



**ORGANIZADORES**

HANDEL MARTINS DIAS  
ALFONSO JAIME MARTÍNEZ LAZCANO  
PABLO DARÍO VILLALBA BERNIÉ

COLETÂNEA DO  
**I CONGRESSO  
INTERNACIONAL DO  
COLÉGIO DE DOUTORES  
EM CIÊNCIAS JURÍDICAS  
DA IBERO-AMÉRICA**

OS DESAFIOS ATUAIS DO  
DIREITO NA AMÉRICA LATINA



**DIALÉTICA**  
EDITORA

**COLETÂNEA DO  
I CONGRESSO  
INTERNACIONAL DO  
COLÉGIO DE DOUTORES  
EM CIÊNCIAS JURÍDICAS  
DA IBERO-AMÉRICA**

OS DESAFIOS ATUAIS DO  
DIREITO NA AMÉRICA LATINA

## CONSELHO EDITORIAL



Alexandre G. M. F. de Moraes Bahia  
André Luís Vieira Elói  
Antonino Manuel de Almeida Pereira  
António Miguel Simões Ceaceiro  
Bruno Camilloto Arantes  
Bruno de Almeida Oliveira  
Bruno Valverde Chahaira  
Catarina Raposo Dias Carneiro  
Christiane Costa Assis  
Cíntia Borges Ferreira Leal  
Eduardo Siqueira Costa Neto  
Elías Rocha Gonçalves  
Evandro Marcelo dos Santos  
Everaldo dos Santos Mendes  
Fabiani Gai Frantz  
Flávia Siqueira Cambraia  
Frederico Menezes Breyner  
Frederico Perini Muniz  
Giuliano Carlo Rainatto  
Helena Maria Ferreira  
Izabel Rigo Portocarrero  
Jamil Alexandre Ayach Anache  
Jean George Farias do Nascimento  
Jorge Douglas Price  
José Carlos Trinca Zanetti  
Jose Luiz Quadros de Magalhaes  
Josiel de Alencar Guedes  
Juvencio Borges Silva  
Konradin Metze  
Laura Dutra de Abreu  
Leonardo Avelar Guimarães  
Lidiane Maurício dos Reis  
Ligia Barroso Fabri

Lúvia Malacarne Pinheiro Rosalem  
Luciana Molina Queiroz  
Luiz Carlos de Souza Auricchio  
Marcelo Campos Galuppo  
Marco Aurélio Nascimento Amado  
Marcos André Moura Dias  
Marcos Antonio Tedeschi  
Marcos Pereira dos Santos  
Marcos Vinício Chein Feres  
Maria Walkiria de Faro C Guedes Cabral  
Marilene Gomes Durães  
Mateus de Moura Ferreira  
Milena de Cássia Rocha  
Mortimer N. S. Sellers  
Nígela Rodrigues Carvalho  
Paula Ferreira Franco  
Pilar Coutinho  
Rafael Alem Mello Ferreira  
Rafael Vieira Figueiredo Sapucaia  
Rayane Araújo  
Regilson Maciel Borges  
Régis Willyan da Silva Andrade  
Renata Furtado de Barros  
Renildo Rossi Junior  
Rita de Cássia Padula Alves Vieira  
Robson Jorge de Araújo  
Rogério Luiz Nery da Silva  
Romeu Paulo Martins Silva  
Ronaldo de Oliveira Batista  
Sylvana Lima Teixeira  
Vanessa Pelerigo  
Vitor Amaral Medrado  
Wagner de Jesus Pinto



**ORGANIZADORES**

HANDEL MARTINS DIAS  
ALFONSO JAIME MARTÍNEZ LAZCANO  
PABLO DARÍO VILLALBA BERNIÉ

COLETÂNEA DO  
**I CONGRESSO  
INTERNACIONAL DO  
COLÉGIO DE DOUTORES  
EM CIÊNCIAS JURÍDICAS  
DA IBERO-AMÉRICA**

OS DESAFIOS ATUAIS DO  
DIREITO NA AMÉRICA LATINA



**DIALÉTICA**  
EDITORA

*Todos os direitos reservados. Nenhuma parte desta edição pode ser utilizada ou reproduzida – em qualquer meio ou forma, seja mecânico ou eletrônico, fotocópia, gravação etc. – nem apropriada ou estocada em sistema de banco de dados, sem a expressa autorização da editora.*



Copyright © 2023 by Editora Dialética Ltda.  
Copyright © 2023 by Handel Martins Dias, Alfonso Jaime Martínez Lazcano, Pablo Darío Villalba Bernié (Orgs.)

 /editoradialetica

 @editoradialetica

www.editoradialetica.com

## **EQUIPE EDITORIAL**

### **Editores**

Profa. Dra. Milena de Cássia de Rocha  
Prof. Dr. Rafael Alem Mello Ferreira  
Prof. Dr. Tiago Aroeira  
Prof. Dr. Vitor Amaral Medrado

### **Gerente Editorial**

Daniela Malacco

### **Produtora Editorial**

Kariny Martins

### **Controle de Qualidade**

Maria Laura Rosa

### **Capa**

Mirela Martins

### **Diagramação**

Mirela Martins

### **Preparação de Texto**

Nathália Sôster

### **Revisão**

Responsabilidade do autor

### **Auxiliar de Bibliotecária**

Laís Silva Cordeiro

### **Assistentes Editoriais**

Jean Farias  
Rafael Andrade  
Ludmila Azevedo Pena  
Thaynara Rezende

### **Estagiários**

Giovana Teixeira Pereira  
Maria Cristiny Ruiz



## **Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)**

C694g Coletânea do I Congresso Internacional do Colégio de Doutores em Ciências Jurídicas da Ibero-América : os desafios atuais do Direito na América Latina / organização Handel Martins Dias, Alfonso Jaime Martínez Lazcano, Pablo Darío Villalba Bernié. – São Paulo : Editora Dialética, 2023.  
320 p.

Bibliografia.  
ISBN 978-65-270-0152-2

1. Ciências Jurídicas. 2. Direito. 3. Coletânea. I. Dias, Handel Martins (org.). II. Lazcano, Alfonso Jaime Martínez (org.). III. Bernié, Pablo Darío Villalba (org.). IV. Título.

CDD-340



## JUNTA DIRETIVA

**Dr. Alfonso Jaime Martínez Lazcano** - Presidente

**Dr. Pablo Darío Villalba Bernié** - Vice-Presidente

**Dr. Handel Martins Dias** - Secretário-Geral

## MEMBROS FUNDADORES

<b>Dr. Abel Augusto Zamorano</b> (Panamá)	<b>Dr.ª Johanna Fernanda Navas Camargo</b> (Colômbia)
<b>Dr. Adriano Sant'Ana Pedra</b> (Brasil)	<b>Dr. José de Jesús Becerra Ramírez</b> (México)
<b>Dr. Alfonso Jaime Martínez Lazcano</b> (México)	<b>Dr.ª Joseane Mariéle Schuck</b> (Brasil)
<b>Dr. Anizio Pires Gavião Filho</b> (Brasil)	<b>Dr. Juan Ángel Salinas Garza</b> (México)
<b>Dr. Antônio Celso Baeta Minhoto</b> (Brasil)	<b>Dr.ª Karla Elizabeth Mariscal Ureta</b> (México)
<b>Dr. Antonio Gidi</b> (Brasil)	<b>Dr. Luis Alberto Petit Guerra</b> (Venezuela)
<b>Dr. Augusto Tanger Jardim</b> (Brasil)	<b>Dr. Luis Andrés Cucarella Galiana</b> (Espanha)
<b>Dr.ª Blanca Torres Espinosa</b> (México)	<b>Dr. Luis Antonio Corona Nakamura</b> (México)
<b>Dr. Carlos Ernesto Arcudia Hernández</b> (México)	<b>Dr. Luis Gerardo Rodríguez Lozano</b> (México)
<b>Dr.ª Cristina Stringari Pasqual</b> (Brasil)	<b>Dr.ª María Macarita Elizondo Gasperín</b> (México)
<b>Dr. Dasaev Sosa Arellano</b> (México)	<b>Dr.ª Milagros Patricia Campos Maldonado</b> (Peru)
<b>Dr. Fábio Roque Sbardellotto</b> (Brasil)	<b>Dr. Pablo Darío Villalba Bernié</b> (Paraguai)
<b>Dr. Felipe Ignacio Paredes Paredes</b> (Chile)	<b>Dr.ª Paola Jackeline Ontiveros Vázquez</b> (México)
<b>Dr.ª Fernanda Nunes Barbosa</b> (Brasil)	<b>Dr. Pascal Peña-Pérez</b> (República Dominicana)
<b>Dr. Guilherme Tanger Jardim</b> (Brasil)	<b>Dr.ª Raquel Fabiana Lopes Sparemberger</b> (Brasil)
<b>Dr. Handel Martins Dias</b> (Brasil)	<b>Dr.ª Rosa María Díaz López</b> (México)
<b>Dr. Hugo Carrasco Soulé López</b> (México)	<b>Dr. Rubén Flores Dapkevicius</b> (Uruguai)
<b>Dr.ª Jânia Maria Lopes Saldanha</b> (Brasil)	<b>Dr.ª Sara Berenice Orta Flores</b> (México)
<b>Dr. Javier Indalecio Barraza</b> (Argentina)	<b>Dr. Sérgio Tibiriçá Amaral</b> (Brasil)



