclamación.

Si, en la mayoría de los casos, el ejercicio del adversario no es un poder, sino una carga, debemos acordar que los actos que comunican estos cargos a un asunto procesal particular deben ser de particular importancia. En general, la realidad normativa del proceso muestra que el legislador reconoce la importancia central de tales actos para el ejercicio del acto contradictorio. Por lo que respecta, en particular, al acto de notificación, éste está regulado detalladamente entre los artículos 219 y 246 del Código de Procedimiento Civil. De hecho, es uno de los actos, si no el acto, más específicamente regulado en el Código de Procedimiento Civil, que merece ser tratado en detalle, en particular la forma de la notificación, su contenido y las diversas modalidades, así como las diferencias que deben observarse entre la citación emitida a una persona física y una persona jurídica. Por último, existen normas para citar a las personas que no pueden ejercer sus derechos, tanto si esa discapacidad ya ha sido reconocida como si es meramente accidental. Por lo que se refiere específicamente al contenido de la notificación, el artículo 227, apartado 1, establece que el mismo acto implica el envío o la entrega a la anterior de una segunda vía del original, la solicitud y la copia de los documentos de acompañamiento.^{4, 5} Añade, incluso en el mismo acto, el plazo en

4 Incluso en los casos en que el ejercicio del procedimiento contradictorio no se configura como una carga, sino como una mera potestad procesal –como en situaciones en las que el silencio del demandado no produce efectos jurídicos–, la citación debe basarse en el mismo requisito, ya que el demandado tiene derecho a poder influir en el ejercicio de esta acción contradictoria en la decisión que adopte el juez.

5 Según lo dispuesto en el artículo 234 del Código de Procedimiento Civil, según el cual la anomalía mental u otra anomalía evidente que impide al destinatario recibir y comprender la notificación le impide llevar a cabo,

el que puede presentar una defensa, la necesidad de representación legal y las comunicaciones en que incurre en caso de incumplimiento. La disposición controvertida establece, en definitiva, el conjunto de datos esenciales que deben transmitirse a los anteriores para que la citación no incurra en la nulidad que puede alegarse en virtud del artículo 191 del Código de Procedimiento Civil: el contenido de la pretensión que se le deduce (hechos y pruebas); el plazo para ejercer dicha defensa, el momento en que deba ejercerse, la necesidad de estar o no representado por un abogado y las consecuencias para la persona antes mencionada de optar por no presentar una defensa. Pero, a pesar de todas estas precauciones ¿esta comunicación cumple siempre su función?

Desde que ejercemos la abogacía, y desde hace más de 25 años, conocemos casi de memoria el texto formal incluido en las citaciones y notificaciones, reconociendo inmediatamente en él el texto normativo preciso contenido en los artículos 227 y 569, párrafo 1, del Código de Procedimiento Civil. Hemos confesado que durante mucho tiempo –quizás demasiado– esta fidelidad absoluta del texto de los actos de comunicación a la ley no nos ha perturbado. Analizando esta circunstancia en retrospectiva, concluimos que, inconscientemente, aceptamos como «natural» el lenguaje utilizado en estos actos, incluso si es verdaderamente «legal», viéndolo egoístamente solo en el prisma del jurista y el abogado y en el conocimiento técnico generalmente asociado con quienes comparten estas profesiones. Confesamos haber juzgado incluso que alguna norma traducida en ordenanza regulaba el texto específico de la citación que sale de los tribunales para sus destina-

debiendo comunicar este hecho al juez para que surta efecto. El agente que ejecute la misma medida informará de ello al órgano jurisdiccional para que, tras un procedimiento se decida sobre la existencia de dicha incapacidad y, en caso de confirmarse, sea nombrado administrador ad hoc que la perciba.

rios. Después de una investigación exhaustiva, encontramos que tal ordenanza no existe. Lo que existe es el contenido mínimo del artículo 227 del CPC que el autor desconocido que preparó los textos de la primera cita copió fielmente, convencido de que así es y sólo –y sólo– cumpliría, sin desviaciones, el contenido sagrado que ese precepto diseñó para ese acto. Es decir, el servicio y, posteriormente, también la notificación incluye el contenido legalmente pretendido, pero en los términos legales precisos contenidos en la norma, lo que simplemente significa que, en el acto de comunicación, no se utiliza un «lenguaje simple», sino un «lenguaje legal». Por lo tanto, en lugar de comunicar que debe constituirse un abogado, se dice que debe constituirse un *mandatário*; y que, en lugar de decir que se sufre una determinada consecuencia si no se impugna, se hace referencia al *término cominación* y, es también por esta razón que, donde podría escribirse que la falta de oposición dentro del plazo legal puede determinar el embargo de bienes, saldos de depósitos bancarios, etc. se deja escrito que esta misma omisión determina la fijación de una fórmula ejecutiva o sea la creación de un título de ejecución. Por lo tanto, la comunicación dirigida al demandado o al deudor a tal efecto está redactada en una lengua que, pocos –y salvo que sea abogado– son capaces de entender.

Este aspecto nunca fue objeto de preocupación, considerando que la garantía del procedimiento contradictorio estaba suficientemente garantizada por el cuidado legal requerido para cualquiera de esos actos. El lector de estas líneas pensará: pero si la persona citada o notificada no entiende el lenguaje legal, busque al abogado para que lo «traduzca». Creemos, sin embargo, que este pensamiento no es consistente con la idea del debido proceso legal que los juristas ya han internalizado y que se refleja en la Ley Fundamental. La citación deberá, sin estar sujeta a ninguna técnica de traducción, informar a su destinatario de todos los elementos necesarios para que el destinatario pueda elegir entre impugnar o no impugnar, pagar o deducir la oposición o, simplemente, no hacer nada. Si la persona citada o noti-

ficada para entender la carta que recibió tiene que dirigirse a un abogado, entonces el acto de comunicación no cumplió su función –falló completamente en ella– o más bien solo la ejerció formal y aparentemente. No debemos olvidar lo obvio: la comunicación tiene como objetivo comunicar, es decir, transmitir un mensaje. Es importante tener presente esta realidad: en Portugal, los actos procesales se comunican personalmente a las partes en el procedimiento (demandante/demandado) en los términos precisos en que están redactadas las normas jurídicas. Sin embargo, si esta observación ya es extraña –aunque desconcertantemente aceptada, sin oposición ni repudio, por todos los operadores judiciales– los niveles de preocupación aumentan considerablemente cuando estos actos de comunicación ya no provienen solo de un tribunal, sino de un órgano administrativo o burocrático, y cuando es evidente que, a pesar de la alta tasa de alfabetización de la población, se debe convenir en que las expresiones y conceptos jurídicos utilizados en las convocatorias y notificaciones en cuestión aún no han entrado en el vocabulario común de los ciudadanos y no son comprendidos en absoluto por ellos, como lo ilustran los resultados de la encuesta mencionada. El ciudadano promedio no sabe lo que es un gobernante, pero sabe lo que es un abogado.

Y si este es el caso cuando el remitente es un tribunal –y esto puede advertir de alguna manera sobre la existencia de un proceso judicial y así apalancar la búsqueda de ayuda, aunque no se sepa para qué– la posibilidad de omisión involuntaria del demandado se acentúa (y propicia) cuando el remitente es una entidad administrativa.

Verónica C., como lo describimos al inicio de este texto, no se dio cuenta de la responsabilidad y el peligro que emanaba de esa notificación, ya que para ella (como para la gran mayoría de los ciudadanos, incluso los más educados) ningún daño puede salir de un balcón administrativo, ignorando que la omisión en la que incurra involuntariamente provocaría que la solicitud de medida ejecutiva legitimara eso.

Otorgar tales efectos coercitivos a una citación hecha en estos términos o que un patrimonio puede ser atacado en tales circunstancias es admitir que la efectividad del debido proceso (proceso justo) es suficiente entre nosotros con una capa superficial y formal. Es ignorar que el sistema está estructurado bajo el supuesto de que las acciones de los sujetos procesales son voluntarias. Lo que parece importar a estos efectos es que el destinatario haya recibido formalmente la citación en sus manos, pero ya es irrelevante para la materialización de estos graves efectos que realmente haya entendido. En otras palabras: la susceptibilidad del mensaje esencial expresado en el texto del servicio a ser entendido por su destinatario es perfectamente irrelevante o sólo accidentalmente relevante.

Un sistema en el que la persona citada/notificada no entiende el mensaje que el órgano jurisdiccional o cualquier otra entidad ha querido transmitirle sólo puede, hipócritamente, integrarse en el tribunal de equidad procesal. Cabe señalar que la situación que hemos estado tratando –el uso de lenguaje legal en notificaciones/citaciones– no es la única en la que se puede evaluar este déficit del debido proceso. Basta pensar en la citación a acusados/deudores analfabetos (no prevista bajo ninguna circunstancia de las normas dedicadas a la citación en el CPC), o incluso la citación/citación de demandados/deudores de extranjeros residentes (o residentes) en Portugal) o residentes en el extranjero⁶. También –aunque ni siquiera se dan cuenta de que el

6 Es curioso notar como se quedó claro del reporte de Cuba las preocupaciones más recientes en este país en materia de lenguaje de los tribunales va para los ciudadanos desprotegidos o vulnerables. Así, como lo refiere el autor dele reporte: *El impulso normativo sobre este tema tiene lugar a partir de la promulgación de Constitución en abril de 2019 y los mandatos que de ella se derivan para el legislador ordinario. El art. 40 del texto magno, relativo a la igualdad de los ciudadanos ante la ley, proscribe, en amplio relato, las situaciones que pueden generar discriminación; entre las que se incluye «la discapacidad».*

documento que reciben proviene de un tribunal, ya que no conocen

Este mandato constitucional obliga al Estado a adoptar las medidas necesarias para evitar que las personas en situaciones de vulnerabilidad puedan ser discriminadas en razón de dicha condición. La Constitución ordena la reforma de todo el modelo procesal cubano, lo cual se materializa con la aprobación de la Ley No. 141, de 28 de octubre de 2021, Código de Procesos. El nuevo Código unifica en un mismo texto y con similar modelo procesal, la tramitación de los asuntos civiles, familiares, mercantiles y del trabajo y la seguridad social. El Código de Procesos es la primera norma jurídica cubana que regula de forma específica el tema del acceso a la justicia de las personas en situación de vulnerabilidad; así, en su art. 9, referido a la prevalencia de la «igualdad efectiva» de las partes en el proceso, dispone de manera específica el tratamiento que debe darse a las personas en situación de vulnerabilidad. El apartado 3 del referido artículo dispone lo siguiente: «Cuando se ventilen cuestiones relacionadas con las personas en situación de vulnerabilidad, el tribunal protege sus intereses; a tal fin, realiza los ajustes razonables en cuanto al acceso a la justicia, las audiencias, los actos de comunicación procesal, la intervención de los especialistas que requiera su condición, el uso del lenguaje, la redacción de las resoluciones judiciales, los medios de ejecución y cualquier otra medida necesaria para garantizar su participación y la defensa de sus derechos (resaltado añadido)». Esta formulación general no tiene un desarrollo posterior específico en el articulado del Código, por lo que el juez debe ajustar su actuación al caso concreto, a partir de la presencia de personas en situaciones de vulnerabilidad como partes en el proceso. El único tipo procesal que tiene una regulación específica sobre la forma de redactar las sentencias, es el «Proceso sumario sobre el ejercicio de la capacidad jurídica y la provisión de apoyos y salvaguardias». Se trata de una de las pocas modalidades especiales que establece el Código, dirigida a regular la tramitación de los asuntos encaminados a determinar el alcance de la capacidad de las personas con algún tipo de discapacidad y disponer lo pertinente en cuanto a sus apoyos y salvaguardias. Esta modalidad procesal sigue el espíritu trazado por la Instrucción 244/2019, antes comentada, que desempeñó su papel mientras se aprobaba la nueva ley procesal. El nuevo proceso deja sin efectos el contenido de la referida Instrucción del máximo órgano judicial del país. El art. 569, regulador de los requisitos de la sentencia que debe dictarse en este tipo de proceso, dispone que debe ser «redactada en formato de lectura fácil en la que sus contenidos sean asumidos y transcritos con lenguaje sencillo y claro, de acuerdo con las necesidades de la persona con discapacidad».

el significado de esa palabra en portugués), se consideran citados (algunos de ellos sin más demora), incluso cuando la comunicación está escrita en un idioma que es completamente desconocido para ellos y que no tienen el deber de conocer. Y, asimismo, las sentencias derivadas de su posible omisión procesal, aunque sean involuntarias, sufren de este defecto de concepción.⁷

¿Cómo resolverlo? Si la culminación del proceso justo fuera compatible con el tiempo necesario para empoderar a los ciudadanos desde edades tempranas para abordar el significado del lenguaje judicial que puede condicionar directamente el ejercicio de los derechos procesales, podríamos empezar por aquí. Sin embargo, sin perjuicio de la apreciación de esta forma de resolución, el problema requiere, una medida más urgente. Y significa transformar el lenguaje jurídico en un lenguaje común, rehaciendo desde el principio los contenidos de las comunicaciones largamente estandarizados, para que, sin perder de vista la exactitud del contenido esencial exigido por la ley, su contenido sea comprensible para cualquier ciudadano.

Mucho se ha escrito y hablado sobre las preocupaciones sobre la velocidad de la justicia o, si lo prefiere, el hecho de que los tribunales tardan más de lo razonable en decidir. Por el contrario, se detecta muy poca preocupación con respecto a la implementación de otras

7 El Derecho procesal europeo del Reglamento n.º 1393/2007 relativo a la notificación y al traslado de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil en los Estados miembros dista mucho del Derecho procesal portugués, ya que, de conformidad con el artículo 8, la entidad requerida advierte al destinatario de que puede denegar la recepción del acto, bien en el momento de la notificación, bien devolviendo el acto a la entidad requerida en el plazo de una semana, si no está redactado o acompañado de una traducción en una lengua que el destinatario entienda o en la lengua oficial del Estado miembro requerido, en cuyo caso se devuelva el remitente, el expediente se encargará de la traducción si así lo desea.

dimensiones igualmente importantes del debido proceso. El desafío del proceso del siglo. XXI será asegurar que esta dimensión temporal se cumpla sin pisotear inconscientemente o conscientemente garantías procesales, lo que significa que, si bien puede entender que el interés del acreedor (y por lo tanto también de la economía nacional) se beneficia de la rapidez con que se obtiene un título legal o resolución y que el derecho de acción de este último requiere que se respete el plazo constitucionalmente previsto, también es necesario velar por que ese derecho no pueda lograrse aprovechando las omisiones procesales involuntarias que permiten la formación de ese título o dan lugar a una decisión desfavorable por falta de impugnación. En otras palabras, el derecho de acción no puede contraponerse al derecho de defensa, ya que ambos son las caras del mismo derecho fundamental: el derecho a la protección judicial.

Además, si la búsqueda de la verdad material se valora tanto como se invoca y proclama (no importa a qué realidad nos refiramos realmente), el proceso no puede ser permeable a la producción y proliferación de decisiones tomadas a partir de omisiones de comportamiento de los sujetos procedimentales involucrados que son completamente involuntarios. No es necesaria una norma procesal ordinaria específica para determinar la nulidad de la cita cuando no cumple su función, dada la total insuficiencia del lenguaje utilizado en ella para el objeto concedido. Basta con que, en situaciones como éstas, los órganos jurisdiccionales se atrevan a prescindir de los efectos procesales así obtenidos aplicando directamente —como les corresponde— la garantía de defensa prevista en el artículo 20 de la Ley Fundamental Portuguesa como elemento central del proceso equitativo.

2. DESARROLLO. INICIO DE SOLUCIÓN

En Portugal, desde que el Ministerio de Justicia tuvo conocimiento de las conclusiones de esa investigación, nos pidió que par-

tiendo de los modelos de notificación de los tribunales a los ciudadanos con el fin de detectar las posibles imperfecciones de los mismos y, en caso afirmativo, proponer nuevos modelos de comunicación.

En el área de este trabajo establecimos los parámetros relevantes para tales actos de comunicación. De hecho, esas comunicaciones debían cumplir sus objetivos:

Principio de tutela judicial efectiva: Previsto en el artículo 20 de la Constitución de la República Portuguesa, así como en el artículo 2 del Código de Procedimiento Civil, el acceso a los tribunales se revela, en un Estado democrático de derecho en el que la autoprotección de los derechos es necesariamente la excepción a la regla (art. 1cpc), como una garantía fundamental del ciudadano. El precepto constitucional establece que «se garantiza a todos el acceso a la ley y a los tribunales para la defensa de sus derechos e intereses legalmente protegidos, y la justicia no puede ser negada por medios económicos insuficientes». Por supuesto, es notable la preocupación del legislador constituyente de garantizar que nadie se vea privado de resolver sus disputas y hacer valer sus derechos a los órganos soberanos responsables de ello, pero es cierto que las restricciones al acceso a los tribunales pueden provenir de circunstancias que no están relacionadas en modo alguno con el poder económico de los ciudadanos. En particular, cuando son incapaces de comprender las comunicaciones de la justicia por el predominio del «lenguaje jurídico» difícilmente descifrado por los laicos. Parece claro que las citas y notificaciones deben corresponder enteramente a su propósito, el de comunicar, ya que no comprenderlas a menudo significará no ejercer un derecho, facultad o carga, lo que por supuesto tendrá un impacto en la decisión sobre el fondo de la cuestión que las partes llevarán al tribunal. Pues bien, si la justicia no está destinada a ser otorgada a aquellos que tienen las posibilidades económicas y financieras más bajas, tampoco se pretende engañar a aquellos que no entienden y, ni siquiera tienen la obligación de entender, los términos técnicos y legales.

Principio adversarial: El principio de contradicción es vital para el logro de la decisión más justa, por lo que el fin último del proceso judicial se logra por ello. Como prescribe el artículo 3 del Código de Procedimiento Civil, «*el tribunal no puede resolver el conflicto de intereses que la acción presupone sin (...) otro [partido] está debidamente llamado a deducir oposición*». De la lectura del precepto deducimos que no basta con que la otra parte sea llamada al procedimiento para ejercer su derecho de defensa, sino que sea adecuada. La cuestión vital es entender lo que esto significará. Es cierto que el legislador habrá tratado de recordar que las citaciones y notificaciones deben cumplir con las normas y formalidades contenidas en el Código de Procedimiento Civil, pero parece claro, en primer lugar, que alguien solo puede ser llamado adecuadamente al procedimiento para deducir oposición cuando entiende el propósito de la comunicación judicial. Poco o nada prudente es que las citas y notificaciones sean poco más que meras transposiciones de los preceptos legales que las tratan, ya que el predominio de conceptos técnicos hace imposible transmitir el mensaje deseado. Por supuesto, no se pretende poner en tela de juicio la delicadeza, el rigor jurídico y la validez de las comunicaciones judiciales, sin embargo, es indispensable aligerar el lenguaje y los términos para que el ciudadano medio entienda su contenido sin tener que consultar a su abogado para hacerlo.

Proceso justo: El artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos establece que se garantiza un proceso justo y equitativo para todos. Ahora bien, a partir de lo expuesto anteriormente, pensemos: ¿es un proceso justo en el que las partes involucradas en él pueden verse privadas del ejercicio de un derecho, una facultad o una carga de malentendido de las comunicaciones que les dan conocimiento? Parece claro que no. La idea de un juicio justo implica, en primer lugar, y partiendo de otro principio jurídico fundamental de la igualdad de las partes, la posibilidad de que

ambos hagan uso de todos los medios legalmente previstos para descubrir la verdad material y lograr la solución justa del litigio en cuestión.

Principio de igualdad de las partes: El principio de igualdad es un principio vital en un estado democrático de derecho y, como tal, está consagrado en la Ley Fundamental, más concretamente en el artículo 13, que prescribe: en el párrafo 1: «*Todos los ciudadanos tienen la misma dignidad social y son iguales ante la ley*» y, en el párrafo 2: «*Nadie será privilegiado, beneficiado, perjudicado, privado de ningún derecho o exento de cualquier deber por motivos de ascendencia, sexo, raza, idioma, territorio de origen, religión, convicciones políticas o ideológicas, educación, situación económica, condición social u orientación sexual.*» En el procedimiento judicial, las partes deben encontrarse en una posición de paridad entre ellas y ante el tribunal. Con este fin, es esencial que ambos tengan los mismos derechos y estén encarcelados con los mismos deberes. Además, este es un principio con una fuerte correlación con el principio de contradicción, ya que, como es fácilmente perceptible, sólo se garantiza en el verdadero derecho de participación y defensa en el proceso, si los moldes para ejercerlo son iguales, tanto para el autor como para el acusado.

Principio de eficacia de los actos procesales: la comunicación de un acto procesal, por ser receptáculo, debe ser eficaz, es decir, el destinatario del acto debe ser capaz de comprender el mensaje procesal que se le envía de tal manera que pueda cumplirlo procesalmente.

En el contexto de dicho estudio, se nos proporcionan para el análisis 236 *modelos* utilizados por los tribunales en las más variadas comunicaciones judiciales y, en consecuencia, nos encargamos del análisis de *todas las plantillas relativas* a las comunicaciones de los tribunales administrativos y tributarios que se dirigen a los ciudadanos, identificando, en ellas, diversos obstáculos de comunicación. Hemos indicado los más importantes:

- Oraciones excesivamente largas y complejas que incluyen de manera intercalada el número de artículos de ley y la indicación de diplomas legales;
- Remisión excesiva y transcripción de preceptos legales que dificultan la lectura del texto, ejemplificando;
- Uso constante de términos técnico-legales, difícilmente descifrados por los laicos;
- Ninguna explicación de ciertas cuestiones consideradas como datos adquiridos de todos los ciudadanos;
- Predominio de oraciones con una estructura sintáctica compleja que dificultan la comprensión del mensaje que se pretende transmitir;
- Repetición de *modelos* que sirven al mismo propósito escritos de manera diferente, sin ninguna justificación o sea hay varios textos que sirven para el mismo propósito escrito de modo diverso sin homogenización de contenido y expresión.
- Uso de abreviaturas

También se nos ha dado el problema de las citas para acusados individuales extranjeros que no hablan el idioma portugués. Los *modelos* destinados a la citación de acusados o llamadas, especialmente aquellos que son personas físicas, siempre están escritos en portugués, independientemente de la comprensión del idioma que se cita. (Por ejemplo, un ciudadano chino puede ser objeto de una citación portuguesa porque se ha propuesto una acción contra él. En casos como este, es muy difícil decir que el texto ha cumplido su función de comunicación y al mismo tiempo verse obligado a concluir, al menos en lo que respecta a los acusados o las llamadas singulares, que lo contradictorio era evidente. Es cierto que se argumenta que, frente al artículo 133, apartado 1, del Código de Procedimiento Civil, el idioma

del proceso es el portugués. Y así debería seguir siendo. Sin embargo, en mi opinión, puede introducirse un pequeño cambio legislativo que podría resolver este problema directamente: incorporar al Derecho nacional la norma ya en vigor en el Reglamento (CE) nº1393/2007, más concretamente en el artículo 8.

Intentamos, partiendo de la situación de comunicación prevista en esos modelos, reformularlos y formular el texto de esa comunicación para simplificarla. Debemos hacer una advertencia: en la jurisdicción administrativa y fiscal –al contrario de lo que ocurre en la jurisdicción común– textos de comunicación que no tienen como destinatarios al ciudadano común, sino con personas jurídicas públicas o privadas ejerciendo competencias administrativas (Municipios, Universidades, Institutos, el Estado, Ministerios, Hacienda Pública, etc.).

Creemos que, dada la naturaleza de estas entidades, el esfuerzo por simplificar el lenguaje utilizado en las comunicaciones judiciales no está justificado, por lo que cuando el destinatario de la comunicación es uno de estos temas, las comunicaciones deben mantenerse como se han hecho, aunque se justifica un esfuerzo por armonizar textos destinados al mismo fin (*un modelo nacional único* para cada situación de información idéntica).

Por la misma razón, cuando el texto está destinado a otro órgano judicial o policial (orden judicial, carta de situación), creemos que es suficiente insertar en estas comunicaciones el texto simplificado correspondiente a la comunicación que se pretende transmitir (por ejemplo, en la orden de citación no se inserta un modelo simplificado, pero el texto que se redactó para la citación debe utilizarse cuando el tema público o privado mencionado anteriormente).

En la redacción sugerida para cada acto judicial en comunicación tratamos de simplificar el lenguaje, utilizando oraciones más simples y eliminando de todas las palabras que solo se aprenden en

una escuela de derecho o en un curso de abogado, que hicimos un esfuerzo para no dañar el contenido esencial del mensaje en cuestión. Lo que se pretendía garantizar es que un ciudadano sin ninguna cultura jurídica pueda entenderlo que está en juego en esa notificación y hasta que un ciudadano con mayor dificultad para comprender el texto pueda comprender la esencia del mensaje en cuestión. Para lograr estos efectos, utilizamos, en este caso, un sistema de comunicación inspirado en las preguntas frecuentes. (Preguntas frecuentes)

En los casos en que no fue posible eliminar una expresión jurídica, tratamos de incluir en el texto una explicación de lo que significa.

Sugerimos que las indicaciones jurídicas, es decir, la referencia a los preceptos legales, se eliminen del texto básico y sean absolutamente necesarias para la validez del acto colocado en una nota de pie de página. El mensaje procedimental que se pretende transmitir no debe intercalarse sucesivamente con referencias a artículos, diplomas jurídicos y códigos porque, en nuestra opinión, por un lado, esto inhibe o al menos desalienta al destinatario de continuar leyendo y cortando y, por otro lado, introduce interrupciones en la comprensión sucesiva y lineal del mensaje.

Sugerimos la introducción en el modelo de alguna información útil para el ciudadano o persona jurídica no pública que recibe el servicio, como por ejemplo dónde se puede dirigir para obtener el beneficio de la asistencia jurídica gratuita y qué no debe dejar de hacer en el proceso cuando ha hecho dicha solicitud y también la indicación de que el proceso es debido o no a la tasa de justicia y cuál es el valor del mismo.

Sugerimos la completa eliminación de las abreviaturas, eligiendo poner los diplomas legales en pie de página, pero con su designación completa. Pensando en migrantes, inmigrantes y globalización en general y gran movilidad profesional, también que en los casos en que los

demandados que coincidan con personas físicas no hablen portugués sugerimos que siempre sea legal (y no solo en los casos de aplicación del Reglamento Europeo indicado anteriormente) devolver la citación o no aceptarla si la misma y la demanda no vienen escritas en un idioma que el demandado entienda, y el autor debe producir la traducción tanto del texto de la cita como de la pieza a citar. Los costos de esta traducción pueden, como cargos, ser imputados al demandado si el demandante no obtiene vencimiento total o parcial en la acción.

3. LAS SENTENCIAS

El artículo 607 del Código de Procedimiento Civil establece que *la sentencia comienza identificando las partes y el objeto del litigio y, a continuación, formulando las cuestiones de las que es responsable el órgano jurisdiccional.*

Se siguen los fundamentos de motivación, debiendo el juez discriminar los hechos que considere probados e indicar, interpretar y aplicar las normas legales correspondientes, concluyendo por la decisión final.

En la motivación de la sentencia, el juez declara qué hechos considera probados y cuáles considera no probados, analizar críticamente las pruebas, indicando las lecciones extraídas de los hechos instrumentales y especificando los otros motivos que fueron decisivos para su condena; El juez también tiene en cuenta los hechos que se admiten por acuerdo, probados por documentos o por una confesión escrita, haciendo que todos los hechos adquiridos y extrayendo de los hechos establecidos las presunciones impuestas por la ley o por las normas de la experiencia.

El juez evalúa libremente las pruebas de acuerdo con su prudente convicción sobre cada hecho; La evaluación gratuita no cubre los hechos para los que la ley exige una formalidad especial, ni aquellos que sólo pueden ser probados por documentos o que están plenamente probados, ya sea por documentos o por acuerdo o confesión de las partes.

A su vez, el artículo 94, apartados 2 a 5, del CPTA establece que:

La sentencia comienza identificando las partes y el objeto del litigio, indicando las cuestiones de fondo que el órgano jurisdiccional puede resolver, tras la exposición de los motivos de hecho y de Derecho, la resolución y la condena de los responsables de las costas procesales, indicando la proporción de su responsabilidad. 3 – En la presentación de los motivos, la sentencia debe discriminar los hechos que considera probados y no probados, analizando críticamente las pruebas, e indicando, interpretando y aplicando las normas jurídicas correspondientes. 4 – El juez evalúa libremente las pruebas según su prudente creencia en cada hecho, excepto los hechos para los cuales la ley exige una formalidad especial y aquellos que sólo pueden ser probados por documentos o que están plenamente probados, ya sea por documentos o por acuerdo o confesión de las partes. 5 – Cuando el juez o ponente considere que la cuestión del derecho a resolver es simple, en particular porque ya ha sido apreciada por un órgano jurisdiccional de manera uniforme y reiterada, o que la pretensión es manifiestamente infundada, la motivación de la resolución puede ser sumaria y puede consistir en la mera remisión a una resolución anterior, a la que se añadirá copia.

Por último, el artículo 127 del CPPT determina que:

La sentencia identificará a los interesados y los hechos controvertidos, resumirá la pretensión del oponente y sus motivos, así como la posición del representante del Tesoro Público y del Ministerio Fiscal, y establecerá las cuestiones que las partes deben resolver. sobre la base de sus decisiones.

Básicamente, la decisión judicial tiene la siguiente estructura:

- I INFORME: identificación de las partes objeto de controversia y resumen de los cargos sufragados por cada una de las partes.
- II RACIONALIZACIÓN:

- A) DE FACTO (discriminación de hechos que considera probados y no probados y análisis crítico de pruebas)
 - B) DE LEY (indicar, aplicar e interpretar las normas legales correspondientes)
- III DECISIÓN: La propia parte es el efecto jurídico alcanzado concretamente al final del procedimiento judicial
- IV CONDENA en costas con imputación de las mismas en proporción a la decadencia o con cualquier criterio legal de responsabilidad/remisión de la tasa judicial restante.
- V FIRMA DEL JUEZ

Desde hace algún tiempo ya se prevén medidas para simplificar la estructura de la resolución judicial, en particular por lo que se refiere a la simplificación de la motivación de la decisión jurídica, como ya se desprende del artículo 94, apartado 5, del CPTA, que corresponde a técnicas de síntesis de los fundamentos de Derecho: 5 – *Cuando el juez o ponente considere que la cuestión del derecho a resolver es sencilla, en particular, dado que ya ha sido apreciada por un órgano jurisdiccional de manera uniforme y reiterada, o porque la pretensión es manifiestamente infundada, la motivación de la decisión puede ser sumaria y puede consistir en una mera remisión a una decisión anterior, para añadir copia.*

En general, nada tenemos que objetar a la estructura jurídica prevista para las decisiones judiciales, considerando como esenciales todas las partes legalmente requeridas para ello, algunas de ellas para garantizar su validez.

Si la estructura jurídica en cuestión no nos ofrece críticas, ya tenemos algunas reservas sobre la forma particularmente exigente en que los tribunales superiores han interpretado la necesidad de exponer los hechos, en particular con respecto a las pruebas documentadas en la jurisprudencia.

De hecho, hemos tenido conocimiento de resoluciones judiciales que consideran en una sentencia en la que el juez al dar como probado un documento y su contenido hacerlo por remisión es nulo por falta de motivación. Por otro lado, si hay escritos de la autoría de las partes de largo aliento y sobredimensionados, lo mismo ocurre con las decisiones judiciales.