# APRESENTAÇÃO

---

Com o apoio da Associação Mundial de Justiça Constitucional (AMJC), Colegio de Abogados Procesalistas Latinoamericanos (CAPL), Asociación Argentina de Justicia Constitucional (AAJC), Asociación Paraguaya de Derecho Procesal Constitucional (APDPC), Universidad Autónoma de Chiapas (UNACH), Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción (UC), Revista Primera Instancia e TV Lex, o Colégio de Doutores em Ciências Jurídicas da Ibero-América e o Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP) promoveram, nos dias 17 e 18 de maio deste ano, em Porto Alegre, na Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, o **I CONGRESSO INTERNACIONAL DO COLÉGIO DE DOUTORES EM CIÊNCIAS JURÍDICAS DA IBERO-AMÉRICA**, em homenagem ao Professor Alfonso Jaime Martínez Lazcano. Realizado em formato híbrido, com painéis presenciais e remotos transmitidos ao vivo pelo YouTube, o evento teve como tema central os desafios atuais do Direito na América Latina.

Com a participação de doutores em Ciências Jurídicas ibero-americanas de onze países (Brasil, Chile, Colômbia, Espanha, México, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Uruguai e Venezuela), este Congresso marcou, através da assinatura da Carta de Porto Alegre após a solenidade de abertura, a fundação do Colégio de Doutores em Ciências Jurídicas da Ibero-América. Esta novel entidade acadêmica internacional nasceu com os objetivos principais de (i) promover a pesquisa e o intercâmbio de conhecimentos no campo do Direito na Ibero-América; (ii) fomentar a formação contínua e o desenvolvimento profissional dos doutores em Ciências Jurídicas da região; (iii) defender os interesses e direitos dos doutores em Ciências Jurídicas da Ibero-América ante autoridades acadêmicas, políticas e judiciais; e (iv) cooperar com outras organizações e instituições nacionais e internacionais que tenham objetivos similares.

Esta primeira edição do Congresso Internacional do Colégio de Doutores em Ciências Jurídicas da Ibero-América homenageou o Professor Doutor Alfonso Jaime Martínez Lazcano, aclamado como o primeiro presidente do Colégio de Doutores em Ciências Jurídicas da Ibero-Amé-

rica. Autor de inúmeras obras e conferencista internacional, o homenageado é uma referência acadêmica não só em seu país natal, o México, como em toda a América Latina, especialmente no âmbito do direito processual convencional interamericano. O Professor Alfonso Jaime Martínez Lazcano dedicou grande parte de sua carreira de quase 40 anos de advocacia, pesquisa e docência universitária à promoção e à divulgação dos direitos humanos no México e na América Latina. A homenagem foi efetivada no Congresso pelo Dr. Hugo Carlos Carrasco Soulé Lopez, que falou da vida e da obra do ao Professor Alfonso Jaime Martínez Lazcano.

A conferência de abertura do evento foi realizada pelo Dr. Pablo Darío Villalba Bernié (Paraguai), reitor da Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción Campus Itapúa, que abordou o impacto do constitucionalismo e convencionalismo nas Ciências Jurídicas. Na sequência, foram realizados dois painéis no Auditório da FMP. Moderado pelo Dr. Fábio Roque Sbardellotto (Brasil), o Painel I contou com as conferências do Dr. Adriano Sant’ana Pedra (Brasil), da Dr.<sup>a</sup> Fernanda Nunes Barbosa (Brasil), da Dr.<sup>a</sup> Rosa María Díaz López (México) e do Dr. Hugo Carlos Carrasco Soulé López (México). O Painel II foi moderado pelo Dr. Anizio Pires Gavião Filho (Brasil) e teve como conferencistas o Dr. Sérgio Tibiriçá Amaral (Brasil), a Dr.<sup>a</sup> Jânia Maria Lopes Saldanha (Brasil), a Dr.<sup>a</sup> Raquel Fabiana Lopes Sparemberger (Brasil), o Dr. Alfonso Jaime Martínez Lazcano (México) e o Dr. Abel Augusto Zamorano (Panamá).

No segundo dia do evento (18 de maio), os quatro painéis foram realizados remotamente via plataforma Zoom Meetings. Moderado pelo Dr. Augusto Tanger Jardim (Brasil), o Painel III teve como conferencistas o Dr. Antonio Gidi (Brasil), o Dr. Juan Ángel Salinas Garza (México), a Dr.<sup>a</sup> Paola Jackeline Ontiveros Vázquez (México), o Dr. Felipe Ignacio Paredes Paredes (Chile) e o Dr. Rubén Flores Dapkevicius (Uruguai). Já o Painel IV foi moderado pela Dr.<sup>a</sup> Joseane Mariéle Schuck (Brasil) e contou com as conferências do Dr. José de Jesús Becerra Ramírez (México), da Dr.<sup>a</sup> Milagros Patricia Campos Maldonado (Peru), da Dr.<sup>a</sup> Sara Berenice Orta Flores (México), do Dr. Carlos Ernesto Arcudia Hernández (México) e do Dr. Dasaev Sosa Arellano (México). O Painel V contou com a moderação da Dr.<sup>a</sup> Cristina Stringari Pasqual (Brasil) e as conferências da Dr.<sup>a</sup> Johanna Fernanda Navas Camargo (Colômbia), da Dr.<sup>a</sup> María Macarita Elizondo Gasperín (México), do Dr. Pascal Peña-Pérez (República Dominicana), da Dr.<sup>a</sup> Karla Elizabeth Mariscal Ureta (México) e da Dr.<sup>a</sup> Blanca Torres Espinosa (México). Por fim, o derradeiro painel (VI) foi moderado pelo Dr. Guilherme Tanger Jardim (Brasil) e

teve como conferencistas o Dr. Luis Alberto Petit Guerra (Venezuela), o Dr. Luis Antonio Corona Nakamura (México), o Dr. Antônio Celso Bae-  
ta Minhoto (Brasil), o Dr. Luis Gerardo Rodríguez Lozano (México) e o  
Dr. Luis Andrés Cucarella Galiana (Espanha).

Durante todo o evento houve intensas e profícuas discussões en-  
tre os participantes. Espera-se que o Congresso Internacional do Colégio  
de Doutores em Ciências Jurídicas da Ibero-América consolide-se no ce-  
nário internacional como espaço próprio para a promoção de pesquisas  
científicas e intercâmbio de conhecimentos entre doutores em Ciências  
Jurídicas ibero-americanos. Esta coletânea reúne parte dos trabalhos  
apresentados neste pioneiro Congresso. Recuperando essas valiosas con-  
tribuições, o Colégio de Doutores em Ciências Jurídicas da Ibero-Amé-  
rica e o Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Di-  
reito da Fundação Escola Superior do Ministério Público somam-se no  
compromisso de difusão do conhecimento e dos benefícios resultantes da  
pesquisa científica em prol da comunidade ibero-americana.

Uma excelente leitura a todos!

Porto Alegre, 30 de junho de 2023.

**Prof. Dr. Pablo Darío Villalba Bernié**

Vice-Presidente do Colégio de Doutores em Ciências Jurídicas da Ibero-América  
Reitor da Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción Campus Itapúa.

**Prof. Dr. Handel Martins Dias**

Secretário-Geral do Colégio de Doutores em Ciências Jurídicas da Ibero-América  
Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da FMP.