Es una práctica común que los jueces filtren largas páginas de textos doctrinales en decisiones judiciales, incluso cuando la cuestión legal bajo tratamiento es más que pacífica, como es el caso de la transcripción de largos pasajes de sentencias de tribunales superiores. Por otra parte, el autor de la decisión a menudo no dedica tiempo suficiente a redactar su propia y digerida exposición de motivos para la resolución de las cuestiones de derecho que debe resolver.

Las razones de esta práctica no son de origen legal, pero sí se deben a los criterios que a lo largo de las últimas décadas han estado vigentes en cuanto a criterios evaluativos y de inspección de su actividad. Se han valorado –en nuestra opinión erróneamente– frases y decisiones compuestas por un gran número de páginas y que al menos parecen erudición doctrinal.

La facilidad de *copiar* y *pegar* también es responsable de este estado de cosas. En el tiempo que el juez estaba redactando a mano la decisión eran mucho más propios y perezosos y simples.

Esta práctica muchas veces pierde el hilo conductor del razonamiento y, sobre todo, para el destinatario se vuelve imperceptible, cortando muchas veces la sucesión de la comprensión de la decisión, haciendo que incluso las partes «pierdan el hilo».

La práctica ha funcionado como *una muleta* en la tarea de razonar. Cuando una sentencia contiene muchas transcripciones de doctrina y jurisprudencia tiene fundamento legal, pero si se trata de la intención se percibe no en pocas ocasiones según nuestra experiencia

que no existe realmente una base jurídica adecuada de la decisión, sino una mera adhesión a posiciones doctrinales que no siempre son las más adecuadas para la casuística que la solución del caso concreto necesitaba.

También en el contexto de ese estudio, los jueces (y quienes los evalúan) también se sensibilizan para producir decisiones con una base legal directa y simple. Esto no significa que el juez no tenga que conocer la doctrina y estar al tanto de la jurisprudencia. Simplemente significa que, como ocurre en la inmensa mayoría de los países europeos, la transcripción de la doctrina debe ser marginal y, si es posible, la indicación bibliográfica se hará en el texto, pero de manera muy breve, por ejemplo, indicando solo el autor que defiende una posición determinada. El autor de la decisión puede explicar lo que la doctrina entiende sin transcribir *ipsis verbis* la posición de cada autor.

Utilizamos que la indicación de la jurisprudencia debe hacerse sólo de tal manera que permita la identificación del fallo citado, preferiblemente sin transcribirlo, a menos que sea absolutamente indispensable para la comprensión o el énfasis del razonamiento contenido en él cuando está siendo aceptado por el tribunal. E incluso si la cuestión jurídica ya ha sido tratada de manera pacífica y consolidada por la jurisprudencia, el tribunal puede hacer una simple remisión a esa misma jurisprudencia reduciendo significativamente el esfuerzo de motivación o reservando y canalizando ese esfuerzo hacia las características específicas del caso específico si existe.

A continuación, sugerimos en dicho estudio que los informes de las sentencias sean lo más resumibles posible, identificando únicamente a las partes en la demanda y básicamente el objeto del litigio e incluso si se permite al juez remitirse a informes técnicos que contengan los hechos sobre los que precisamente están tratando de verificar para apreciar la validez del acto. Creemos que la calidad de la decisión no se vería afectada. Pensamos que el texto de la ley debe ser

modificado con el fin de autorizar expresamente a los jueces a poder simplificar los hechos con relieve para la elaboración del fallo cuando está contenida en largas inspecciones o informes técnicos, legalizando así prácticas que actualmente los tribunales superiores consideran «objetable».

Sin embargo, nos atrevemos a hacer una sugerencia más radical. Es (i) admitir que en casos de hasta cierto punto (por determinar) o en el caso de ciertos asuntos, es posible que el juez dicte una sentencia sumaria dictada oralmente o incluso por escrito (en la que se incluyó el significado de la decisión y muy brevemente los motivos de hecho y de derecho por los que se adopta de tal manera que las partes puedan comprender la decisión adoptada en general, su derecho o nula), dejando la motivación agotada necesaria a efectos del recurso, si la parte perdedora (o las partes perdedoras) mantuvieron interés en recurrir a ella, en cuyo caso deberá abonarse una tasa adicional para obtener el texto íntegro de la motivación o, alternativamente, ii) admitir que las partes, independientemente del valor de la acción, pueden: mediante acuerdo, desestimar al juez de dictar una resolución con un razonamiento agotado y podrá hacerlo sumariamente (en la que se haya incluido el sentido de la resolución y muy brevemente los fundamentos de hecho y de derecho por los que se adopta de manera que las partes puedan comprender la decisión adoptada, su corrección o incertidumbre), sin perjuicio de las partes, A pesar de este acuerdo previo, una vez que hayan decidido recurrir dicha decisión, pueden solicitar el texto de la decisión por todos los motivos por los que pagarían una tasa adicional.

Cabe señalar que no se trataría de *motivar a posteriori* la decisión judicial, sino de detallar el razonamiento anteriormente expuesto, lo que, a nuestro juicio, tendría la enorme ventaja de aumentar exponencialmente el número de controversias que la jurisdicción puede resolver con los medios que se le dan a tal efecto. y aumentaría la capacidad de sus destinatarios y del público en general para entenderlo (en caso de publicación)».

El problema de la lógica de las decisiones judiciales no se resuelve únicamente con normas jurídicas; se orienta sobre todo por la formación a este fin direccionada de los magistrados judiciales, que tienen que ser entrenados para decidir oralmente cuando la ley lo permita y no sólo para decidir por sentencia escrita. También deben sentir que menores transcripciones de doctrina o jurisprudencia no tendrá un impacto negativo en su evaluación profesional.

Debemos decir que, a pesar de las sugerencias hechas en esta materia y de un movimiento creciente en la comunidad jurídica en este sentido, todavía no ha sido posible dar pasos significativos en la adecuada simplificación de las decisiones judiciales para acelerar la administración de justicia y su plena comprensión⁸.

4. EPÍLOGO

Sin embargo, la combinación de problemas en el lenguaje de los tribunales y las sugerencias hechas tuvieron al menos dos consecuencias positivas.

Por un lado, el legislador añadió en 2019 al Código de Proceso Civil el artículo 9A (el principio del uso de lenguaje simple y claro. Ha establecido explícitamente en ese precepto que el *tribunal debe, en todos sus actos, y en particular en las citas, notificaciones y otras comunicaciones dirigidas directamente a las partes y otras personas físicas y jurídicas, utilizar preferentemente un lenguaje sencillo y claro.*

El establecimiento de tal principio es importante para la ley porque aclara la importancia del lenguaje sobre todo en el procedi-

8 Agradecemos a los autores de los siguientes informes nacionales: Primitivo Gutiérrez (Bolivia), Rodrigo Rivera Morales (Venezuela), Juan Mendoza (Cuba) y Rafael Ángel Sanabria Rojas (Costa Rica).

miento de comunicación del tribunal para que las partes lo consideren un asunto serio e importante y no un mero detalle o accidente del curso del procedimiento.

Por otra parte, la notificación recibida por Verónica C., como las citaciones en general o, por ejemplo, algunas en particular, como las notificaciones a los testigos han cambiado no solo en su contenido, pero también en la forma en que se lleva esta información al destinatario. Y no hay duda de que dichas comunicaciones están mucho más perceptibles ahora que antes sin que se tenga perdido su significado y función⁹.

Entendemos que aún hay mucho más por hacer, especialmente en el contexto de las decisiones judiciales y de su simplificación, pero ya fue dado un primer gran paso en la consideración de la existencia de un problema de lenguaje que podría ser un problema de proceso injusto.

Ante esto esperamos que cada vez haya menos Verónicas.

9 Dejamos en anexo ejemplos bien representativos de la clarificación lograda como anexo a este texto.



3368/23.7T8PRT [445589583]

Tribunal Judicial da Comarca do Porto
Juízo Local Cível do Porto - Juiz 8

Palácio da Justiça, Campo dos Mártires da Pátria
4099-012 Porto

Para mais informações, ligue 220949400,
nos dias úteis, das 09h00 às 12h30 e das
13h30 às 16h00 ou envie e-mail para
porto.judicial@tribunais.org.pt

Citação

Processo nº 3368/23.

Referência deste documento: 4455

Data de envio: 22-02-2023

200460-10085250



Exmo(a) Senhor(a)
Maria Fernanda
Rua António Candido
4200-075 PORTO

Tem 30 dias para responder

Se não responder dentro do prazo, o tribunal pode decidir dar razão a quem iniciou o processo contra si.

O pedido contra si foi apresentado por Município do Porto e outro(s) (consulte os nomes no documento em anexo)

Não responda sem um/uma advogado/a
Tenha em atenção que o prazo começa a contar no dia a seguir à assinatura do aviso de receção.

Porque está a receber esta carta

Município do Porto iniciou neste tribunal um processo de Ação de Processo Comum contra si. Estamos a entrar em contacto consigo para que possa defender-se.

Junto com esta carta, enviamos-lhe uma cópia do pedido apresentado contra si, com a identificação das pessoas ou entidades envolvidas.

Se quiser defender-se, responda a esta carta

Se não responder dentro do prazo, o tribunal pode achar que concorda e que foi por isso que não respondeu. A lei chama a isso a confissão dos factos.

É obrigatório ter um/uma advogado/a para se defender

Para contestar o que é dito no pedido contra si, vai precisar de um/uma advogado/a. Se não tiver meios económicos para pagar, consulte nesta carta a secção "Precisa de apoio judiciário?".

Tem 30 dias para se defender

Se quiser contestar o que é dito no pedido contra si, o/a seu/sua advogado/a tem de responder no prazo de 30 dias após receber esta carta. Para saber como se conta este prazo, consulte nesta carta a secção "Como se contam os prazos".

Para se defender, pode ter de pagar a taxa de justiça

O valor da taxa de justiça neste processo só pode ser calculado mais tarde. Fale com o seu/sua advogado/a para saber quanto e como vai pagar.

Se não tiver meios para pagar a taxa de justiça, consulte nesta carta a secção "Precisa de apoio judiciário?".

Um exemplo para os casos em que esta carta se dirige a uma pessoa e não a uma entidade:

- **Se o aviso de receção foi assinado por si** no dia 1 e o prazo indicado for de 15 dias, começa a contar no dia 2 e termina no dia 16.
- **Se o aviso de receção foi assinado por outra pessoa** no dia 1 e o prazo indicado for de 15 dias, começa a contar no dia 2 e termina no dia 21, porque aumenta 5 dias.

Como se contam os prazos

O prazo para responder começa a contar no dia a seguir à assinatura do aviso de receção desta carta. Conta-se em dias corridos, incluindo fins de semana e feriados.

A contagem só fica suspensa durante as férias judiciais:

- entre 22 de dezembro e 3 de janeiro
- entre o domingo de Ramos e a segunda-feira de Páscoa
- entre 16 de julho e 31 de agosto.

O/A seu/sua advogado/a poderá dar-lhe mais informações sobre a contagem dos prazos.

Se esta carta se dirige a uma pessoa e não a uma entidade e se o aviso de receção foi assinado por outra pessoa, o prazo aumenta 5 dias.

Se o prazo terminar num dia em que o tribunal esteja fechado, ainda pode entregar a sua resposta no dia útil seguinte.

Para saber mais, contacte a Segurança Social:

Telefone

300 (chamada para a rede fixa)

Online

Antes de ligar, vá a www.seg-social.pt e:

- use o simulador disponível em *Simulações -> Proteção Jurídica*
- consulte *Documentos e Formulários -> Guias Práticos -> Proteção Jurídica*

Se pedir apoio judiciário à Segurança Social, terá de preencher um formulário:

- **Para pedir um/uma advogado/a**, assinale a opção *Nomeação e pagamento da compensação de patrono*.
- **Para pedir apoio para os custos do processo**, assinale a opção *Dispensa de taxa de justiça e demais encargos com o processo*

Precisa de apoio judiciário?

A Segurança Social presta apoio judiciário às pessoas que provem que não têm meios para pagar a taxa de justiça e outros custos do processo, ou para contratar um/uma advogado/a.

Se pensa ser esse o seu caso, contacte rapidamente a Segurança Social para conhecer os seus direitos. Não deixe passar o prazo para responder a esta carta.

O pedido de apoio judiciário pode interromper o prazo

Se pedir um/uma advogado/a à Segurança Social e nos informar disso, o prazo para responder a esta carta é interrompido. Note que o prazo só se interrompe se nos informar de que pediu o apoio. Não basta pedi-lo.

Quando tiver uma resposta ao seu pedido, o prazo começa a contar novamente do início, ou seja, volta a ter 30 dias para responder a esta carta.

- **Se o seu pedido for recusado**, o prazo recomeça a contar do início a partir da data em que receber a resposta da Segurança Social.
- **Se o seu pedido for aceite**, o prazo recomeça a contar do início a partir da data em que a Ordem dos Advogados lhe indicar quem é o/a seu/sua advogado/a.

O que fazer se pedir um/uma advogado/a

Antes do fim do prazo para responder a esta carta, envie-nos uma cópia do formulário que entregou à Segurança Social. É importante que essa cópia mostre a data em que fez o seu pedido de apoio judiciário.

O que fazer se apenas pedir apoio para os custos do processo

Se apenas pedir à Segurança Social apoio para pagar as taxas de justiça e outros custos do processo, ou para os pagar a prestações, o prazo para nos responder não é interrompido. Mesmo assim, quando responder a esta carta, tem de nos enviar uma cópia do formulário que entregou à Segurança Social.

Quando receber a decisão da Segurança Social, entregue-a de imediato ao/a seu/sua advogado/a. No caso de o seu pedido ser recusado pela Segurança Social, a taxa de justiça tem que ser paga no prazo de 10 dias a contar da data em que recebeu a decisão da Segurança Social.

Tenha ainda em atenção o seguinte

Neste caso, não existem informações a acrescentar

O que vai acontecer a seguir

Depois de terminar o seu prazo para responder, o tribunal vai decidir quais os passos seguintes. Nessa altura, voltaremos a entrar em contacto consigo ou com o/a seu/sua advogado/a.

O/A Escrivão Adjunto,

(Graça Bento)



Tribunal Judicial de Barcelos

3º Juízo Cível

Pr. Dr. Francisco Sá Carneiro - Palácio Justiça - 4750-297 Barcelos

Telef: 253808330 Fax: 253081109 Mail: barcelos.tc@tribunais.org.pt

200460-10079060



R J 8 9 5 1 1 9 6 0 5 P T

Exmo(a). Senhor(a)
Maria Filomena
Av.ª Alcades de Faria, N.º
Arcozelo
4750-106 Barcelos

Processo: 295/14.2TBB	Ação de Processo Comum	N/Referência: 8493 Data: 05-02-20
Autor: Zacarias Réu: Maria Filomena		
Mandatários:	Dr. João , Mandatário do Autor, Zacarias , com escritório na Rua Sá da Bandeira, , 4000-438 Porto; contactos: telefone - 22607 , fax - 2260 , e-mail - joao	

Assunto: Citação por carta registada com AR

Nos termos do disposto no art.º 228.º do Código de Processo Civil, fica V. Ex.ª citado para, no prazo de 30 dias, contestar, querendo, a ação acima identificada com a advertência de que a falta de contestação importa a confissão dos factos articulados pelo autor.

Com a contestação, deverá o citando, apresentar o rol de testemunhas e requerer outros meios de prova, de acordo com o art.º 572º do Código de Processo Civil.

Ao prazo de defesa acresce uma dilação de: 0 dias.

No caso de pessoa singular, quando a assinatura do aviso de receção não tenha sido feita pelo próprio, acrescerá a dilação de 5 dias (art.ºs 228.º e 245.º do CPC).

A citação considera-se efetuada no dia da assinatura do AR.

O prazo é contínuo suspendendo-se, no entanto, nas férias judiciais.

Terminando o prazo em dia que os tribunais estiverem encerrados, transfere-se o seu termo para o primeiro dia útil seguinte.

Fica advertido de que é obrigatória a constituição de mandatário judicial.

Juntam-se, para o efeito, um duplicado da petição inicial e as cópias dos documentos que se encontram nos autos.

A Oficial de Justiça,

Vanda Teixeira

Notas:

- **Solicita-se que na resposta seja indicada a referência deste documento**
- *A apresentação de contestação, implica o pagamento de taxa de justiça autoliquidada. Sendo requerido nos Serviços de Segurança Social benefício de apoio judiciário na modalidade de nomeação de patrono, deverá o citando, juntar aos presentes autos, no prazo da contestação, documento comprovativo da apresentação do referido requerimento, para que o prazo em curso se interrompa até notificação da decisão do apoio judiciário .*
- *As férias judiciais decorrem de 22 de Dezembro a 3 de Janeiro; de domingo de Ramos à segunda-feira de Páscoa e de 16 de Julho a 31 de Agosto.*
- *Nos termos do art.º 40.º do CPC. é obrigatória a constituição de advogado nas causas da competência de tribunais com alçada, em que seja admissível recurso ordinário; nas causas em que seja admissível recurso, independentemente do valor; nos recursos e nas causas propostas nos tribunais superiores.*

Simplificação da linguagem

Injunção

ANTES

Atenção em caso de devolução desta correspondência
Remeter para:
E.C. CARO RUIVO
180-1 061 1183CA
Injunção nº: 7510017.61PRPT

Balcão Nacional de Injunções
Contactos directos:
Rua de Cavaleiros, 155
4049-014 Porto
Tel: 220640310-119 Fax: 220649555
NIF: 600883551

Registrado com A.R.
Injunção nº: 7510017.61PRPT Data: 06-06-2017
Ref: 500.204.698.500

Requerente(s): EDP Comercial, SA
Morais, Avenida Edison, n.º 200, 1000-150 Lisboa
EDP Distribuição, SA
Morais, Rua Testa, n.º 340, 1000-450 Lisboa
Mandataria(s): João Claro
Morais, Rua do Peaburnim, 12, 1254-367 - Oeiras
Requerido(s): Miguel Martinho

Assunto: Notificação para pagamento ou oposição.
O requerente acima identificado apresentou no Balcão Nacional de Injunções um requerimento de injunção, onde V. Ex.ª figura como requerido (devedor), solicitando que lhe seja pago o montante de € 5000,00, correspondente à quantia pedida, acessada à taxa de justiça por ele paga, conforme discriminação e causa a seguir indicadas:

Capital: 4800,00 Juízo de mora: 200,00 à taxa de 0,00% desde a presente data. Outras quantias: 0,00 Taxa de justiça paga: 0,00
Contrato de Fomento de bens ou serviços
Data do contrato: 06/01/2017 e Período a que se refere: 06/01/2014 à 05-06-2017
Excepção dos factos que fundamentam a pretensão:

1 - As ora Requerentes, EDP Comercial, SA e EDP Distribuição, SA, são sociedades anónimas que se dedica a distribuição e comercialização de electricidade e gás natural canalizado, bem como, à prestação de serviços de assistência técnica de instalações e equipamentos eléctricos e a gás.

2 - No âmbito da sua actividade, a EDP Distribuição, SA, tornou-se a EDP Comercial, SA, 10 kilowatts de electricidade que esta vendeu ao Requerido, Miguel Martinho, nos termos do contrato de prestação de serviços celebrado em 06-01-2017.
3 - Na sequência dos seus fomentos, os Requerentes emitiram as faturas relativas a aquisições efectuadas pelo Requerido de electricidade em regime de baixa tensão normal.

Fatura FA 2017/3501, emitida em 07-02-2015, com data de vencimento em 27-02-2015, no valor de 1700,00 €
Fatura FA 2017/3502, emitida em 07-02-2015, com data de vencimento em 27-02-2015, no valor de 1700,00 €
Fatura FA 2017/3482, emitida em 07-02-2017, com data de vencimento em 27-02-2017, no valor de 1500,00 €

Processo nº: 7510017.61PRPT
Página: 1 de 2

DEPOIS

Secretaria Judicial
Tribuna 1.8 Balcão Nacional de Injunções
Rua de Cavaleiros, 155, 4049-014 Porto
Atendimento: 220640310-119 Fax: 220649555
NIF: 600883551
Não existe cotação para este estado.

Injunção nº: 108824/12.3TRFPT

RESUMO

O valor que lhe é exigido

Pagamento de uma dívida relativa a um contrato de Fomento de bens ou serviços

Valor principal	69.992,28€
Outras quantias	0,00€
Taxa de justiça	183,00€
Juros de mora	1.619,00€
Valor exigido	71.674,28€

O pedido foi apresentado contra si por:
- Eficácia número: 15443610

GLOSSÁRIO

Após executar o valor a pagar, não se esqueça de enviar o comprovante de pagamento para receber o pagamento.

Trata-se de um documento que permite comprovar a existência de uma dívida. Deve ser apresentado ao Balcão Nacional de Injunções para obter uma cópia. Por exemplo, um pedido de injunção deve sempre vir acompanhado de um talão executivo.

Opeção é o nome que damos à sua resposta a esta notificação. A ser dada nos 15 dias para "obstar o pagamento", ou seja, responder-se ao requerimento para não se ter de pagar.

INFORMAÇÃO RELEVANTE

Porque está a receber esta notificação

Os serviços judiciais pediram um pedido de injunção contra si. Podido ter de pagar 69.992,28€ mais os juros pelo atraso e a taxa de justiça que soma um total de 71.674,28 €. Por isso, sua resposta a esta notificação é muito importante.

Segundo o pedido de injunção apresentado contra si, não foram feitos quaisquer pedidos de oposição ou de pagamento. O prazo para apresentar o pedido de injunção foi em 15-10-2010 (Decreto-Lei n.º 32/2003, de 17 de fevereiro, ou Decreto-Lei n.º 62/2013, de 10 de maio).

A injunção é uma forma rápida de exigir o cumprimento de dívidas resultante de um contrato. Se a pessoa contra quem é feito o pedido não pagar nem responder apropriadamente ao pedido de injunção, pode ser requerida em tribunal e perdurar os seus bens ou rendimentos.

Consulte a última página desta notificação para conhecer em detalhe o pedido apresentado contra si. Caso considere não ter de pagar o valor que lhe é exigido, a sua resposta a esta notificação é muito importante.

Tem 15 dias para reagir ao pedido de injunção

No prazo de 15 dias úteis, a partir da data de emissão desta notificação, deve responder ao pedido de injunção de uma das seguintes formas:

- responder nos indícios motivados para não ter a obrigação de pagar

Salta como pagar ou responder nas páginas seguintes

Tenha em atenção que os 15 dias para reagir ao pedido de injunção começam a contar no dia a seguir à entrega desta notificação.

O que acontece se não fizer nada no prazo de 15 dias

Se não pagar nem responder dentro do prazo, o pedido de injunção vai ser automaticamente aceite e a pessoa executiva em tribunal. Por causa desta situação, poderá ser obrigado a pagar o valor que lhe é exigido e a pagar honorários para pagar o valor que lhe é exigido.

Na opção executiva, a valor a pagar também existem também a dever:

- juros pelo atraso no pagamento desde 28-05-2012
- taxa de 5% desde a data em que a opção executiva seja possível
- as custas judiciais de apgo executivo.



208001018020
Emiss. Substituído
R 6 2 1 8 6 6 1 3 1 3 1 T
Localização número 2711042

ANTES

- 4 - Apresentada o pagamento, as letras não foram pagas na respectiva data de vencimento, nem posteriormente.
- 5 - Além do montante das letras, os Requerentes têm direito a haver o Frequentado juros de mora, os quais, calculados desde o dia seguinte ao da data de vencimento das respectivas letras, à taxa legal supletiva aplicável de 7,15 % até 06-2017, perfizerem o montante total de 200,00 €.
- 6 - Assim, a quantia em dívida pelo Frequentado às Requerentes, na presente data (05-06-2017), ascende a 5.000,00 € (+ 4.800,00 € + 200,00 € de juros).

Fica, pois, por este meio notificado de que tem o prazo de 15 dias* para:

- a) Pagar** no requerente o montante por este solicitado, ou
 - b) Deduzir oposição a essa pretensão, caso em que o Bloco Nacional de Injunções remeterá os autos à distribuição no tribunal competente.
- Faz-se notar, no entanto, que a dedução de oposição cuja falta de fundamentação não deva ser ignorada por si determina a nulidade da oposição que a ser proferida na acção declarativa que se lhe segue - em multa de valor igual ao dobro da taxa de justiça devida nessa acção.

Findo o referido prazo de 15 dias sem que tenha efectuado o pagamento do montante acima indicado ou deduzido oposição:

- a) Será aplicada a dever juros de mora à taxa legal desde a data da apresentação do requerimento de injunção e juros à taxa de 3% ao ano a contar da data da apresentação da fórmula executória.

O Escrivão-Auxiliar

Maria Fernandes

(Maria Fernandes)

* - O prazo acima indicado para cumprimento a partir da data certificada pelo distribuidor postal, interrompe-se no evento, durante as férias judiciais, que decorrem de 22 de Dezembro de 2016 até ao domingo de Páscoa da seguinte forma: de 16 de Junho a 31 de Agosto. Se o prazo terminar em dia em que os tribunais estiverem encerrados, o prazo prolonga-se para o primeiro dia útil seguinte. ** - GERENDO EFECTUATUO O FUNDAMENTO, DEBENT FICER O AO REQUERENTE.

DEPOIS

LINGUAGEM CLARA

Quer pagar o valor que lhe é exigido?
Pague, por favor, directamente ao Bloco Nacional de Injunções, contra si. Evite, por outras disposições, pagar dentro do prazo de 15 dias.

Não envie o pagamento para esta secretaria judicial

O Bloco Nacional de Injunções não representa nenhuma das partes no processo. Por isso, esta secretaria não pode receber qualquer pagamento relativo à presente dívida.

Estes são os contactos para pagamento indicados por:

Entidade número 15448705
Montado número 2711041.1
Localidade número 2711041
Código postal 4700-100 Porto
Telefone: 22345678

O que acontece se pagar?

- Se pagar o valor que lhe é exigido, o processo pode terminar.

CONTACTOS

Pode também chegar a resposta por:

Cometo ou em mão
Bloco Nacional de Injunções
Rua do Gueiro Permalente, 18071814
4000-100 Porto

Fax:

222222222

Para mais informações, consulte este site, até
às 09:00 de 22/07/2017 até 13:30 de 15/08/2017.

Telefone:

222222222

O que acontece se responder a esta notificação?

- Se a resposta disser que considera não ter de pagar, vamos emitir a sua resposta para Lisboa - Verso Cível, onde vai ser analisada. Antes dessa análise, o valor que lhe é exigido não pode ser pago processado no seu tribunal judicial. Depois de fazer esse pagamento, o seu processo vai ser decidido em tribunal por uma juíza ou juiz.

Atenção: Se responder e o tribunal considerar que devia saber que os motivos que indicou não eram válidos, pode ser condenado a pagar uma multa de 300,00 €.

- Se a resposta não disser que considera não ter de pagar, pode haver uma ação executiva contra si e os seus bens ou rendimentos podem vir a ser penhorados para garantir o pagamento devido. O Ministério da Justiça, é de esperar que, se assim o estabelecer, o prazo de 12 meses, aproximadamente.

Quer responder a esta notificação?

Responda-nos no prazo de 15 dias, dizendo por que motivos considera não ter a obrigação de pagar o valor que lhe é exigido.

Acima de 5.000 € é preciso ter advogado para responder

Porque o valor que lhe é exigido é superior a 5.000 €, precisa de um/uma advogado/a para responder por si, mas o prazo de 15 dias continua a contar.

Se precisar de um/um advogado/a mas não puder pagar os seus serviços, contacte o serviço Pretita de ajuda para responder nesta notificação.

DEPOIS

RESULTADOS

- Notificações enviadas
+ de 570 mil
- Pagamentos
+ 67%
- Oposições
+ 25%
- Pedidos de apoio judiciário
+ 176%
- Apoio judiciário concedido
+ 142%

LINGUAGEM CLARA

Precisa de ajuda para responder?

A Segurança Social oferece apoio judiciário às pessoas que não têm meios para pagar as taxas de justiça ou o aconselhamento jurídico de que precisam.

No âmbito deste processo de simplificação da linguagem de "apoio", o voluntariado da Associação de Apoio Jurídico Social tem um papel fundamental.

Se precisa de direito a apoio judiciário, contacte rapidamente a Segurança Social para conhecer os seus direitos antes do fim do prazo de 15 dias.

O pedido de apoio judiciário pode interromper o seu prazo

Se o prazo de 15 dias para apresentar o requerimento à Segurança Social antes do fim do prazo de 15 dias, o prazo interrompe-se.

Nesse caso, envia-lhe uma cópia do requerimento que entregou à Segurança Social. É importante que essa cópia mostre a data em que foi entregue o requerimento à Segurança Social para iniciar o processo de injunção à Segurança Social tomar uma decisão.

O que acontece se pedir apoio judiciário?

- Se pedir apoio judiciário e nos enviar uma cópia do requerimento, o processo é suspenso até a Segurança Social decidir sobre o seu pedido de apoio judiciário.
- Quando a Segurança Social tomar uma decisão sobre o seu pedido de apoio judiciário, tem um novo prazo de 15 dias para responder a esta notificação.

Como se contam os prazos

Os prazos de notificação contam os feriados, incluindo fins de semana e feriados. Se o prazo terminar num dia que os serviços estejam fechados, pode entregar a sua resposta no dia útil seguinte.

A contagem dos prazos indicados só fica suspensa:

- entre 22 de dezembro e 3 de janeiro;
- entre 16 de julho e 31 de agosto.

CONTACTOS

Para saber mais, contacte a Segurança Social:

Teléfono

300 202 202 (chamado para a rede fixa)

Online

Através do site, pode ir a www.ssgsocial.pt ou

usar o simulador disponível em

simulador.ssgsocial.pt

• consultar Leitor_Seguranca_Social@AssistenciaAdministrativa

• chamar o número de apoio ao cliente 300 202 202

• visitar o nosso espaço de atendimento presencial

• contactar o nosso serviço de atendimento ao cliente

• visitar o nosso espaço de atendimento presencial

PRAZOS

Por favor, não esquecer de enviar esta notificação para o endereço de correio eletrónico indicado no prazo de 15 dias para responder a esta notificação.

Envie a resposta ao endereço de e-mail seguinte:

OLA Oficial de Justiça,

João Renato Paiva Pereira

Arturino Lopes

Conheça os fundamentos do pedido de injunção

No página seguinte encontra os fundamentos do pedido apresentado contra si nesta secção judicial. Se precisar de mais informações, visite o nosso site ou chame o nosso número 300 202 202 antes de 31 de agosto de 2015.