# PREFÁCIO

---

Me voy a referir a tres temas importantes, el primero la creación del Colegio de Doctores de las Ciencias Jurídicas de Iberoamérica, cuya denominación es inclusiva desde la perspectiva de género por varias razones:

- a) Usa la palabra “Doctores”, en lugar de “Doctores y Doctoras”. El femenino ya está incluido en la forma masculina, por lo que no es necesario listarlos por separado. Esto evita una redundancia innecesaria y refleja el principio lingüístico de que el género masculino incluye al femenino.
- b) Usa el término “Ciencias Jurídicas”, en plural. Esto enfatiza que la ley y el derecho involucran distintas ramas y especialidades, en las que tanto hombres como mujeres juegan un papel fundamental. No se reduce únicamente a “Ciencia Jurídica” dominada por un solo género.
- c) Usa el término “Iberoamérica”, que en su propia naturaleza incluye a todos los países y regiones culturales hispanohablantes.
- d) En general, el nombre designado concentra aspectos sustantivos como las “ciencias jurídicas” y la perspectiva “iberoamericana”, más que en nociones identitarias basadas en género. Este enfoque sustantivo, que favorece lo que unen sobre lo que divide, promueve implícitamente la igualdad de género.

El nombre -más allá de referencias explícitas al género- proyecta una imagen de universalidad, pluralidad e integración que reflejan los valores de igualdad e inclusión sobre quienes conformamos el Colegio.

Segundo, porque ello reviste una gran trascendencia para promover el pensamiento jurídico innovador la creación del Colegio dedicado a investigar y generar conocimiento sobre el derecho en la región puede catalizar nuevos enfoques y propuestas que ayuden a mejorar e interpretar las normas existentes desde una perspectiva acorde a los tiempos actuales; impulsar la cooperación entre académicos: Al reunir a doctores y expertos de diferentes países iberoamericanos, el Colegio puede facilitar el intercambio de ideas, la discusión conjunta de problemáticas comunes y la elaboración de propuestas regionales. Esto fomenta el pensamiento jurídico iberoamericano.

Así como incidir en la formación de operadores de justicia: Las discusiones, investigaciones y publicaciones generadas por el Colegio buscan permear a través de la docencia a las nuevas generaciones de abogados y funcionarios judiciales, contribuyendo a su formación desde un enfoque regional e innovador; incidir en la agenda pública, al reunir a respetados académicos bajo una misma institución, el Colegio puede ganar visibilidad en los medios e influir en debates de política pública desde una perspectiva jurídica basada en la ciencia y la investigación, e inclusive más allá de lo jurídico, el Colegio busca promover el intercambio, el entendimiento mutuo y el trabajo conjunto entre docentes e investigadores de toda Iberoamérica, fortaleciendo los lazos culturales históricos que nos unen.

El Colegio plantea incidir de manera muy positiva en la evolución y fortalecimiento del pensamiento jurídico en Iberoamérica.

Tercero, el publicar las ponencias en el marco del acto constitutivo del Colegio es crucial para difundir los aportes y discusiones que se generaron durante el evento. De esta manera, las ideas y propuestas planteadas por los especialistas llegarán a una audiencia mucho más amplia, promoviendo el debate y el avance del conocimiento en estos temas relevantes para Iberoamérica.

Entre los beneficios concretos de publicar estas ponencias son:

- a) Visibilizar los retos y desafíos actuales en materia jurídica en la región. Al compartir los análisis de expertos, creamos conciencia sobre las problemáticas y necesidades de mejora.
- b) Contribuir al estado del arte. Al sistematizar los aportes presentados en el congreso, enriquecemos la literatura académica y profesional en temas relevantes.
- c) Promover el intercambio entre doctores y profesionales del derecho. Al hacer públicas estas ponencias, abrimos espacios de debate y discusión que pueden nutrir la práctica jurídica.
- d) Difundir nuevos enfoques y propuestas. Las ideas planteadas por los participantes del Congreso pueden inspirar mejores marcos normativos, interpretaciones legales y políticas públicas en la región.
- e) Contribuir al posicionamiento del Colegio. Al visibilizar los eventos académicos de alto nivel, el Colegio ganará presencia y reputación entre la comunidad jurídica regional.

El publicar las ponencias del congreso como una obra colectiva y no como memorias, es una manera muy poderosa de extender y mul-

tiplicar su impacto, promoviendo el avance de la cultura jurídica y del derecho en Iberoamérica.

Lo cual se refleja en los temas de gran relevancia para la realidad jurídica iberoamericana actual:

La autonomía científica del derecho procesal convencional interamericano de los derechos humanos; Democracia, redes sociales e *fake news*: a qualidade de nossa democracia no ambiente virtual; La implementación del nuevo código de procedimientos civiles y familiares en México (análisis y principales retos); La prohibición de sembrar transgénicos en la península de Yucatán y los derechos de los pueblos indígenas; os direitos fundamentais processuais nas constituições brasileiras; Aristas de la inteligencia artificial en el proceso judicial; Debido proceso de grupos vulnerables acciones afirmativas para su tutela; La justicia transicional en países post-conflicto. Luces y sombras; La democracia participativa a la democracia deliberativa en México; *Online dispute resolution (odrs) challenges in privacy law. a comparative analysis Mexico-USA*; Discurso constitucional colonial: Desafíos e perspectivas da decolonialidade noconstitucionalismo Latino-Americano; La capacidad de goce versus el estado de interdicción en México; El derecho al territorio y la mujer indígena: un caso de justiciabilidad en la comunidad huasteca “Tocoy”, y o controle interno e a aferição de convencionalidade pelo ministério público no Brasil.

En general, todos los temas son excelentes aportes porque abordan realidades actuales de la práctica jurídica en Iberoamérica, desde perspectivas interdisciplinarias y con un claro enfoque en derechos humanos y justicia social.

Finalmente, el Colegio no aspira a convertirse en una casta cerrada que monopolice criterios y participaciones, sino que nace con el espíritu abierto e inclusivo hacia todas las corrientes de pensamiento. Busca servir como espacio donde nos escuchemos mutuamente, independientemente del género u opiniones.

Anhelamos construir esta institución sobre los valores de pluralidad, intercambio intelectual y respeto por la diversidad. No favorecer una sola perspectiva jurídica o ideológica, sino que esperamos acoger e integrar las múltiples visiones que enriquecen el pensamiento y la práctica del derecho en Iberoamérica.

Nuestra aspiración es promover la difusión, el debate y el perfeccionamiento del conocimiento jurídico en la región mediante el diálogo abierto entre doctores de diferentes especialidades, experiencias y trasfondos. Pero también mediante el intercambio respetuoso entre personas de todas las identidades de género, orientaciones y posiciones ideológicas.

Es esta pluralidad incluyente la que enriquecerá realmente nuestras discusiones y aportaciones. Por eso, el Colegio debe construirse sobre una base filosófica que celebre nuestras diferencias y, al mismo tiempo, busque reconocernos en nuestra común humanidad y propósito de justicia para todos.

Les escribo motivado por la noble causa de fortalecer la cultura jurídica basada en los derechos humanos en nuestra región.

La creación de este Colegio de Doctores en Ciencias Jurídicas de Iberoamericana reviste una enorme importancia y me llena de emoción. Será un espacio único para promover el pensamiento crítico, el intercambio de saberes y la cooperación regional en materia jurídica.

Nuestra labor apunta a contribuir, transformar positivamente la realidad social y fortalecer nuestros sistemas democráticos. Formando a las nuevas generaciones sobre la base de valores como la dignidad humana, la justicia y el Estado social y democrático de derecho.

Estoy plenamente comprometido con esta noble causa y ansioso por comenzar a trabajar junto a las y los integrantes, y a quienes se agreguen en el camino. Creo firmemente que, unidos en esta iniciativa, podemos lograr un impacto mucho más profundo y duradero, capaz de trascender más allá de nuestros países.

Por todo eso, me sumo con entusiasmo al Colegio y les pido me permitan aportar desde el lugar que me corresponda, ya sea impartiendo docencia, participando en publicaciones o contribuyendo de cualquier otra forma apropiada.

Agradezco y reconozco profundamente el gran trabajo y capacidad de convocatoria de mi colega y amigo el Dr. Dias, Handel Martins, impulsor fundamental de este esfuerzo que hoy hace realidad la organización del Congreso y la creación formal del nuestro Colegio, fruto también del apoyo del Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público.

La visión, dedicación y liderazgo del Dr. Dias han sido clave para que podamos reunir a tantos destacados juristas y académicos de Ibe-

roamérica, compartiendo investigaciones y debate en pro de fortalecer la cultura jurídica basada en derechos humanos que buscamos impulsar. Sin su empeño y tesón, el Congreso y Colegio probablemente no existirían hoy.

Por ello, y en nombre propio y estoy seguro de que también de todos los participantes, quiero expresar mi profunda gratitud y reconocimiento al Dr. Dias. Ha logrado llevar a cabo una tarea mayúscula, reuniendo voluntades, recursos e instituciones para concretar este proyecto que aspiramos pueda perdurar y crecer en el tiempo.

Muchas gracias, querido colega y amigo, por ponernos a todos en posibilidad de avanzar juntos hacia la noble causa que nos convoca. Tienes todo nuestro afecto, admiración y respeto por haber hecho realidad este sueño de fortalecer el pensamiento jurídico con enfoque en derechos humanos en nuestra región. Esperando haber transmitido honestamente la importancia y emoción que me genera formar parte de esta iniciativa, los saludo muy respetuosamente.

**Prof. Dr. Alfonso Jaime Martínez Lazcano**

Presidente do Colégio de Doutores em Ciências Jurídicas da Ibero-América



# SUMÁRIO

---

<b>AUTONOMÍA CIENTÍFICA DEL DERECHO PROCESAL CONVENCIONAL INTERAMERICANO DE LOS DERECHOS HUMANOS</b>	<b>21</b>
Alfonso Jaime Martínez Lazcano	

---

<b>DEMOCRACIA, REDES SOCIAIS E FAKE NEWS: A QUALIDADE DE NOSSA DEMOCRACIA NO AMBIENTE VIRTUAL</b>	<b>41</b>
Antonio Celso Baeta Minhoto	

---

<b>LA IMPLEMENTACIÓN DEL NUEVO CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES Y FAMILIARES EN MÉXICO (ANÁLISIS Y PRINCIPALES RETOS)</b>	<b>61</b>
Blanca Torres Espinosa, Sara Berenice Orta Flores e Carlos Ernesto Arcudia Hernández	

---

<b>LA PROHIBICIÓN DE SEMBRAR TRANSGÉNICOS EN LA PENÍNSULA DE YUCATÁN Y LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS</b>	<b>89</b>
Carlos Ernesto Arcudia Hernández	

---

<b>OS DIREITOS FUNDAMENTAIS PROCESSUAIS NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS</b>	<b>109</b>
Guilherme Tanger Jardim e Augusto Tanger Jardim	

---

<b>ARISTAS DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN EL PROCESO JUDICIAL</b>	<b>123</b>
Hugo Carlos Carrasco Soulé López	

---

**DEBIDO PROCESO DE GRUPOS VULNERABLES  
ACCIONES AFIRMATIVAS PARA SU TUTELA** **145**

Juan Ángel Salinas Garza e Luis Gerardo Rodríguez Lozano

---

**LA JUSTICIA TRANSICIONAL EN PAÍSES  
POST-CONFLICTO. LUCES Y SOMBRAS** **169**

Luis Alberto Petit Guerra

---

**DE LA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA A LA  
DEMOCRACIA DELIBERATIVA EN MÉXICO** **183**

Luis Antonio Corona Nakamura

---

**ONLINE DISPUTE RESOLUTION (ODRs) CHALLENGES IN  
PRIVACY LAW. A COMPARATIVE ANALYSIS MEXICO-USA** **199**

Paola Jackeline Ontiveros Vazquez

---

**DISCURSO CONSTITUCIONAL COLONIAL: DESAFIOS E PERSPECTIVAS DA  
DECOLONIALIDADE NO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO** **229**

Raquel Fabiana Lopes Sparemberger

---

**LA CAPACIDAD DE GOCE VERSUS EL  
ESTADO DE INTERDICCIÓN EN MÉXICO** **245**

Rosa María Díaz López

---

**EL DERECHO AL TERRITORIO Y LA MUJER INDÍGENA: UN CASO  
DE JUSTICIABILIDAD EN LA COMUNIDAD HUASTECA “TOCOY”** **267**

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

---

**O CONTROLE INTERNO E A AFERIÇÃO DE CONVENCIONALIDADE  
PELO MINISTÉRIO PÚBLICO NO BRASIL**

**283**

Sérgio Tibiriçá Amaral e Mário Coimbra

---





# **AUTONOMÍA CIENTÍFICA DEL DERECHO PROCESAL CONVENCIONAL INTERAMERICANO DE LOS DERECHOS HUMANOS**

ALFONSO JAIME MARTÍNEZ LAZCANO<sup>1</sup>

---

## **1 INTRODUCCIÓN**

El derecho procesal convencional interamericano de los derechos humanos (DPCIDH) constituye el marco jurídico esencial para garantizar su protección efectiva. Su capacidad para desarrollar un cuerpo conceptual y metodológico propio, con autonomía científica respecto a otras áreas del derecho, es fundamental para su consolidación como disciplina y su relación con campos afines.

Sin embargo, la autonomía del DPCIDH ha generado controversias en la doctrina. Mientras algunos destacan su especificidad, basada en autores y metas propias, otros enfatizan sus vínculos con el derecho constitucional y el derecho internacional, impidiendo su diferenciación absoluta.

En este contexto, la inclusión del DPCIDH como disciplina académica específica en las universidades a nivel licenciatura puede ser una

---

<sup>1</sup> 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. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Presidente del Colegio de Abogados Procesalistas Latinoamericanos. Presidente del Colegio de Doctores de las Ciencias Jurídicas en Iberoamérica. Vicepresidente de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Director de la Revista Primera Instancia. Contacto: alfonso.martinez@unach.mx. ORCID <https://orcid.org/0000-0003-0367-4716>

medida positiva para fomentar la protección de los derechos humanos y contribuir al desarrollo de esta importante área del derecho, permitiría a las/los estudiantes de derecho, defensores de derechos humanos y demás profesiones afines, adquirir un conocimiento teórico y práctico sólido sobre este ámbito jurídico, así como formar profesionales especializados en la protección de los derechos humanos.

El aspecto práctico incide en el acceso a la justicia, que es un derecho fundamental que guarda gran importancia no sólo por ser un derecho humano en sí mismo, sino también porque es a través de él que se garantiza el respeto- o en su caso, reparación- de todos los demás (Ibáñez, 2015, p. 7).

Las cuestiones referentes a los derechos humanos del hombre necesitan, por ende, con un sistema o con otro, ser judiciales-o justiciables-, es decir, poder ingresar a conocimiento y decisión de la jurisdicción (constitucional, dada la materia) para que ésta resuelva la pretensión a que el justiciable ha dado acceso mediante el ejercicio de su derecho a la jurisdicción que, no obstante, su carácter instrumental, es uno de los derechos primordiales de la persona humana (Bidart Campos, 1993, p. 59).

En el plano fáctico, Latinoamérica enfrenta serios desafíos en materia de derechos humanos, y los siguientes fenómenos están profundamente arraigados en la región:

- La desigualdad social y económica es extremadamente elevada, con amplios sectores viviendo en la pobreza.
- La corrupción es un problema endémico que limita seriamente el desarrollo de políticas públicas efectivas.
- La inseguridad y la violencia, alimentadas por el crimen organizado y los débiles estados de derecho, afectan profundamente la vida cotidiana.
- La impunidad ante graves violaciones de derechos humanos, especialmente en el pasado, fomenta la repetición de patrones de abuso.
- La discriminación estructural contra grupos vulnerables como indígenas, afrodescendientes, mujeres y LGBTI persiste a pesar de las normas progresivas.
- Estos fenómenos, arraigados históricamente en las sociedades latinoamericanas, representan un serio desafío para la efectiva protección de derechos humanos en la región.
- Estos fenómenos generan la necesidad, entre otras estrategias de políticas públicas, el abordar de forma autónoma el DPCIDH, porque incide esencialmente en fomentar desde la academia la cultura de los derechos humanos, para contar con herramientas necesarias

para superar concepciones dogmáticas anquilosadas, preocupadas y ocupadas básicamente, en privilegiar el formalismo y subordinar la parte sustantiva. Así se busca evolucionar la protección del ser humano en lo individual y lo colectivo, con la idea de preparar a los operadores jurídicos, defensores de derechos humanos y demás profesiones afines en las tareas fundamentales de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos.

- La forma en que se enseña el derecho actualmente limita seriamente la difusión de una cultura robusta de derechos humanos.
- Los programas y contenidos de la mayoría de las facultades de derecho se mantienen anquilosados, con énfasis excesivo en el formalismo y la dogmatización.
- Se desperdicia la oportunidad de enfatizar enfoques garantistas, encuadrados en estándares internacionales e interpretados de forma evolutiva.
- Gran parte de los textos y materiales siguen enfocados en visiones positivistas y estatocéntricas<sup>2</sup> del derecho, dejando poco espacio a perspectivas críticas y centradas en las personas.
- Falta incluir abordajes interdisciplinarios y contextuales que permitan comprender mejor los desafíos complejos de la realización efectiva de derechos humanos.
- La mayoría de los profesores carecen de formación en derecho convencional y estándares internacionales, por lo que no pueden transmitir esos conocimientos a los estudiantes.