AÇÕES COLETIVAS TRANSNACIONAIS: PERSPECTIVAS E PROPOSTAS SOBRE O RECONHECIMENTO E A EXECUÇÃO DA SENTENÇA ESTRANGEIRA NA AMÉRICA E NA EUROPA¹

TRANSNATIONAL CLASS ACTIONS: PERSPECTIVES AND PROPOSALS ON THE RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF FOREIGN JUDGMENT IN AMERICA AND EUROPE

LARISSA CLARE POCHMANN DA SILVA

Pós-Doutora em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

Doutora e Mestre em Direito pela Universidade Estácio de Sá (UNESA). Membro da Associação Internacional de Direito Processual (IAPL), do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual (IIDP), do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), do Instituto dos Advogados do Brasil (IAB), da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPro) e do Instituto Carioca de Processo Civil (ICPC). Professora do Programa de Mestrado e Doutorado da Universidade Estácio de Sá (UNESA). Coordenadora Nacional de Pesquisa, Extensão e Internacionalização das instituições de ensino do Grupo YDUQS. Advogada

Data de recebimento: 18 de abril de 2023

Data de aprovação: 2 de junho de 2023

RESUMO: Em um mundo globalizado, os danos não se restringem às fronteiras estatais, sendo precisa assegurar que as vítimas, independente de onde estejam, sejam capazes de ter seus direitos tutelados. Nessa perspectiva, o presente trabalho analisa as ações coletivas transnacionais, buscando

ABSTRACT: In a globalized world, damages are not restricted to state borders, it is necessary to ensure that victims, regardless of where they are, receive redress. In this perspective, the present paper analyzes transnational class actions, seeking to observe what would be (or should be) the minimum requirements

-
1. A autora agradece à Fundación Privada Manuel Serra Domínguez pelo apoio financeiro obtido para o desenvolvimento deste projeto de pesquisa.

observar quais seriam (ou deveriam ser) os requisitos mínimos para que as vítimas pudessem receber reparação independente do país em que se encontrem, em observância às garantias fundamentais do processo.

PALAVRAS-CHAVE: Ações Coletivas Transnacionais; Reconhecimento e Execução da Sentença Estrangeira; América; Europa.

for victims to receive redress regardless of the country in which they are located, observing the fundamental guarantees of the process.

KEYWORDS: Transnational Class Actions; Recognition and Enforcement of Foreign Sentence; America; Europe.

SUMÁRIO: Introdução. 1. A importância das ações coletivas transnacionais em um cenário globalizado. 2. Perspectivas sobre o reconhecimento e a execução das sentenças coletivas estrangeiras. 3. Proposta para o reconhecimento e a execução de sentenças de ações coletivas transnacionais. 4. Conclusão. 5. Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

No cenário contemporâneo, a concentração urbana, a globalização, a produção e o consumo em escala de massa, a padronização de contratos, a elaboração desenfreada de normas pelo Estado, aliados às inovações tecnológicas e à rápida difusão da informação, com intenso fluxo de informações, mercadorias e pessoas, acabam por proporcionar danos de massa que não estão mais restritos aos limites das fronteiras estatais.

Como decorrência, ganham destaque neste cenário as ações coletivas transnacionais, temática multifacetada, que buscam assegurar que as vítimas, independente da situação econômica e de onde estejam residindo, possam ter o dano reparado.

No presente trabalho, através da pesquisa bibliográfica e documental, com um tratamento qualitativo das informações obtidas, o foco será a análise de requisitos mínimos para que sentenças coletivas possam ser reconhecidas e efetivadas em diferentes jurisdições, aprimorando as ações coletivas e promovendo maior eficiência à justiça civil.

1. A IMPORTÂNCIA DAS AÇÕES COLETIVAS TRANSNACIONAIS EM UM CENÁRIO GLOBALIZADO

Na contemporaneidade, tanto na esfera pública como na privada, as relações de massa expandem-se continuamente, fruto da concentração urbana, da globalização, da produção e do consumo em escala de massa, da padronização de contratos aliados às inovações tecnológicas e à rápida difusão da informação, com intenso fluxo de informações, mercadorias e pessoas, com a multiplicação de lesões decorrentes de circunstâncias de fato ou de relações jurídicas comuns¹, capazes de

1 MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*. São Paulo: RT, 4.ed., 2014, p. 35.

proporcionar danos de massa².

Como decorrência, dois cenários se abrem de forma concomitante: 1) por um lado, houve intensos debates sobre o processo coletivo, que implicaram a implementação ou o incremento na legislação processual coletiva de diversos países e 2) por outro, é necessário atentar que estes danos não se limitam a fronteiras geográficas dos Estados.

Na primeira perspectiva, multiplicaram-se os debates sobre a criação ou o aprimoramento das legislações processuais coletivas, através de diversos modelos de atribuição de legitimidade, de sistema de vinculação e de coisa julgada, até mesmo porque os países possuem diferentes culturas e as ideias, valores e normas compartilhados pelos grupos sociais, englobando crenças cognitivas e normativas, assim como a compreensão da realidade, do desenho político e econômico e dos rituais simbólicos, que refletem diretamente nos mecanismos formais de solução de conflitos, individuais ou coletivos³.

É cediço que as ações coletivas ainda não se encontram presentes na legislação de todos os países. Por exemplo, Venezuela e Cuba ainda hoje não possuem uma legislação processual coletiva, enquanto Costa Rica e em El Salvador possuem uma previsão pouco desenvolvida e insuficiente para a tutela de direitos coletivos em

2 NAGAREDA, Richard. *Mass Torts in a World of Settlement*. Chicago: Oxford University, 2007, p. viii.

3 Sobre a relação entre a cultura e os mecanismos de solução de conflitos, remete-se a: CHASE, Oscar G. *Direito, cultura e ritual*. Sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 171-186 e RÚA, Mónica Bustamante (Coord.). *Proceso judicial y cultura*. Una mirada global. Colômbia: Universidad de Medellín, 2013.

sentido amplo⁴. Porém, nítidos foram os movimentos de elaboração de projetos de lei ou de aprovação de legislações sobre processo coletivo nos últimos anos em diversos países. Mais recentemente, registra-se o exemplo da França: em março de 2023, a Assembleia Nacional Francesa aprovou um projeto de lei para harmonizar as ações coletivas francesas com as disposições da União Europeia sobre processo coletivo⁵.

Por sua vez, também é preciso pensar as ações coletivas para além dos limites dos países, já que os danos não se restringem mais as fronteiras, podendo atingir habitantes de distintos países, vizinhos ou não. Neste contexto, revela-se a importância das ações coletivas transnacionais⁶, que são o foco deste trabalho.

As ações coletivas transnacionais são descritas a partir de distintas concepções. É possível se definir uma ação coletiva transnacional como aquela em que um ou alguns dos beneficiários se referem a não nacionais⁷. Há, ainda, o complemento desta definição referindo-se a

4 Essa constatação foi feita a partir do relatório geral e dos relatórios nacionais fornecidos para as XI Jornadas Brasileiras de Direito Processual e XXV Jornadas Ibero-Americanas de Direito Processual, publicado em LUCON, Paulo Henrique dos Santos *et al.* *Processo em Jornadas*. XI Jornadas Brasileiras de Direito Processual e XXV Jornadas Ibero-Americanas de Direito Processual. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 1013-1372.

5 Notícia disponível em <https://www.jonesday.com/en/insights/2023/03/french-national-assembly-gives-class-actions>. Acesso em 16 abr. 2023.

6 Sobre o tema, remete-se a: SILVA, Larissa Clare Pochmann da. Ações Coletivas Transnacionais: uma proposta para o Código Modelo de Processos Coletivos. *Revista Iberoamericana De Derecho Procesal*, v. 10, 2019, p. 113-130.

7 MONESTIER, Tanya J. *Transnational class actions and the illusory search for res judicata*. *Roger Williams University School of Law*. Bristol: Estados Unidos, n. 86, 2011, p. 1 e SIMARD, Linda Sandstrom; TIDMARSH, Jay.

demandas coletivas em que se refiram a não residentes⁸. Por sua vez, há também a conceituação do tema a partir da perspectiva do réu, caracterizando-se a transnacionalidade quando o réu não tiver sede ou filial no país⁹. Ademais, é possível se localizar uma definição mais abrangente de ação coletiva transnacional, como aquela que tenha qualquer elemento para além das fronteiras estatais¹⁰. Outra definição remeteria a demandas que tramitariam ao mesmo tempo em diferentes jurisdições¹¹.

Para efeitos deste trabalho, adotar-se-á a compreensão das demandas coletivas transnacionais como aquelas em que os beneficiários se referiam a não residentes em determinado país, já que, considerar simplesmente não nacionais, não necessariamente demonstraria a magnitude da lesão causada.

As ações coletivas transnacionais adquirem cada vez mais relevância por capazes de assegurar que as vítimas, independente da situação econômica e de onde estejam residindo, possam ter o dano reparado. Em uma ação coletiva transnacional, todas as vítimas, sem considerar o local do domicílio, poderão ser beneficiadas pela reparação da lesão, sem a necessidade de que tenha havido a iniciativa

Foreign Citizens in Transnational Class Actions. *Cornell Law Review*. Nova Iorque: Cornell Law School, vol. 97, nov. 2011, p. 88.

8 BASSET, Debra Lyn. U.S. Class Actions Go Global: Transnational Class Action and Personal Jurisdiction. *Fordham Law Review*. Nova Iorque: Fordham Law School, vol. 72, ano 1, 2003, p. 42.

9 *Ibid.*, p. 42.

10 WASSERMAN, Rhonda. Transnational class actions and interjurisdictional preclusion. *Notre Dame Law Review*. Notre Dame: Notre Dame Law School, vol. 86, 2011, p. 315.

11 A definição foi trazida em conversa com a Professora Ianika Tzankova, da Universidade de Tillburg (Holanda), a quem a autora agradece.

de ajuizamento de uma ação coletiva para reparação em seu Estado Nacional.

Esse contexto pode ser de fundamental destaque nos países latino-americanos mencionados como sem ainda ter uma legislação processual coletiva – como é o mencionado caso de Venezuela e Cuba – ou que não possuem uma legislação tão desenvolvida – como Costa Rica e El Salvador. A tutela de direitos não pode ficar ao alvedrio do advento de legislações nacionais ou, mesmo que elas existam, que seja efetivamente ajuizada uma ação coletiva em cada país, para a reparação de um dano transnacional. As ações coletivas transnacionais garantiriam a reparação do dano, colocando como prioridade a tutela de direitos, independente do domicílio ou da nacionalidade. Evita-se, assim, que vítimas residentes em uma localidade sejam reparadas e outras acabem sem reparação, em virtude do mesmo dano.

Ademais, permitir que vítimas residentes em diversos territórios pudessem se beneficiar de uma única ação coletiva, poderia significar a realização de uma duração razoável do processo e da redução dos custos, de forma que a ação coletiva pudesse tramitar em um único juízo, o local em que fosse mais fácil a obtenção da prova¹².

Destaca-se, ainda, que a existência de uma única ação coletiva para reparar o dano de todas as vítimas asseguraria uma relevante economia processual, já que tornaria desnecessária a multiplicação de diversas ações individuais ou coletivas e, conseqüentemente, impediria, ainda, decisões contraditórias, advindas de diferentes jurisdições, em relação ao mesmo evento danoso. Impedir-se-ia, assim, que, a de-

12 Esse entendimento foi referido pelo Superior Tribunal de Justiça, no Brasil, no julgamento do Conflito de Competência nº 97.351/SP, julgado pela Primeira Seção no dia 27 de maio de 2019.

pendar da jurisdição, cada vítima pudesse ter um julgamento distinto quando se tratasse do mesmo dano.

A partir destas considerações, passa-se a analisar casos de ações coletivas transnacionais, bem como de documentação pertinente ao tema, não com foco em um modelo para já se pensar em uma ação coletiva como transnacional desde o seu ajuizamento, mas sim como uma ação coletiva em que se tenha obtido um acordo ou um julgamento favorável em um país que tenha como vítimas residentes em outro país possa ser reconhecida e executada em território estrangeiro.

2. PERSPECTIVAS SOBRE O RECONHECIMENTO E A HOMOLOGAÇÃO DAS SENTENÇAS COLETIVAS ESTRANGEIRAS

O reconhecimento e a execução de uma sentença coletiva proferida em um país em outro é tema de extrema relevância para assegurar que vítimas de um mesmo dano, independente do território que estejam, possam ter assegurada a reparação mas tem sem mostrado ainda tormentoso quando se analisa o histórico dos casos concretos existentes.

No continente americano, o tema tem como marco o ano de 1990, quando a Suprema Corte canadense decidiu, no caso *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye* que, para um julgamento estrangeiro beneficiar não residentes em território nacional, os princípios da reciprocidade e da justiça, considerando que o julgamento estrangeiro não deve ofender a Constituição canadense¹³.

Em 2005, tem-se ainda um caso favorável para as ações coletivas transnacionais. *In re Royal Ahold N.V. Securities & «ERISA» Litiga-*

13 Morguard Investments Ltd. v. De Savoye [1990] 3 SCR 1077

tion¹⁴ trata de litígios de valores mobiliários envolvem reivindicações decorrentes de fraude e outras más condutas de âmbito internacional, que levou as suas ações a terem uma queda brusca de preço. Após o ajuizamento de uma ação coletiva na Corte Distrital de Maryland, nos Estados Unidos, antes mesmo da certificação da ação como coletiva, as partes chegaram a um acordo, sendo que o tribunal decidiu que o acordo valeria para todas as vítimas, independente de serem residentes nos Estados Unidos.

Em 2010, tem-se, porém, uma alteração que acaba sendo desfavorável ao cenário das ações coletivas transnacionais: em *Morrison v. National Australia Bank*¹⁵. O banco australiano adquiriu, em 1998, uma empresa de serviços hipotecários na Flórida (Estados Unidos), a *Home Side Lending*, sendo que, em julho de 2001 a empresa apresentou perdas financeiras no valor de 450 (quatrocentos e cinquenta) milhões de dólares, que aumentaram para 1,75 bilhão em setembro daquele ano, como decorrente de falhas na gestão. Investidores australianos da empresa norte-americana tentaram se beneficiar da legislação norte-americana, que seria mais protetiva. Porém, a Suprema Corte norte-americana inadmitiu a demanda coletiva, ao fundamento de que a classe seria composta de investidores australianos e a legislação americana não seria aplicável aos investidores estrangeiros.

A partir do caso *Morrison v. National Australia Bank*, os Estados Unidos começaram a prever que sentenças proferidas em ações coletivas em seu território passariam a excluir estrangeiros, em um cenário deveras sombrio para as ações coletivas transnacionais. Porém, felizmente, esse contexto se modificou no Canadá.

14 In re Royal Ahold N.V. Securities & Erisa Litigation, 230 F.R.D. 433 (2005)

15 *Morrison v. National Australia Bank*, 561 U.S. 247 (2010)

No ano de 2013, *Silver v. IMAX*¹⁶ envolveu valores mobiliários, mais especificamente que a empresa canadense IMAX teria apresentado um relatório com um valor de suas ações que não corresponderia ao valor real. Houve uma ação coletiva ajuizada em Ontário e outra nos Estados Unidos pelos acionistas, mas, na ação coletiva norte-americana, reconheceu-se que se tratava de uma classe global, sendo que foi feito um acordo que beneficiaria a todos. Porém, IMAX requereu, no Tribunal de Ontário, que os acionistas que ali haviam ajuizado a ação coletiva, não pudessem se beneficiar do acordo coletivo dos Estados Unidos. O Tribunal Superior de Ontário acolheu parcialmente o pleito, apenas para excluir da ação coletiva canadense aqueles que não desejaram ou não poderiam se beneficiar do acordo coletivo celebrado nos Estados Unidos, reconhecendo um acordo coletivo transnacional.

Poucos anos após, em 2016, em *Kaynes v. BP P.L.C.*¹⁷, Kaynes requereu uma ordem no Tribunal de Ontário, para impedir que o próprio Tribunal deixasse de processar e julgar uma ação coletiva, que envolvia valores mobiliários na bolsa de Nova Iorque, em que já havia uma ação coletiva pendente em território norte-americano. A ordem não foi concedida, porque o Tribunal norte-americano já estava decidindo a questão, mas, mais uma vez, o Tribunal de Ontário consignou que, se a questão já não estivesse sendo decidida nos Estados Unidos, poderia determinar a reparação dos acionistas que investiam na bolsa de Nova Iorque.