La labor en la academia debe estar guiada por la urgencia de generar un cambio real, a través de la formación de nuevas generaciones de juristas y defensores de derechos humanos comprometidos con lograr la vigencia plena de los derechos fundamentales en Latinoamérica.

## 2 DERECHO CONVENCIONAL

Es factible definir a éste como el sistema de normas, reglas y principios creados mediante pactos o tratados internacionales en el que se establecen directrices e instituciones comunes entre diversos Estados.

---

2 Una perspectiva estatocéntrica concibe el derecho fundamentalmente como un instrumento que permite la organización y regulación de la vida social por parte del Estado, sin considerar adecuadamente la necesidad de proteger a individuos y minorías frente a posibles abusos de poder estatal.

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 (Romero-Pérez, 2015, p. 10).

La expresión “derecho convencional” cobija, en principio, las distintas clases de acuerdos, convenios y tratados que pueden celebrar los sujetos de derecho internacional (Romero-Pérez, 2015, p. 2).

Este campo de estudio es difícil de 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.<sup>3</sup>

El término “convenio” se utiliza como término genérico para referirse a todos los acuerdos internacionales en el artículo 38.1) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, ya sean generales o particulares, siendo una fuente de derecho junto con las normas consuetudinarias internacionales y los principios generales del derecho internacional, así como las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas más cualificados. Este uso genérico del término abarca todos los acuerdos internacionales, de forma similar al término genérico “tratado”. Además, la jurisprudencia se suele denominar “derecho convencional” para distinguirla de otras fuentes del derecho internacional, como el derecho consuetudinario o los principios generales del derecho internacional. Por lo tanto, el término “convenio” es sinónimo del término “tratado” como términos genéricos (OMPI, [s.d].).

El derecho convencional, al igual que toda área jurídica se divide en derecho sustantivo convencional y derecho procesal convencional, ambas en el campo de los derechos humanos.

El derecho sustantivo convencional interamericano y los derechos humanos o fundamentales constitucionales conforman el llamado bloque de constitucionalidad.

En el ámbito regional americano la interrelación entre derecho constitucional y derecho internacional de los derechos fundamentales o humanos adquiere una dimensión especial y más estrecha, constituyendo una verdadera fusión y un único sistema de derechos, los cuales se

---

3 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.

alimentan de la fuente interna constitucional y de las fuentes del derecho internacional, incorporándose esta última generalmente como parte del bloque constitucional de derechos (Alcalá, 2012, p. 150).

Es factible en el campo de los derechos humanos dividir al derecho convencional secundario como un conjunto normativo paralelo al derecho convencional primario compuesto por los tratados mismos ilumina adecuadamente esta idea. Permítame comentar:

El concepto de derecho convencional secundario proviene en efecto del derecho comunitario europeo, que distingue claramente entre el derecho primario (tratados) y secundario (actos normativos de los órganos de la Unión Europea).

En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) es factible distinguir entre el derecho convencional primario (la Convención Americana de Derechos Humanos-Convención ADH y otros tratados) y el secundario (estatutos, reglamentos y demás normas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos-Corte IDH y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos-Comisión IDH- en su rol interpretativo) (Martis, 2014, p. 917).

### **3 ELEMENTOS BÁSICOS PARA QUE UNA DISCIPLINA JURÍDICA TENGA AUTONOMÍA CIENTÍFICA**

El DPCIDH cuenta con todos los elementos básicos para ser una rama jurídica con autonomía científica que en términos generales deviene del derecho convencional: integrado por el derecho comunitario,<sup>4</sup> el derecho de la integración económica<sup>5</sup> y de los derechos humanos,<sup>6</sup> este último

---

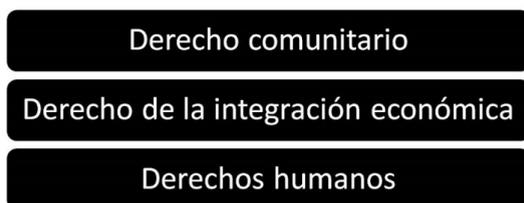
4 El derecho comunitario, también conocido como derecho de la Unión Europea, es un conjunto de normas y principios jurídicos que regulan las relaciones entre los Estados miembros de la Unión Europea.

5 El derecho de la integración económica es una rama del derecho internacional que se enfoca en la regulación de las relaciones económicas entre los Estados y en la creación de mercados regionales o internacionales.

6 En este campo se incluye al derecho humanitario: El derecho humanitario, también conocido como derecho de la guerra o derecho de los conflictos armados, es un conjunto de normas y principios que buscan proteger a las personas que no participan en las hostilidades y a quienes han dejado de hacerlo, así como restringir los métodos y medios de guerra. Es un cuerpo jurídico que se aplica en situaciones de conflicto armado, ya sea internacional o no internacional.

en su aspecto sustantivo y procesal, que se subdivide a su vez en el sistema universal y los sistemas regionales, africano, europeo e Interamericano.

### Esquema 1. Derecho convencional



Fuente: elaboración propia.

A continuación, se describe los elementos básicos del DPCIDH para ser considerada una disciplina autónoma:

### Esquema 2. Elementos básicos para que una disciplina jurídica cuente con autonomía científica



Fuente: elaboración propia.

**Objeto propio de estudio:** Es un término jurídico que se refiere al ámbito específico de asuntos o materias que correspondan propiamente a una rama particular del derecho, en este punto, la disciplina debe centrarse en una esfera específica del derecho con problemas jurídicos propios y diferenciados.

Para lograr su construcción del objeto de estudio se requiere llevar a cabo una serie de pasos. En primer lugar, es necesario delimitarlo. En segundo lugar, se debe elaborar de manera conceptual. En tercer lugar, se debe llevar a cabo la elaboración empírica. Finalmente, se debe construir la interpretación del objeto que se plasmará en papel (Barriga; Henríquez, 2003, p. 80).

Objeto de estudio del derecho convencional incide en:

- Son los tratados internacionales de derechos humanos y su evolución progresiva. Estos tratados crean normas convenidas gradualmente por consenso de los Estados, avanzando poco a poco a través de interpretaciones autorizadas y reservas.
- La relación entre estos tratados y el derecho constitucional nacional. Esto incluye cómo son incorporados e implementados dentro del ordenamiento jurídico doméstico, y cómo interactúan con las constituciones y leyes nacionales existentes.
- La jurisprudencia de los tribunales internacionales y nacionales en relación con estos tratados. El enfoque caso a caso y progresivo de esta jurisprudencia revela el carácter procesal e incremental del DPCIDH.
- El papel del consentimiento del Estado y la naturaleza voluntaria de los tratados. Esto subraya que el derecho convencional se basa en el acuerdo, no en reglas impuestas por una autoridad “supranacional”.
- El principio *pro homine*, garantía de no repetición, efecto útil, control de convencionalidad y otros criterios utilizados por los tribunales para resolver posibles conflictos entre normas convencionales y constitucionales.
- Las normas, principios y directrices que México ha suscrito en tratados internacionales, y que han sido aprobados por el senado, forman parte del derecho positivo del país. Al ser aceptadas, dejan de ser normas supranacionales o extranjeras y se convierten en normas internas de fuente convencional, las cuales tienen aplicación directa.
- Los tratados internacionales de derechos humanos no establecen obligaciones recíprocas entre las partes, ya que en realidad no las hay. En cambio, su propósito común es otorgar derechos y libertades a las personas dentro de la jurisdicción de cada Estado parte y, como resultado de su compromiso, establecer nuevos parámetros de protección. Estos tratados también otorgan competencia a órganos imparciales y especializados encargados de supervisar, monitorear y vigilar su cumplimiento, y dichos órganos están integrados por personal seleccionado por los mismos Estados parte y facultados para exigir el cumplimiento de las obligaciones convencionales (Lazcano; Soule, 2017).

**Marcos conceptuales definidos:** Son esquemas mentales que organizar y estructurar el entendimiento de un campo de conocimiento específico. Proveen conceptos clave, principios fundamentales y paradigmas para examinar una materia en forma coherente.

El marco conceptual del derecho convencional constituye contar con conceptos, categorías, normas (Gracia Martínez, 2015, p. 39) y terminología jurídica especializada:

1. Un marco basado en la naturaleza convencional e incremental de las normas derivadas de tratados internacionales, particularmente de los derechos humanos. Este enfoque enfatiza factores como:

- La primacía del consentimiento estatal y voluntarismo<sup>7</sup>
- La interpretación progresiva a través de la jurisprudencia
- Los estándares mínimos y desarrollo gradual de normas
- La falta de jerarquía preestablecida entre tratados y constituciones

2. Un marco basado en el papel de los principios aplicados por tribunales para resolver conflictos normativos entre lo convencional y constitucional. Tal como el principio *pro homine* y efecto útil, que sustentan el control de convencionalidad, enfoque que se centra en:

- Herramientas casuísticas para armonizar normas provenientes de fuentes distintas
- Limitar los efectos absolutos de la constitución y los tratados
- Equilibrar estándares internacionales con libertades nacionales

Ambos marcos, aunque diferentes, convergen en que rechazan concebir este derecho en términos de una jerarquía estricta. Recalcan en cambio su carácter procesal e incremental, basado en la síntesis dinámica y la aplicación matizada caso por caso.

**Metodología específica:** Se refiere al conjunto particular de estrategias, enfoques, postulados, premisas (Gracia Martínez, 2015, p. 15), y procedimientos utilizados en la investigación y análisis de un tema determinado.

El derecho DPCIDH dispone de métodos de trabajo e investigación diferenciados.

- Análisis casuístico: El estudio de casos concretos, decisiones judiciales y disputas reales que ilustran la interacción dinámica entre normas convencionales y constitucionales. Esto permite comprender el derecho procesal convencional en acción.

---

7 De este aspecto deviene el concepto derecho convencional, que a su vez surge del consentimiento de los Estados de formar parte del sistema regional de protección de derechos humanos.

- Énfasis en la evolución normativa: Estudiar cómo las normas y estándares derivados de tratados se han desarrollado gradualmente a través de la jurisprudencia, se han especificado e interpretado progresivamente. Esto revela su carácter incremental y convencional.
- Identificación de principios armónicos: Detectar principios y criterios utilizados por jueces y tribunales para resolver conflictos normativos, tales como el principio *pro homine*. Esto ilumina las herramientas del derecho procesal convencional.
- Análisis contextual: Examinar cada caso dentro de su contexto específico, considerando factores históricos, sociales, económicos y jurídicos relevantes. Esto ayuda a evitar interpretaciones mecanicistas y dogmáticas.
- Énfasis en interpretaciones matizadas e informadas: Basar las interpretaciones jurídicas tanto en la letra como en el espíritu de las normas convencionales, iluminado por otros campos como las ciencias sociales.
- Aplicación del principio de garantías de no repetición: Exige que los Estados adopten medidas para prevenir violaciones a los derechos humanos ya sucedidas. Esto ayuda a armonizar normas convencionales con el derecho interno de una manera productiva.
- Asegurar el efecto útil: Los tribunales buscan interpretaciones que den pleno efecto a las obligaciones derivadas de los tratados, no permitiendo limitaciones u obstáculos indebidos por el derecho doméstico. Esto asegura que el derecho convencional no quede vacío de contenido.

**Corpus normativo autónomo:** Consiste en un cuerpo de normas jurídicas propias y diferenciadas que se ocupan de regular las cuestiones específicas de esa disciplina.

El derecho convencional está conformado por:

- Los propios tratados internacionales de derechos humanos que son la base primaria. Estos establecen normas que gradualmente han alcanzado un amplio consenso entre los Estados parte.
- Los protocolos adicionales y enmiendas a estos tratados, a medida que avanzan e incorporan nuevos estándares consensuados.
- Las declaraciones y reservas de los Estados parte, que ayudan a delimitar el alcance exacto de las normas convencionales y expresan su consentimiento específico.

- La jurisprudencia de tribunales internacionales y nacionales, que evolutiva e incrementalmente interpreta los tratados y desarrolla nuevas normas basadas en ellos.
- Los principios armónicos generales alineados con los objetivos de los tratados, como *pro homine*. Si bien no normativos en sí mismos, ayudan a integrar el *corpus* convergiendo las diversas fuentes normativas.
- Las observaciones y recomendaciones de los órganos de tratados de derechos humanos, las cuales interpretan progresivamente las disposiciones de los tratados y guían a los Estados en su implementación efectiva.
- Los dictámenes de los relatores especiales y grupos de trabajo temáticos del Consejo de Derechos Humanos de la ONU, que aportan estándares e interpretaciones autorizadas que influyen en la jurisprudencia tanto internacional como nacional.<sup>8</sup>

Este cuerpo normativo en Latinoamérica ha llevado a desarrollar la figura central... el “control de convencionalidad”, que representa el núcleo doctrinal del *Ius Constitutionale Commune*, introducida por la Corte IDH en el caso *Almonacid Arellano vs. Chile*... que exige a los tribunales nacionales aplicar la Convención ADH de acuerdo con la interpretación que la Corte IDH haya establecido (Cubides Cárdenas; Triana; Martínez Lazcano, 2015, p. 75).

**Organización institucional:** Versa sobre la existencia de asociaciones profesionales, revistas científicas, departamentos universitarios y centros de investigación propios.

La principal organización institucional en el ámbito interamericano es la OEA y sus órganos conexos:

- La Comisión IDH, que recibe peticiones e informes de violaciones a los derechos humanos y realiza visitas *in loco* para investigarlas.
- La Corte IDH, con jurisdicción contenciosa y consultiva sobre la aplicación e interpretación de la Convención ADH y otros tratados.

Estos órganos juegan un papel crucial en desarrollar el derecho procesal convencional interamericano, a través de:

Sus interpretaciones progresivas de los tratados, especialmente la Convención ADH.

---

8 Estas dos últimas fuentes complementan la jurisprudencia de los tribunales como medios para desarrollar un derecho convencional que evoluciona constantemente, pero de manera coherente, orientado por expertos independientes.

Su jurisprudencia vinculante que orienta la implementación de estándares en el derecho doméstico de los Estados parte.

Sus recomendaciones que impulsan reformas legales y prácticas encaminadas a garantizar el derecho y la justicia convencionales.

Otros actores relevantes incluyen los grupos de trabajo y los relatores temáticos e informes por país emitidos de la Comisión IDH sobre las medidas requeridas para corregir deficiencias legales y prácticas identificadas, así como advierten sobre problemas sistémicos que pueden representar violaciones masivas de derechos humanos, alentando soluciones comprensivas alineadas con los tratados.

La Asamblea General de la OEA, que adoptan resoluciones que también guían el desarrollo normativo progresivo del derecho interamericano.

En conjunto, estas instituciones conforman el SIDH, vehículo institucional para la construcción y aplicación del derecho procesal convencional interamericano.

**Profesionales especializados:** Es la existencia de expertos, estudiosos y profesionales que se dedican en exclusiva a esa disciplina.

Los principales profesionales especializados del SIDH son:

- Los jueces y relatores de la Comisión IDH y la Corte IDH: Abogados expertos en derechos humanos, con experiencia en casos litigados y en investigar violaciones. Su labor jurisprudencial y recomendaciones guía el desarrollo del derecho procesal convencional en la región.
- Los comisionados de la Comisión IDH: Abogados e investigadores sociales con amplio conocimiento de los tratados interamericanos y sus estándares, los que realizan informes por país y sobre cuestiones temáticas que orientan a los Estados miembros.
- Los expertos independientes: Académicos y consultores que colaboran con la Comisión IDH y la Corte IDH, especializados en áreas como: penal, migratorio, derechos de pueblos indígenas, etc. Contribuyen con su experiencia técnica para fortalecer las instituciones.

- Los representantes del Sistema ONU: Expertos de organismos como la OACNUDH,<sup>9</sup> ACNUDH<sup>10</sup> y de los órganos de tratados que aportan orientación técnica basada en jurisprudencia universal relevante.
- Los litigantes de casos: Abogados con expertis en derecho internacional que representan casos contenciosos ante los órganos del sistema, lo que ayuda a evolucionar la jurisprudencia.
- Un nuevo sujeto procesal para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas de violaciones de derechos humanos, que es el defensor interamericano, creado por la Corte IDH, que tiene como objetivo garantizar el acceso a la justicia de las presuntas víctimas de violaciones.

Entre estos profesionales, podemos identificar los más especializados capaces de guiar y promover la aplicación efectiva del derecho procesal convencional en la región, según los estándares vinculantes de la Convención ADH y otras fuentes del derecho interamericano.<sup>11</sup>

**Contribución a la solución de problemas jurídicos:** La disciplina debe tener la capacidad de abordar y contribuir a la solución de problemas jurídicos relevantes. Debe ser capaz de ofrecer perspectivas, análisis y propuestas que sean útiles para la comprensión y mejora del sistema jurídico, la protección de derechos y la resolución de conflictos.