Na Europa, merece destaque ainda em 2004 o caso *In re Royal Dutch/Shell Transport*¹⁸. A empresa *Royal Dutch Shell* tem subsidiária

16 *Silver v. IMAX*, 2013 ONSC 1667

17 *Kaynes v. BP P.L.C.*, 2016 ONCA 601

18 O estudo de caso pode ser obtido em HENSLER, Deborah. A class action ‘mash up’: in *Re Royal Dutch/Shell Transport Securities Litigation*. In: HENSLER, Deborah; HODGES, Christopher; TZANKOVA, Ianika. *Class Action in*

na Holanda e no Reino Unido e negocia suas ações na bolsa de valores de Nova Iorque.

No dia 9 de janeiro de 2004, foi descoberto que a companhia colocou em suas previsões o volume de suas reservas do óleo e do gás com um aumento de 20% (vinte por cento) em relação aos dados reais, sendo que os investidores usavam essas previsões para estimar seus possíveis ganhos. Essa alteração impactaria em uma redução de 67,5 bilhões de dólares em receitas futuras, gerando uma queda do valor de suas ações no mercado mobiliário.

Nos meses seguintes, houve redução de suas reservas de petróleo e gás, equivalente a 402 milhões de perdas em detrimento do que a companhia tinha no período de 2001 a 2003, iniciando-se uma investigação internacional.

O litígio começou em 23 de janeiro de 2004, com uma ação coletiva ajuizada na Justiça Federal de Nova Jersey, Estados Unidos, seguindo-se por uma série de demandas individuais e coletivas a partir de 29 de janeiro de 2004, todas localizadas nos Estados Unidos. Muitas ações eram financiadas por fundos, norte-americanos e, também, internacionais, que eram acionistas da empresa.

As demandas ajuizadas acabaram consolidadas no dia 30 de junho de 2004, com audiência realizada em 4 de janeiro de 2006, mas, a partir de então, um fundo holandês ficou com receio do desfecho da solução norte-americana em relação aos investidores estrangeiros e atento ao risco de consumação do prazo prescricional na Holanda. O fundo holandês exerceu o direito de *opt out*, propondo uma ação com base na Lei de Acordos Coletivos, perante o Tribunal de Amsterdã no ano de 2005, enquanto o caso seguia nos Estados Unidos.

Context: How Culture, Economics and Politics Shape Collective Litigation. Northampton: EE, 2016, p. 170-188.

A demanda coletiva foi admitida no Tribunal de Amsterdã, de acordo com o procedimento previsto na Lei de Acordos Coletivos, e a companhia acabou negociando um acordo envolvendo investidores nacionais e estrangeiros, desde que não americanos, que veio a ser firmado apenas no final de 2006. O acordo na Holanda acabou abrangendo todas as vítimas, menos os investidores americanos, que acabaram sendo beneficiados pelas ações lá ajuizadas.

Esses casos apontam a dimensão e a relevância da temática e acabam se conjugando com alguns danos transnacionais já experienciados na América Latina, que tornam também pujante e urgente que seja conferida maior atenção ao tema no cenário latino-americano.

Tratando-se de direito do consumidor, cabe ainda ressaltar caso que, apesar de ter ocorrido há quase duas décadas, é abordado pela literatura jurídica para destacar a o caso dos pneus Firestone¹⁹: a empresa Firestone forneceu pneus para os veículos da montadora Ford, e um dos veículos que era fabricado pela Ford com pneus Firestone, o Ford Explorer, tornou-se um carro com elevado número de vendas em diversos países.

Na década de 90, porém, esse sucesso foi interrompido quando diversos motoristas do Ford Explorer em países como a Arábia Saudita, a Colômbia, a Venezuela, o Panamá e o Equador acidentaram-se. Posteriormente de investigações nos diversos países, ficou expressamente constatado que a causa dos acidentes foi o defeito nos pneus Firestone.

Foram ajuizadas demandas individuais e coletivas nos Estados Unidos, tentando beneficiar vítimas de diversas nacionalidades. Porém, a certificação da demanda coletiva apenas abrangeu vítimas nor-

19 GÓMEZ, Manuel A. Like Migratory Birds: Latin American Claims in U.S. Courts and the Ford-Firestone Rollover Litigation. *Southwestern Journal of Law and Trade in America*, Los Angeles, v. XI, n. 2, 2005, p. 283.

te-americanas. Como consequência, os réus apenas propuseram celebrar acordos com vítimas norte-americanas, sem se preocupar com os danos causados às demais vítimas, apesar de o produto com vício fabricado em um país ter sido exportado para diversos Estados.

Caso também relacionado a valores mobiliários, mas com resultado distinto, foi o da companhia brasileira Petrobrás. Em virtude de desvios de dinheiro ocasionados por escândalos de corrupção que vieram a público através da Operação realizada pela Polícia Federal brasileira, em trabalho conjunto com o Ministério Público Federal, denominada Lava Jato, que teve seu início em março de 2014, foram constatadas que, devido à corrupção, houve perda financeira aos acionistas da companhia. Como decorrência, foram ajuizadas diversas ações individuais e coletivas, sendo os casos de maior destaque as ações coletivas que tramitam nos Estados Unidos²⁰, no Brasil²¹ e na Holanda²², além de arbitragem coletiva²³. Houve acordo na demanda coletiva norte-americana²⁴, mas os múltiplos afetados acabaram ensejando diversas ações.

-
- 20 In re Petrobras Securities Litigation (No. 14-CV-09662 (JSR)). Disponível em <http://www.petrobrassecuritieslitigation.com/>. Acesso em 5 jan. 2019.
- 21 Trata-se dos autos registrados sob o nº 1106499-89.2017.8.26.0100, ação coletiva ajuizada pela Associação dos Investidores Minoritários (Aidmin) em face da Petrobrás no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. O recurso nesse caso já foi julgado pelo Tribunal, sendo dada baixa à vara de origem em 24 de abril de 2019. TJSP. Processo nº 1106499-89.2017.8.26.0100. Rel. Des. Hamid Bdine. Primeira Câmara Reservada de Direito Empresarial. DJe: 29/03/2019.
- 22 Disponível em <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBROT:2018:7852>. Acesso em 5 jan. 2019.
- 23 Disponível em <https://www.lexisnexis.com.br/lexis360/noticias/684/cinco-maiores-bancos-aderem-a-arbitragem-coletiva/>. Acesso em 5 jan. 2019.
- 24 Disponível em <http://www.petrobrassecuritieslitigation.com/>. Acesso em 5 jan. 2019.

Além destes casos concretos, que demonstram a dimensão da temática, cumpre, ainda, mencionar algumas disposições normativas.

Tratando-se de União Europeia, é possível se constatar que um grau mínimo de proteção ao processo coletivo não apenas restou consagrado na Recomendação de 11 de junho de 2013, da Comissão Europeia²⁵⁻²⁶, sobre os princípios comuns que devem reger os mecanismos de tutela coletiva inibitórios e indenizatórios no âmbito dos Estados Membros em relação às violações de direitos garantidos pelo bloco, como também trouxe um tratamento, ainda que tímido, sobre as ações coletivas transnacionais.

No artigo 17, dois aspectos merecem destaque. O primeiro é a definição trazida para litígio transfronteiriço, como aquele que «*envolva pessoas singulares ou coletivas de vários Estados-Membros*». O segundo é que a divergência de previsões tanto sobre a admissibilidade da demanda como sobre os legitimados ativos entre Estados-membros não é óbice para que a demanda coletiva possa se processar em um deles, beneficiando todas as vítimas.

Já o artigo 18 atribui a qualquer entidade representativa a legitimidade para atuar em juízo em prol da tutela de danos de massa transfronteiriços. Essa previsão ampla da legitimidade das entidades associativas assegura que danos para além dos limites geográficos não fiquem sem reparação.

25 MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; SILVA, Larissa Clare Pochmann da. A Recomendação da União Europeia, de 11.06.2013, sobre as ações coletivas. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2015, v. 239, p. 195-211.

26 UNIÃO EUROPEIA. *Recomendação sobre Ação Coletiva* (2013). Disposição sobre ações coletivas. Bruxelas: Justiça. Disponível em http://ec.europa.eu/justice/newsroom/civil/news/130611_en.htm. Acesso em: 25 set. 2019.

A recomendação não traz disposições sobre a efetivação da decisão proferida em uma demanda coletiva transnacional. Com base no Regulamento nº 1.215/2012, do Parlamento e do Conselho Europeus, poderia ser utilizada a medida de injunção para pagamento, já sendo enviada uma ordem do Estado-Membro onde a demanda tramitou para o Estado-Membro onde há vítimas para o cumprimento; o processo europeu para ações de pequena monta, caso a reparação individual seja de até 5 mil euros, quando será reconhecida e executada sem necessidade de declaração de executividade e sem que seja possível contestar o seu reconhecimento ou, ainda, o título executivo europeu²⁷, para créditos não contestados, quando o título executivo será enviado à autoridade competente do Estado-Membro em que o devedor tem sede, filial ou onde se encontram os seus bens. Os mesmos procedimentos seriam aplicáveis a acordos coletivos homologados judicialmente, mas não haveria uma previsão expressa em relação a acordos coletivos celebrados extrajudicialmente²⁸.

Note-se, porém, que somente para reparações de até 5 (cinco) mil euros torna-se possível a execução independente de contestação. Tratando-se de demanda coletiva que observou as previsões de um determinado Estado, podem surgir questionamentos no Estado da execução se o modelo adotado for diverso, até mesmo porque a recomendação apenas exclui admissibilidade da demanda e de legitimidade ativa, sem nada mencionar sobre, por exemplo, o tipo de tutela admitida, o sistema de vinculação adotado e a coisa julgada.

27 A explicação sobre o funcionamento dos referidos procedimentos pode ser obtida em https://e-justice.europa.eu/content_procedures_for_enforcing_a_judgment-52-pt.do. Acesso em 20 jan. 2019.

28 NUYTS, Arnaud; HATZIMIHAIL, Nikitas E. *Cross-Border Class Actions: the european way*. Munich: SELP, 2014, p. 98-99.

Sendo assim, a positivação das ações coletivas transnacionais no âmbito da Recomendação de 11 de junho de 2013, da Comissão Europeia, mas, ainda assim, podem ocorrer entraves práticos no momento de efetivação do julgamento no bloco²⁹.

Neste ponto, o tema possui uma regulamentação específica somente na Espanha, na Lei nº 29/2015, sobre cooperação jurídica internacional em matéria civil³⁰. O reconhecimento e a execução das sentenças estrangeiras são dispostos especificamente no artigo 47 da legislação. Para que uma sentença estrangeira possa produzir seus efeitos na Espanha, são previstos três requisitos: a) notificação – é preciso que a ação coletiva estrangeira tenha sido comunicada ou publicada na Espanha por meios equivalentes ao da legislação nacional; b) vítimas fora do território estrangeiro devem ter as mesmas oportunidades de vinculação ao processo coletivo ou de desvinculação dos que estão em território nacional; c) juízo competente.

Em 11 de abril de 2018, a União Europeia disponibilizou um Memorando³¹ sobre a Proposta de Diretiva sobre Ações Representativas mencionava a transnacionalidade das relações comerciais e, con-

29 Sobre o tema: DAU, Teresa Armenta. *Acciones colectivas: reconocimiento, cosa juzgada y ejecución*. Madri: Marcial Pons, 2012, p. 115-120 e MAX PLANCK INSTITUTE LUXEMBOURG OF INTERNATIONAL, EUROPEAN AND REGULATORY PROCEDURAL LAW. *Collective Redress*. Disponível em <https://www.mpi.lu/news-and-events/2018/september/27-28/the-50th-anniversary-of-the-european-law-of-civil-procedure/report/>. Acesso em 13 jan. 2019.

30 Sobre o tema, remete-se a: INCHAUSTI, Fernando Gascón. Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras en la ley de cooperación jurídica internacional en materia civil. *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2015), vol. 7, nº 2, p. 158-187.

31 O Memorando está disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52018PC0184&rid=9>. Acesso em 20 mai. 2023.

sequentemente, de danos ao consumidor que tenham uma abrangência para além das fronteiras estatais, prevendo na proposta de texto da diretiva, uma atuação de entidades para a tutela de direitos de forma transnacional, menção essa que pareceria ainda incipiente a partir dos casos já enfrentados.

Em 25 de novembro de 2020 foi aprovada a Diretiva 2020/1828 de Ações Representativas para a tutela consumerista, dispondo que os Estados-Membros da União Europeia deverão creditar entidades para a atuação além da fronteira de um Estado europeu e avaliar, a cada 5 (cinco) anos, se deve ser mantida a creditação de determinada entidade.

O artigo 15 dispõe que as sentenças proferidas em Estados-Membros da União Europeia quanto à existência de uma infração lesiva dos interesses coletivos dos consumidores podem ser utilizadas por todas as partes como elemento de prova no contexto de quaisquer outras ações apresentadas junto dos tribunais nacionais ou autoridades administrativas para obtenção de medidas de reparação, de acordo com o direito nacional em matéria de apreciação da prova, sem mencionar sua execução.

A partir dessas experiências e previsões, buscar-se-á verificar os requisitos mínimos para as sentenças proferidas em ações coletivas transnacionais poderem ser reconhecidas e efetivadas nos diferentes países e se esses requisitos podem ser harmonizados, de forma a proporcionar maior eficiência da justiça civil.

3. PROPOSTA PARA O RECONHECIMENTO E A EXECUÇÃO DE SENTENÇAS DE AÇÕES COLETIVAS TRANSNACIONAIS

O primeiro ponto para reflexão é se a relação entre processo e cultura permitira a harmonização dos requisitos para o reconhecimento e a execução de sentenças estrangeiras em países com distintos modelos de processo coletivo.

Não se pretende, ao construir uma proposta, suprimir e as ideias, valores e normas compartilhados pelos grupos sociais, englobando crenças cognitivas e normativas, de diferentes países. A harmonização se limita a requisitos mínimos para o tratamento mais efetivo de questões comuns transnacionais e pode tornar a previsão nacional mais efetiva³², até mesmo porque, até o momento, muitas legislações nacionais são silentes sobre o tema.

Em relação às previsões hoje existentes, elas ainda se relevam deveras ampla para a tutela adequada de direitos. A legislação espanhola, Lei nº 29/2015, pode ser um ponto de partida de proposta, mas não a resposta final.

Os requisitos mínimos devem, sem dúvida, respeitar as garantias fundamentais do processo³³. Nessa perspectiva, a necessidade de garantir a reparação as vítimas não devem fazer nenhuma distinção em relação ao valor ou ao tipo de obrigação a ser cumprido, aplicando-se a todas as obrigações a serem observadas.

Porém, o primeiro ponto é o respeito ao devido processo legal³⁴. O processo coletivo pressupõe que os interesses serão ali representados, não havendo a oportunidade de as vítimas terem o seu *day in court*³⁵. Como decorrência, as vítimas precisam ter ciência da sentença

32 NYLUND, Anna (coord.); STRANSBERG, Magne (coord.). *Civil Procedure and Harmonisation of Law*. Cambridge: Intersentia, 2019, p. 241.

33 PICÓ I JUNOY, Joan. *Las garantías constitucionales del proceso*. Barcelona: Bosch Editor, 2012.

34 OTEIZA, Eduardo. El debido proceso y su proyección sobre el proceso civil en América Latina. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, ano 34, n. 173. jul. 2009, p. 183.)

35 NAGAREDA, Richard A. *Mass tort litigation in a world of settlement*. Chicago: Oxford University, 2007, p. 7.

coletiva estrangeira, para que possam dela se beneficiar. É importante, porém, destacar que o sistema espanhol parece ser demasiadamente rigoroso, pois exigir que a ciência seja da mesma forma que o previsto na legislação nacional seria não respeitar a cultura do país. A ciência é fundamental e deve ocorrer, mas bastaria que se demonstrasse que as vítimas que estão em outro país estivessem cientes e essa ciência poderia ser dada até no momento anterior ao reconhecimento e à homologação caso não tenha sido oportunizada na fase de conhecimento.