El derecho convencional, representado por los convenios internacionales y tratados, puede realizar diversas contribuciones a la solución de problemas jurídicos a nivel internacional. Estas contribuciones pueden incluir:

- Establecimiento de normas y estándares internacionales: Los convenios internacionales y tratados suelen establecer normas y estándares que regulan las relaciones entre los Estados y otros actores internacionales. Estas normas abordan una amplia gama de temas, como los derechos humanos, el derecho humanitario,

9 La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, es una secretaría de la ONU con funciones de apoyo y asesoría técnica. Ayuda a los Estados y a las instituciones interamericanas en la implementación efectiva de los tratados internacionales de derechos humanos.

10 Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, es la máxima autoridad de la OACNUDH, es decir, desempeña el rol de Alto Comisionado. En la actualidad, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos es el sr. Volker Türk, de Austria, quien funge como figura pública, portavoz y representante de la OACNUDH.

11 Sobre el tema véase: Castro Escate, 2021.

el derecho del medio ambiente, el comercio internacional, entre otros. Al establecer reglas y principios comunes, el derecho convencional proporciona una base jurídica sólida para la solución de problemas en estas áreas.

- **Protección de derechos y promoción de valores:** Los convenios internacionales pueden desempeñar un papel fundamental en la protección y promoción de derechos humanos y valores fundamentales a nivel internacional. Estos tratados fundaron estándares mínimos de protección y garantías para los individuos, así como para grupos vulnerables y minoritarios. Se proporciona un marco legal que permita abordar y resolver problemas relacionados con la violación de derechos humanos, la discriminación, el trato de personas, el terrorismo y otros desafíos transnacionales.
- **Resolución de disputas y conflictos:** El derecho convencional puede incluir mecanismos de solución de controversias que permitan a los Estados resolver disputas y conflictos de manera pacífica. Estos mecanismos pueden incluir la negociación, la mediación, el arbitraje y el recurso a tribunales internacionales, como la Corte Internacional de Justicia o los tribunales internacionales especializados. Estos mecanismos ofrecen vías legales y estructuradas para abordar y resolver problemas jurídicos entre los Estados y fomentar la estabilidad y la paz internacionales.
- **Coordinación y cooperación internacional:** El derecho convencional también facilita la coordinación y cooperación entre los Estados en áreas de interés común. Los tratados pueden establecer mecanismos de intercambio de información, colaboración en investigaciones, asistencia mutua en el ámbito judicial, entre otros. Esto permite a los Estados trabajar juntos para abordar problemas jurídicos transnacionales, como el crimen organizado, el lavado de dinero, el tráfico de drogas o la protección del medio ambiente.
- **Influencia en la legislación nacional:** Los convenios internacionales pueden tener un impacto en la legislación nacional de los Estados parte. Al ratificar o adoptar un convenio, los Estados asumen la responsabilidad de implementar sus disposiciones en el ámbito interno. Esto puede necesitar la adopción de leyes y políticas nacionales coherentes con las obligaciones internacionales asumidas. De esta manera, el DPCIDH puede influir en la solución de problemas jurídicos a nivel nacional, promoviendo la armonización y la protección de derechos a nivel local.

**Producción de conocimiento original:** La disciplina debe generar conocimiento original y contribuir al avance del campo jurídico.

Esto implica la realización de investigaciones, la publicación de trabajos científicos en revistas especializadas, la participación en congresos<sup>12</sup> y conferencias para difundir y discutir los hallazgos.

La producción de conocimiento original en el DPCIDH se refiere a la generación de nuevos conocimientos, investigaciones y desarrollos teóricos dentro del ámbito del derecho convencional, el cual se centra en el estudio y análisis de los convenios internacionales y tratados que regulan las relaciones entre los Estados y otros actores internacionales.

La producción de conocimiento original en el DPCIDH implica varios aspectos:

- El análisis crítico de los convenios internacionales: Implica la revisión y el estudio crítico de los convenios internacionales existentes para identificar sus alcances, limitaciones y eficacia en la regulación de las relaciones entre los Estados y las poblaciones que están dentro de la jurisdicción que les corresponde. Esto puede incluir el análisis de la redacción de los convenios, la interpretación de sus disposiciones, el estudio de la jurisprudencia internacional relacionada y la evaluación de su aplicabilidad en contextos específicos.
- Investigación sobre la evolución y desarrollo de los convenios internacionales: La producción de conocimiento original en el DPCIDH también involucra investigaciones sobre la evolución histórica de los convenios internacionales, los procesos de negociación y adopción de tratados, así como su impacto en la comunidad internacional. Esto puede incluir el estudio de las diferentes etapas de desarrollo de un tratado, los debates en las organizaciones internacionales y la evolución de los principios y normas jurídicas aplicables.
- Identificación de lagunas y áreas de mejora: La producción de conocimiento original en el DPCIDH implica la identificación de lagunas y áreas en las que los convenios internacionales pueden ser mejorados. Esto puede incluir el análisis de los problemas prácticos que surgen en la implementación de los tratados, las deficiencias en la protección de los derechos humanos o las necesidades emergentes que no están adecuadamente abordadas por los convenios existentes.
- Propuestas y recomendaciones para fortalecer el derecho convencional: La producción de conocimiento original en el DPCIDH

---

12 Se han desarrollado ya 4 Congresos internacionales de derecho convencional: ANUIES. Concluye con éxito el Congreso Internacional de Derecho Convencional organizado por la UNACH (<https://tinyurl.com/39vjnbf7>) y UNACH. 4o. Congreso Internacional de Derecho Convencional 1a Jornada, (<https://tinyurl.com/jmuepe3n>).

implica la formulación de propuestas y recomendaciones para fortalecer y mejorar el sistema de convenios internacionales. Esto puede incluir la identificación de áreas en las que se requieren nuevos tratados, la propuesta de enmiendas a los convenios existentes o la sugerencia de mecanismos de implementación más efectivos.

Es importante destacar que la producción de conocimiento original en el derecho convencional se realiza a través de la investigación académica, la publicación de libros, artículos en revistas especializadas, la participación en conferencias y simposios, y el intercambio de ideas con otros investigadores y profesionales del derecho. Esto contribuye al avance y desarrollo del campo jurídico y a la mejora de la regulación de las relaciones internacionales a través de los convenios y tratados.

Baste ingresar a un buscador de información científica y escribir derecho convencional o Corte IDH o sistema interamericano, para ver la cantidad de artículos, libros e investigaciones que versan sobre este tema.

#### **4 PROGRAMA UNIVERSITARIO DEL DPCIDH A NIVEL LICENCIATURA**

El programa universitario del DPCIDH podría incluir una variedad de temas y asignaturas que aborden los diferentes aspectos del derecho procesal convencional de los derechos humanos, tales como:

1. Introducción al derecho procesal convencional de los derechos humanos: esta asignatura podría incluir una introducción al DPCIDH, su naturaleza, objeto de estudio, relación con otros campos del derecho y su relevancia en la protección de los derechos humanos.

2. Fuentes del derecho procesal convencional de los derechos humanos: en este tema se podrían abordar las fuentes del DPCIDH, tales como los tratados internacionales de derechos humanos, la jurisprudencia de los tribunales y órganos internacionales, y las normas y principios generales del derecho internacional.

3. Garantías procesales y derechos humanos: esta asignatura puede versar sobre el estudio de las garantías procesales en el ámbito del DPCIDH, tales como el derecho a un juicio justo, el derecho a la defensa y a un abogado, el derecho a la tutela judicial efectiva, la imparcialidad judicial, el derecho al debido proceso, entre otros.

4. Procedimientos en el ámbito del DPCIDH: en esta asignatura se podrían abordar los diferentes procedimientos disponibles para la protección

de los derechos humanos en el ámbito del DPCIDH. Esto incluye el estudio de los procedimientos de petición y denuncia ante los órganos internacionales de derechos humanos, los procedimientos de supervisión y seguimiento de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, así como los recursos de protección internos y la relación entre los procedimientos nacionales e internacionales de protección de los derechos humanos.

5. La relación entre el DPCIDH y el derecho interno: esta asignatura podría plantearse en el estudio de la relación entre el DPCIDH y el derecho interno, incluyendo el estudio de la incorporación de los tratados internacionales de derechos humanos al derecho interno, la interpretación y aplicación de las normas internacionales de derechos humanos por los tribunales internos, y la relación entre el DPCIDH y el derecho procesal constitucional.

6. Derechos humanos y procesos de transición: esta asignatura podría abordar la política transición y la protección de los derechos humanos en diversos contextos, incluyendo el estudio de los procesos de verdad, justicia y reparación, y la protección de los derechos humanos en contextos de conflicto armado o violencia política.

Estos son solo algunos ejemplos de los temas que podrían formar parte del programa universitario del DPCIDH. Es importante destacar que este programa debería ser diseñado de manera que permita a las/los estudiantes adquirir un conocimiento sólido y actualizado sobre este ámbito jurídico, y prepararlos para enfrentar los desafíos que plantea la protección efectiva de los derechos humanos en el mundo actual.