Servindo-se como inspiração de uma prática específica das *class actions* norte-americanas, é importante que essa notificação seja clara e precisa. A notificação deve conter a informação sobre o tipo de demanda; a classe descrita na certificação; as pretensões da classe; o direito de o membro da classe se manifestar por intermédio de um advogado; a determinação de que estará excluído da demanda quem expor este desejo; o prazo e a forma para o exercício do direito de exclusão; e os esclarecimentos sobre a vinculação ao julgamento. Porém, com a difusão dos meios de comunicação, não deve haver uma exigência formal de comunicação, desde que se possa aferir a efetiva ciência.

Ademais, é importante que, uma vez que haja ciência da sentença coletiva, a vítima possa decidir a ela se vincular ou não. O sistema de vinculação possui nítida relevância para a realização do devido processo legal coletivo³⁶, sendo importante que seja oportunizada às vítimas que estejam em território distinto de onde foi proferida a sentença a oportunidade de se vincularem ou não. O limite natural seria a existência de ações individuais ou coletivas já transitadas em

36 SILVA, Larissa Clare Pochmann da. *Sistemas de Vinculação das Pretensões Individuais ao Processo Coletivo*. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2023, p. 74-81.

julgado, quando, naturalmente, a existência de coisa julgada deveria representar um óbice à vinculação.

Ademais, tal como previsto no cenário espanhol, o juízo que proferiu a sentença deve ser competente e é importante acrescentar requisito lá não previsto: o conteúdo da sentença não deve ofender o ordenamento nacional.

Os pontos aqui expostos são propostos de *lege ferenda*, buscando garantir que as vítimas não fiquem alijadas da tutela de seus direitos e na perspectiva de contribuir com o aprimoramento das ações coletivas. Estas previsões devem ser interpretadas a partir da primazia do processo coletivo, admitindo-se que uma sentença coletiva favorável não poderia deixar de ser efetivada pela vítima³⁷.

4. CONCLUSÃO

A partir da demonstração da relevância das ações coletivas transnacionais e da análise de casos que já aconteceram, bem como de documentos que dispõem sobre o tema, o presente artigo procurou construir a existência de requisitos mínimos para que sentenças estrangeiras coletivas proferidas em um país possam ser efetivadas em outro, assegurando que as vítimas, independente de onde estejam, possam receber reparação.

Esses requisitos foram balizados pelo respeito ao devido processo legal e às garantias fundamentais das partes e é uma proposta a partir da análise crítica dos casos e dos documentos normativos atualmente existentes.

37 TÉTRAULT, McCarthy. *Defending class actions in Canada*. Canadá: CCH, 2002, p. 20.

Procura-se, através da comunicação, da oportunidade de se vincular ou não ao julgamento, o juízo que tenha proferido a sentença seja competente e que seu conteúdo não ofenda o ordenamento nacional. A proposta pretende trazer maior eficiência às ações coletivas e aprimorar a justiça civil.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BASSET, Debra Lyn. U.S. Class Actions Go Global: Transnational Class Action and Personal Jurisdiction. *Fordham Law Review*. Nova Iorque: Fordham Law School, vol. 72, ano 1, 2003.
- CHASE, Oscar G. Direito, cultura e ritual. Sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada. São Paulo: Marcial Pons, 2014.
- DAU, Teresa Armenta. *Acciones colectivas: reconocimiento, cosa juzgada y ejecución*. Madri: Marcial Pons, 2012.
- GÓMEZ, Manuel A. Like Migratory Birds: Latin American Claims in U.S. Courts and the Ford-Firestone Rollover Litigation. *Southwestern Journal of Law and Trade in America*, Los Angeles, v. XI, n. 2, 2005.
- HENSLER, Deborah; HODGES, Christopher; TZANKOVA, Ianika. *Class Action in Context: How Culture, Economics and Politics Shape Collective Litigation*. Northampton: EE, 2016.
- HODGES, Christopher; MONEY-KYRLE, Rebecca. European Collective Action: Toward Coherence? *Maastricht Law Journal of European and Comparative Law*. Maastricht: Maastricht Law School, vol. 19, n. 4, 2012.
- INCHAUSTI, Fernando Gascón. Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras en la ley de cooperación jurídica internacional en materia civil. *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2015), vol. 7, nº 2, p. 158-187.
- LUCON, Paulo Henrique dos Santos et al. Processo em Jornadas. XI Jornadas Brasileiras de Direito Processual e XXV Jornadas Ibero-Americanas de Direito Processual. Salvador: Juspodivm, 2016.
- MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*. São Paulo: RT, 4.ed., 2014.

- ; SILVA, Larissa Clare Pochmann da. A Recomendação da União Europeia, de 11.06.2013, sobre as ações coletivas. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2015, v. 239, p. 195-211.
- MONESTIER, Tanya J. *Transnational class actions and the illusory search for res judicata*. Roger Williams University School of Law. Bristol: Estados Unidos, n. 86, 2011.
- NAGAREDA, Richard. *Mass Torts in a World of Settlement*. Chicago: Oxford University, 2007.
- NUYTS, Arnaud; HATZIMIHAIL, Nikitas E. *Cross-Border Class Actions: the european way*. Munich: SELP, 2014.
- NYLUND, Anna (coord.); STRANSBERG, Magne (coord.). *Civil Procedure and Harmonisation of Law*. Cambridge: Intersentia, 2019.
- OTEIZA, Eduardo. El debido proceso y su proyección sobre el proceso civil en América Latina. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, ano 34, n. 173. jul. 2009.
- PICÓ I JUNOY, Joan. *Las garantías constitucionales del proceso*. Barcelona: Bosch Editor, 2012.
- RÚA, Mónica Bustamante (Coord.). *Proceso judicial y cultura*. Una mirada global. Colômbia: Universidad de Medellín, 2013.
- SILVA, Larissa Clare Pochmann da. Ações Coletivas Transnacionais: uma proposta para o Código Modelo de Processos Coletivos. *Revista Iberoamericana De Derecho Procesal*, v. 10, 2019.
- ; Sistemas de Vinculação das Pretensões Individuais ao Processo Coletivo. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2023.
- SIMARD, Linda Sandstrom; TIDMARSH, Jay. Foreign Citizens in Transnational Class Actions. *Cornell Law Review*. Nova Iorque: Cornell Law School, vol. 97, nov. 2011.
- TÉTRAULT, McCarthy. *Defending class actions in Canada*. Canadá: CCH, 2002.
- WASSERMAN, Rhonda. Transnational class actions and interjurisdictional preclusion. *Notre Dame Law Review*. Notre Dame: Notre Dame Law School, vol. 86, 2011.

LAS CONSECUENCIAS DEL CONTROL DE OFICIO DEL PRESUPUESTO PROCESAL DE CAPACIDAD Y REPRESENTACIÓN DE LAS PARTES POR LOS TRIBUNALES DE ALZADA

*THE CONSEQUENCES OF EX OFFICIO REVIEW OF THE
PROCEDURAL REQUIREMENT OF CAPACITY AND REPRESENTATION
OF THE PARTIES BY THE COURTS OF APPEAL*

CLAUDIA ELIZABETH ZALAZAR

Miembro del Comité Ejecutivo de la Asociación Argentina de Derecho Procesal
Presidenta de la Sala de Derecho Procesal Civil del Instituto de Investigación
en Ciencias Jurídicas de la Universidad Blas Pascal de Córdoba
Vocal de Cámara en lo Civil y Comercial de Córdoba

Fecha de recepción: 18 de abril de 2023

Fecha de aceptación: 2 de junio de 2023

RESUMEN: Los jueces deben ejercer el control oficioso de los presupuestos procesales que garantizan la regularidad del proceso y la posibilidad de una sentencia útil, de manera particular los referidos a la capacidad y la debida representación de las partes.

Estas facultades del juez son una clara consecuencia de la interpretación conforme y convencional a los fines de garantizar la tutela judicial efectiva y deben ser ejercidas en todas las instancias procesales, aún en las impugnativas, debiendo declararse la nulidad del proceso, sin que corresponda dictar el rechazo de la demanda.

ABSTRACT: Judges must exercise ex officio control of the procedural requirements that guarantee the regularity of the process and the possibility of a useful sentence, particularly those referring to the capacity and due representation of the parties.

These powers of the judge are a clear consequence of the conforming and conventional interpretation for the purpose of guaranteeing effective judicial protection and must be exercised in all procedural instances, even in the contentious ones, and the nullity of the process must be declared, without it being appropriate to reject the claim.

PALABRAS-CLAVE: Presupuestos procesales. Control de oficio. Alzada. Nulidad del proceso.

KEYWORDS: Procedural requirements. Ex officio review. Appeals. Invalidity of the proceedings.

SUMARIO: 1. Presupuestos procesales. Concepto. 2. El control de oficio de los presupuestos procesales. 3. El control de oficio en la alzada. Consecuencias . 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

1. PRESUPUESTOS PROCESALES. CONCEPTO

En líneas generales, los presupuestos representan el conjunto de requisitos necesarios para que la relación procesal tenga validez.

Según CALAMANDREI [...] «son las condiciones que deben existir a fin de que pueda tenerse un pronunciamiento cualquiera, favorable o desfavorable sobre la demanda, esto es, a fin de que se concrete el poder-deber del juez de proveer sobre el mérito: así, mientras los requisitos de la acción hacen referencia a la relación sustancial que preexiste al proceso, los presupuestos procesales son requisitos atinentes a la constitución y al desarrollo de la relación procesal, independientemente del fundamento sustancial de la demanda»¹.

Difiere GOLDSCHIDT en la apreciación, pues a su entender, «los presupuestos procesales no lo son, en realidad, del proceso; son, simplemente, presupuestos, requisitos previos de la sentencia de fondo, sobre los que se resuelve el proceso.»²

VON BULLOW³ fue quien mejor expuso esta problemática explicando que al ser el proceso una relación jurídica que avanza, se presentan análogos problemas a los que surgieron y fueron resueltos respecto de las demás relaciones jurídicas. Por lo tanto, así como en una relación jurídica se precisa saber entre qué personas puede tener lugar; a qué objeto se refiere; qué hecho o acto es necesario para su surgimiento; quién es capaz, o quién está facultado para realizarlo, estos mismos problemas deben plantearse también en la relación ju-

1 CALAMANDREI, *Instituciones...*, tomo I, op. cit., p. 351.

2 GOLDSCHMIDT, James, *Derecho Procesal Civil*, Leonardo Prieto Castro trad., Labor, Buenos Aires, 1936, p. 8.

3 BULLOW, Von *La teoría de las excepciones procesales y de los presupuestos procesales*, JA 1957-II doct., p. 69 y ss. 133

rídica procesal, dirigiendo su mirada a una serie de importantes y estrechamente unidos preceptos legales.

Sin duda que estos conceptos o ideas deben complementarse, ya que los presupuestos son antecedentes necesarios para construir la relación jurídica procesal y para que se dicte una sentencia útil. Si estos supuestos no se cumplen, resultaría por demás dificultoso llegar a la instancia resolutoria, porque el proceso estaría viciando y regresaría a su punto de partida (vgr nulidad absoluta por falta de una debida integración de la Litis), quebrando incluso por la gravedad que reviste, el principio de preclusión.

Como se observa, todos son presupuestos que hacen al desenvolvimiento normal de un proceso, pero todos, también, constituyen requisitos para dictar una sentencia válida y consecuentemente útil.

Estos presupuestos se dividen en dos categorías: objetivos y subjetivos. Los primeros son aquellos que se refieren a la existencia misma del proceso, como la competencia del órgano judicial y la capacidad procesal de las partes. Los segundos, por su parte, se refieren a la forma en que el proceso debe ser iniciado y desarrollado, como la presentación de la demanda en tiempo y forma, la notificación a las partes, la oportunidad para ofrecer pruebas, entre otros.

En síntesis, los presupuestos procesales se refieren a las exigencias insoslayables que dan regularidad al proceso y al procedimiento que informan, permitiendo con la normalidad en las distintas etapas llegar al dictado de una sentencia útil.

2. EL CONTROL DE OFICIO DE LOS PRESUPUESTOS PROCESALES

El control de oficio de los presupuestos procesales es la facultad que tienen los jueces de verificar de manera autónoma el cumplimiento de los mismos, sin necesidad de que alguna de las partes los invoque expresamente. Esta facultad está basada en el principio de

tutela judicial efectiva, que implica que el juez debe garantizar el derecho de acceso a la justicia y el derecho a un proceso justo.

En este sentido, el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (Argentina) establece en su artículo 16 que «El juez debe velar por la validez de los actos procesales, aún de oficio». Esto implica que el juez debe controlar de manera autónoma el cumplimiento de los presupuestos procesales, sin necesidad de que alguna de las partes lo solicite expresamente.

Existen varios presupuestos procesales que deben ser controlados de oficio por el juez, pero haremos hincapié en lo referente a la capacidad y legitimación procesal de las partes, ya que los mismos hacen a la regularidad del proceso.

Al respecto el juez con la demanda y la contestación debe verificar de oficio si las partes tienen capacidad procesal y en su caso legitimación procesal suficiente (representación) para actuar en el proceso como actor o como demandado. De lo contrario, si el juez considera que alguna de las partes carece de capacidad procesal o de representación (ya sea ausencia o deficiencia) debe ordenar la comparecencia de su representante ya sea voluntario, legal u orgánico, a los fines de garantizar la debida traba de la Litis y con ello el aseguramiento del derecho de defensa de las partes.

Estas facultades de saneamiento por parte del Tribunal, se erigen en la doctrina moderna como una de las herramientas esenciales para garantizar la validez de un procedimiento y con mayor razón si se trata de un proceso oral donde la mayoría de las legislaciones intensifican estas facultades del juez en aras a lograr un proceso saneado.

Es la figura denominada por la mayoría de los códigos procesales como «despacho saneador» –consecuencia del principio procesal de saneamiento–, a través del cual el juez advierte a las partes las irregularidades, otorgando un plazo para enervarlas, a veces inclusive,

bajo apercibimiento de declarar la caducidad de la demanda (no la perención), lo que puede inferir negativamente en la prescripción de la acción.

Dice CLEMENTE DIAZ: «Se encuentra ínsito dentro del poder-deber de dirección que el juez tiene sobre la causa, el de ejercer debidamente la función corrector, con la cual se tiende a sanear y subsanar el proceso. Es obvio que, el juez no puede permanecer impasible ante los actos procesales irregulares o procesales anulables; pues de allí que la función sanadora preventiva a veces de evitar nulidades se podría transformar en decretar ex officio nulidades.»

Ahora bien, si el juez no ha advertido estas deficiencias, y la parte demandada no ha acusado o interpuesto la excepción correspondiente (excepción de falta de personería) ¿podría hacerlo el juez al dictar la sentencia o los tribunales de instancias superiores al resolver los recursos, declarando la nulidad del proceso llevado a cabo con dicha irregularidad?

La respuesta positiva se impone, ya que se encuentra en juego el orden público y la prestación regular del servicio de justicia.

3. EL CONTROL DE OFICIO EN LA ALZADA. CONSECUENCIAS

En principio resulta correcto afirmar que el Tribunal de apelación, para no inficionar el principio de congruencia, sólo está constreñido a considerar las pretensiones de las partes que hayan formado parte de la litis, es decir que se hayan planteado en la demanda o contestación y se hayan mantenido en la expresión de agravios.

En consecuencia, le estaría vedado pronunciarse sobre aquellas cuestiones o defensas que no fueron motivo de alegación oportuna o controversia idónea en primera instancia, esto es, en los escritos de constitución del proceso (demanda y contestación). Ello así, el órgano jurisdiccional de alzada, en principio, sólo puede decidir aquellas

cuestiones que quedaron sometidas al pronunciamiento del juez de primera instancia; lo contrario importaría alterar los términos en que quedó trabada la litis, con menoscabo del derecho de defensa de las partes quienes podrían ser sorprendidas con el planteo de una cuestión respecto de la cual, nada podrían alegar o probar en su descargo.

Pero además, como es sabido, la competencia funcional de la Cámara encuentra una segunda limitación, representada por los agravios que han logrado ingresar y mantener abierta la instancia de apelación. Efectivamente, conforme lo establecen las normas procesales «El recurso sólo atribuye al tribunal que lo debe decidir, el conocimiento de los puntos de la resolución a que se refieren los agravios». Tal segunda cortapisa, que responde al brocárdico «*tantum devolutum quantum appellatum*», constituye también una consagración del principio de congruencia.⁴

Así se ha dicho que «La sentencia dictada en segunda instancia, sólo podrá recaer sobre puntos que hubieren sido sometidos a juicio en la primera ...» ello importa, lisa y llanamente, la proscripción de que se introduzcan, recién al tiempo de fundar el recurso de apelación, agravios que, trasuntando la tardía introducción de nuevas pretensiones o –en su caso– defensas novedosas, impliquen una indebida y sorpresiva mutación de los términos en que quedara trabada la *litis* originaria...»⁵

4 Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, Sala Civil y Comercial «Sposetti Roberto c/A.P.Y.C.A.C. –Ordinario– Recurso de casación» (S 57/08), Sentencia N° 123 del 26.07.11

5 Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, Sala Civil y Comercial in re «Bernardini, Norberto Alfredo y Otro c. Felipe Ernesto Rodríguez – Acciones posesorias– Reales – Reivindicación – Recurso Directo», Sentencia. N° 121 del 4.8.09.

Empero, dicha regla general limitativa de la competencia funcional cede cuando están de por medio cuestiones de orden público. En esos supuestos, las reglas de la preclusión y de la competencia funcional del tribunal de alzada, no rigen y se deja de lado el poder dispositivo de las partes y la materia pasa a ser una actividad oficiosa del Tribunal, en cualquier etapa o instancia en que se encuentre el proceso.

En relación a ello, cabe precisar que si bien se ha sostenido con acierto que las nulidades procesales, por principio, son relativas y, por ende, son convalidables o confirmables, existen algunos supuestos excepcionales, entre los cuales se encuentran aquellas nulidades en las que está interesado el orden público (vgr.: cosa juzgada, presencionalidad, etc).

En este orden y si bien es cierto que la falta de personería (entendida como falta de capacidad o falta o insuficiencia de representación) no está prevista dentro de las «excepciones» que se transforman en actividades oficiosas del juez como la litispendencia o la cosa juzgada, cabe recalcar que el juez no puede dictar sentencias que no tengan efectos en la realidad. De manera que, advertida la falta de personería, el tribunal la puede —o mejor dicho— la debe relevar de oficio.

La falta de personería no puede ser suplida por la conformidad de la otra parte ni por su falta de advertencia, pues una solución contraria importaría llegar al absurdo de tramitar todo el proceso sin la real intervención de alguna de las partes de la relación jurídica procesal.

En estos casos, está en juego la integración correcta del proceso y por lo tanto es deber del juez efectuar un minucioso estudio de los documentos que se invocan antes de proveer a la demanda, sin perjuicio de que ulteriormente pueda realizarlo en cualquier etapa, e incluso, los tribunales superiores en cualquier instancia del proceso. Es que los jueces no pueden exponerse a dictar una sentencia

inútil que, después de pronunciada, pueda ser desconocida por la parte vencida.⁶

Ello es así, ya que el presunto defecto de personería además de afectar en forma directa el interés particular de la parte actora, compromete un interés de carácter general que atañe a la función jurisdiccional del Estado, en cuanto se procura evitar que ésta se preste y se desarrolle inútilmente, dictándose una providencia que eventualmente podría ser desconocida por el destinatario de ella con el argumento de que fue obtenida a sus espaldas y sin el concurso de su voluntad, o sea con menoscabo de su derecho de defensa en juicio. Se trataría de una sentencia formada en un procedimiento sustanciado con una persona que habría carecido del necesario poder de representación, de modo que el supuesto representado podría legítimamente desconocer esa decisión arguyendo que es ineficaz e inoponible.

Por consiguiente, habida cuenta del interés público involucrado en estas cuestiones de personería, la ausencia del presupuesto procesal correspondiente con relación algunos de los sujetos de la acción, no es susceptible de ser convalidado en forma expresa o tácita por parte del litigante contrario, de suerte tal que el hecho de que no hubiera impugnado el decreto que confería participación o la circunstancia de que no hubiese denunciado anteriormente la falta de personería, en ningún caso resultan idóneos para subsanar el eventual vicio que pudiere comprometer la legalidad del procedimiento judicial.

Tampoco tendría efecto convalidatorio los decretos de autos de primera y segunda instancia, debidamente notificados. Si bien es cierto que «El *summum* del silencio convalidatorio lo constituye el consentimiento de la providencia del llamamiento de autos, con lo que

6 CHIOVENDA, Giuseppe, «Principios de derecho procesal civil», Reus, Madrid, 1925, t. II, pág. 22, nota 23 y pág. 200

queda saneada toda irregularidad procesal, lo que supone, por cierto, una correcta notificación de ese proveído...»⁷, en estos casos, el orden público comprometido, desplaza el principio de convalidación.

Por otro lado el nuevo perfil del juez constriñe al control de constitucionalidad y convencionalidad, y en especial a la interpretación del caso a la luz de los derechos humanos. En efecto; con la constitucionalización del derecho privado, se ha logrado conseguir un punto legal de apoyo en lo atinente a esta atribución del magistrado de ser «el director del proceso» dotado de poder suficiente para encauzarlo dentro de la pertinencia y corrección. Una clara directiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos así lo dispone sosteniendo que «... los jueces como rectores del proceso tienen el deber de dirigir y encauzar el procedimiento judicial con el fin de no sacrificar la justicia..»⁸

En este orden «... la Corte Interamericana ha establecido que los Estados tienen, como parte de sus obligaciones generales, un deber positivo de garantía con respecto a los individuos sometidos a su jurisdicción. Ello supone tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce (...) Según el artículo 8.1 de la Convención toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente independiente e imparcial, establecido con anterioridad por ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determi-

7 VÉNICA, Oscar Hugo, «Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba –Ley 8465–», edit. Marcos Lerner, Córdoba, 1997, tomo I, pág. 221.

8 Corte Interamericana de Derechos Humanos en autos «Gutiérrez y familia c/ Argentina» – Sentencia del 25/11/2013 – N° 99 y sus citas.

nación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.⁹ De esta forma el tribunal está llamado a examinar de oficio y en cualquier estado del proceso la defectuosa integración, pues ésta, configura la máxima causa invalidante del procedimiento.

Como vemos el obligado control de constitucionalidad y convencionalidad de todos los actos jurisdiccionales nos lleva a la aplicación inmediata de las directivas de la Corte Internacional. No solo que existe una autorización expresa para flexibilizar el principio dispositivo, sino que la directiva constitucional la erige en un «deber» para el Juez de velar oficiosamente por la corrección del proceso en orden a preservar la justicia. Y esto iría más allá del trámite mismo, facultando al Magistrado para ordenar todas las medidas que entienda conducentes para la búsqueda de la verdad real y con el único límite de preservar el debido contradictorio.

De conformidad a lo expuesto, sin perjuicio que la nulidad no haya sido hecha valer a instancia de parte interesada, ni advertida por el inferior, el tribunal de alzada puede-y debe- relevar de oficio el vicio de falta de personería, en cuanto concierne directamente a uno de los presupuestos indispensables para que se constituya válidamente la relación jurídica procesal por lo que constituye –como anticipamos– una excepción al límite de la competencia funcional de la Cámara por encontrarse involucrado el orden público.

A modo de ejemplo podemos mencionar el juicio llevado a cabo por personas del polo activo que no han acreditado debidamente la representación invocada; o el juicio llevado a cabo contra una persona fallecida sin haber sido debidamente citados sus herederos, etc.

9 Corte Interamericana de Derechos Humanos in re «Cantos José M. c/ República Argentina» del 28/11/02, LL 2003-C 2.

Ahora bien, un tema que se puede enfrentar con este poder oficioso del tribunal, es el de la flexibilización de las formas en manos de la racionalidad del juez, sobre todo cuando nos encontramos en procesos con sujetos de alta vulnerabilidad. Sin embargo, esta posibilidad de la flexibilización o adaptabilidad de las formas siempre ha tenido un valladar y es la condición de preservarse el principio áureo del contradictorio, lo que no se cumpliría si las partes de la contienda no son capaces o no han sido debidamente representadas en el mismo.

Pensemos que la noción de «debido proceso» no se agota en el juicio previo del art. 18, CN, y en el apego a las formas procesales que contienen cada uno de los códigos de forma, sino que además es necesario que se cumpla con esta última condición: «proceso eficiente y eficaz que garantice efectivamente los derechos sustanciales».

No se me escapa que parte de la doctrina entiende que esta potestad no puede ser ejercida en segunda o ulterior instancia, sino que lo que corresponde es desestimar la demanda por defecto de legitimación en el demandado.¹⁰ Dice el autor citado:» En el caso de que, habiéndose dictado sentencia de primera instancia, el tribunal de apelación compruebe que el proceso no se integró debidamente, no corresponde declarar la nulidad de aquella sino desestimar la pretensión por defecto de legitimación».

Sin embargo, la doctrina moderna considera que al analizarse los presupuestos procesales de admisibilidad de la relación jurídica entablada, puede y debe obrar en consecuencia, retrotrayendo el proceso a fin de permitir que quien debió ser uno de los sujetos pasivos de la litis, ejerza su derecho de defensa. Así, «...en la hipótesis que el juez de primera instancia involuntariamente hubiese omitido integrar

10 PALACIO, Lino E. *Derecho Procesal Civil*, t. III, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires 1967, nota 29 bis pag.214.

la litis con los litisconsortes necesarios no incluidos en la pretensión, la Alzada, en la medida que, estos no hubiesen convalidado el déficit, consintiéndolo expresamente, o tomando intervención y guardando silencio al respecto, debe declarar la nulidad de lo actuado a partir de la apertura a prueba y devolver los autos a la instancia de origen a fin de que se integre debidamente la litis». ¹¹

Como se advierte no se trata que el juez de alzada declare la nulidad de la sentencia, sino que declare de oficio la nulidad de los actos procesales que han sido dictados con posterioridad a que se haya omitido un presupuesto procesal.

En este punto, consideramos que si se advierte la ausencia de estos presupuestos procesales, no corresponde el rechazo de la demanda, sino en definitiva declarar la nulidad de todo lo actuado a los fines de que se vuelva el proceso al momento o etapa donde se generó dicha nulidad, quebrando el principio de preclusión, pero no generando una mayor desgaste jurisdiccional como sería iniciar una nueva demanda.

En definitiva, en el caso de la falta de capacidad o personería de las partes no opera la regla general de la preclusión por convalidación, ni los límites impuestos al conocimiento del tribunal Ad Quem (competencia funcional de la Alzada) sino que al referir a uno de los presupuestos indispensables para que se constituya válidamente la relación jurídica procesal, el vicio en cuestión puede ser investigado de oficio, desde que rige el principio de libre iniciativa del juez, pudiéndose practicar –además– en cualquier instancia del juicio y sin importar que el juicio deba volver a su etapa inicial, sin que ello implique el rechazo de la demanda.

11 AZPELICUETA, Juan José, – Tessone, Alberto «La Alzada. Poderes y Deberes», pág. 65.

4. CONCLUSIONES

No hay duda que los jueces deben ejercer el control oficioso de los presupuestos procesales que garantizan la regularidad del proceso y la posibilidad de una sentencia útil.

Que estas facultades son una clara consecuencia de la interpretación conforme y convencional a los fines de garantizar la tutela judicial efectiva. Ya que ningún sentido tiene tener una sentencia justa, si la misma no resulta eficiente o de cumplimiento posible debido a la irregularidad del proceso.

Dicha posibilidad de control puede y debe ser ejercido en todas las instancias procesales, aún en las impugnativas, con la idea de que la sentencia que haya sido dictada sea consecuencia de un proceso saneado y regular.

Si se advierte el incumplimiento del presupuesto procesal en las etapas posteriores a la traba de la Litis, aún en la segunda o tercera instancia, debe declararse la nulidad del proceso, el que deberá volver a la etapa en que se provocó dicha nulidad, sin que corresponda dictar el rechazo de la demanda.

Que a los fines de no ocasionar un dispendio jurisdiccional, sobre todo en los procesos orales donde debe cumplimentarse los principios de celeridad y economía procesal, deben acentuarse *las facultades* de saneamiento del tribunal en la audiencia preliminar.

5. BIBLIOGRAFÍA

AZPELICUETA, Juan José, – Tessone, Alberto «*La Alzada. Poderes y Deberes*», pág. 65.

BULLOW, Von, «*La teoría de las excepciones procesales y de los presupuestos procesales*», JA 1957-II doctr., p. 69 y ss. 133

CALAMANDREI, *Instituciones. De Derecho Procesal Civil.*, Bs. AS. 1996, tomo I, p. 351.

CHIOVENDA, Giuseppe, «*Principios de derecho procesal civil*», Reus, Madrid, 1925, t. II, pág. 22, nota 23 y pág. 200

GOLDSCHMIDT, James, *Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, 1936, p. 8.

PALACIO, Lino E. *Derecho Procesal Civil*, t. III, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires 1967, nota 29 bis pág. 214.

VÉNICA, Oscar Hugo, «*Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba –Ley 8465–*», edit. Marcos Lerner, Córdoba, 1997, tomo I, pág. 221.

NORMAS EDITORIALES

Los autores enviarán su colaboración por correo electrónico a la siguiente dirección: joan.pico@upf.edu o guilherme@marinoni.adv.br. Junto al trabajo debe aparecer un resumen en castellano y en inglés de una extensión máxima de cien palabras, acompañado de las palabras clave correspondientes (en castellano y en inglés), el nombre del autor y el cargo académico o profesional. De igual modo, deberá traducir al inglés el título del estudio enviado y ponerlo entre paréntesis y en cursiva, detrás del título original del estudio.

Los trabajos presentados deberán ser inéditos. Los autores ceden gratuitamente los derechos de publicación a esta revista o a cualquier otra publicación o medio de reproducción o comunicación, en cualquier formato o soporte, incluida su traducción, que la dirección ejecutiva de la revista considere oportuno ceder.

Los trabajos tendrán una extensión máxima de 60 páginas, a doble espacio, en letras Times New Roman 12 (texto) y 10 (notas), y se enviarán en formato word.

La estructura del trabajo deberá realizarse mediante números: 1, 2, 3, etc. Y dentro del 1: 1.1, 1.2, 1.3, etc. Y dentro del 1.1: 1.1.1., 1.1.2, 1.1.3, etc. Y así sucesivamente.

En la redacción procurará no usarse negrita ni subrayado.

Las citas deberán ir a pie de página. La bibliografía se citará con el siguiente orden: autor (al menos apellidos), título de la obra en cursiva, ciudad, año y páginas citadas. Para separar estos datos se utilizará la coma. Los títulos de revista no irán abreviados y deberá constar el año y número de la revista. Cuando se cite la misma referencia varias

veces, se hará completa la primera vez y abreviada en las restantes. Si se citan recursos electrónicos deberá indicarse la dirección electrónica donde se ha obtenido la información y la fecha de impresión o lectura (ejemplo: www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/historia; fecha de consulta: 16/02/2012). Y si se citan resoluciones judiciales deberán destacarse todos los datos necesarios para su localización.

Se acusará recibo de los originales, cuya publicación podrá ir condicionada a la introducción de modificaciones.

La revista y sus directores no se hacen responsables del contenido de los trabajos ni de las opiniones y comentarios de los autores.