## 5 CONCLUSIONES

Abordar de forma autónoma el DPCIDH ayuda a fomentar una cultura robusta de derechos humanos, desde las siguientes perspectivas:

- El enfoque jurídico convencional requiere una mirada genuinamente garantista y evolutiva, centrada en la protección de las personas más que en un formalismo rígido.
- Esto implica superar enfoques dogmáticos excesivamente preocupados por la forma en detrimento del fondo, dejando de lado la parte sustantiva.
- Al enfocarnos en la implementación efectiva de estándares internacionales, debemos dar prioridad a los objetivos de avanzar en la protección a nivel individual y colectivo.

- La academia cumple un rol indispensable para formar a los nuevos profesionales del derecho en estas perspectivas garantistas, humanizadoras e innovadoras.
- Solo si operadores jurídicos, defensores de derechos humanos y profesiones afines desarrollan estas herramientas conceptuales, se podrá cumplir plenamente la tarea fundamental de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos fundamentales.
- El enfoque autónomo del DPCIDH ayuda a fomentar la necesaria cultura de derechos humanos, superando miradas formalistas y favoreciendo el desarrollo de herramientas innovadoras desde la academia.
- La importancia del DPCIDH rebasa con creces el valor teórico, el abordaje autónomo incide positivamente tanto en la teoría como en la práctica de protección de derechos humanos.
- Solo al comprender cabalmente el potencial impacto concreto que este enfoque puede tener en la labor cotidiana de operadores jurídicos, autoridades y defensores, es factible valorar plenamente las ventajas de dotarlo de autonomía científica.
- Los abogados y defensores de derechos humanos son algunos de los profesionales que pueden beneficiarse del estudio del DPCIDH, y con ello, también las víctimas. Al presentar casos contenciosos ante los órganos del SIDH, pero exigir el cumplimiento directo en las instituciones nacionales por medio del control difuso de convencionalidad, y promover la aplicación efectiva en la región, de acuerdo con los estándares vinculantes de la Convención ADH y otras fuentes del derecho interamericano.
- Por lo tanto, un estudio autónomo del DPCIDH podría proporcionar una herramienta valiosa para comprender y difundir mejor las normas y estándares de derechos humanos establecidos en los tratados internacionales. Esto permitiría a los abogados y defensores de derechos humanos estar mejor preparados para proteger los derechos de las víctimas y promover una mayor justicia en la región.
- El programa universitario del DPCIDH a nivel licenciatura que se propone, es importante mejorarlo mediante el debate académico con aspiraciones prácticas, el presentado representa un punto de partida.
- En resumen, el DPCIDH contribuye a la solución de problemas jurídicos necesarias normas, protección de derechos, mecanismos de resolución de disputas, coordinación internacional e influencia en la legislación nacional. Estas contribuciones abordan desafíos globales y promueven la paz, la estabilidad y la justicia.

## REFERENCIAS

ALCALÁ, Humberto Nogueira. El uso del derecho convencional internacional de los derechos humanos en la jurisprudencia del tribunal constitucional chileno en el periodo 2006-2010. **Revista Chilena de Derecho**, v. 39, n. 1, p. 149-197, 2012. Recuperado de <https://tinyurl.com/5rmhsyp5>.

ANUIES. **Concluye con éxito el Congreso Internacional de Derecho Convencional organizado por la UNACH vía plataforma digital**. Recuperado de <https://tinyurl.com/39vjb7>.

BARRIGA, Omar; HENRÍQUEZ, Guillermo. La presentación del objeto de estudio. Cinta de Moebio, **Revista de Epistemología de Ciencias Sociales**, n. 17, p. 77-85, 2003. Recuperado de <https://tinyurl.com/4wad6d5j>.

BIDART CAMPOS, Germán J. **Teoría General de los Derechos Humanos**. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1993.

CASTRO ESCATE, Mara Yadira. **El defensor interamericano como garantista del debido proceso en la corte interamericana de Derechos Humanos**. Tesis. Perú: Universidad Peruana de los Andes, 2021. Recuperado de <https://tinyurl.com/bdcuepxf>

CUBIDES CÁRDENAS, Jaime Alfonso, TRIANA, Nathalia; MARTINEZ LAZCANO, Alfonso Jaime. El control de convencionalidad: retos y pugnas. Una explicación taxonómica. **Revista Academia & Derecho**, v. 6, n. 11, p. 53-94, 2015. Recuperado de <https://tinyurl.com/2xh2xabt>

GOOGLE ACADÉMICO. Recuperado de <https://scholar.google.es/>

GRACÍA MARTÍNEZ, Rosendo. **Metodología de la investigación**, México: Trillas, 2015.

IBÁÑEZ, Juna María. **Manual auto-formativo para la aplicación del control de convencionalidad dirigido a operadores de justicia**. San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2015.

LAZCANO, Alfonso Jaime Martínez; SOULE, Hugo Carrasco. Sistematización del Derecho Convencional, **Mundo Jurídico UDLA**, v. 2, n. 1, 2017. Recuperado de <https://tinyurl.com/2hu9d3nk>

MARTIS, Leonardo. **Convención Americana sobre de Derechos Humanos comentada**, México: SCJN, 2014. Recuperado de <https://tinyurl.com/2atm5c4f>

OMPI, **Glosario de términos relacionados con los tratados**. Recuperado de <https://tinyurl.com/4ke7yh94>

ROMERO-PÉREZ, Xiomara Lorena. **Derecho convencional de los tratados**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015.

UNACH. **4o. Congreso Internacional de Derecho Convencional 1a Jornada**. Recuperado de <https://tinyurl.com/jmuepe3n>.





# DEMOCRACIA, REDES SOCIAIS E FAKE NEWS: A QUALIDADE DE NOSSA DEMOCRACIA NO AMBIENTE VIRTUAL

ANTONIO CELSO BAETA MINHOTO<sup>1</sup>

---

## 1 INTRODUÇÃO

O universo digital ou virtual é hoje uma realidade incontornável em nossa sociedade. Não se concebe mais possamos de algum modo abrir mão ou, ainda menos, regredir neste campo. Diz-se haver uma grande expansão da própria ideia de democracia no ambiente virtual, afinal, se a democracia se torna mais e mais robusta quanto mais forem as vozes nela incluídas, possibilitar essa manifestação em larga escala deve ou deveria ser um ganho neste sentido.

A realidade, contudo, parece colocar em xeque essa certeza. Se nos voltamos de modo especial para as redes sociais, vemos muitas manifestações, contudo, há relevância? Falar e escrever, ou postar imagens, filmes e “memes”, pode ser expressão de grande liberdade, contudo, não necessariamente significa grande participação. A busca por seguidores, curtidas, compartilhamentos ou comentários pode ser enganosa também, afinal, aferir essa repercussão e também seus efeitos – permanentes ou passageiros – parece ser tarefa igualmente tormentosa.

---

1 Doutor em Direito Público pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru, SP; Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, SP; Professor do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Libre de Bogotá, Colômbia; Professor convidado das Universidades de Liège e Leuven, na Bélgica, e Anahuac, na Cidade do México; Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Cruzeiro do Sul, sistema EaD; advogado atuante e autor de obras jurídicas. E-mail: antonio@baetaminhoto.com.br.

De todo modo, no modelo tradicional de comunicação, haviam veículos que podemos qualificar de oficiais ou ao menos formalizados de disseminação das notícias e mesmo das opiniões. Esses veículos gozavam de alguma confiabilidade e boa-fé por parte das pessoas em geral. Num ambiente virtual, contudo, em que todos podem falar, escrever e postar praticamente qualquer coisa, essa confiabilidade se esgarça e abrem-se as portas não apenas para a irrelevância do divulgado, ou postado, mas também quanto a sua veracidade.

Entram em cena as *fake news*. E aqui não se trata de uma simples inverdade, mas de uma inverdade qualificada e direcionada a um objetivo, se trata de uma ferramenta inserida na arena democrática e cuja função se bifurca em ao menos duas principais: **a.** atingir politicamente um adversário e; **b.** criar fatos favoráveis, porém inexistentes, em favor do criador das *fake news*.

Sobre os pontos acima se dedicam as linhas a seguir dispostas. O tema é momentoso e extremamente polêmico e, bem por isso, nem se precisaria observar, façamo-lo, porém, mesmo sob às penas da redundância: não tem o presente estudo a pretensão de esgotar o assunto, porém apenas ser uma salutar provocação a uma ampliação no arco de considerações no contexto deste importantíssimo debate contemporâneo.

## 2 UNIVERSO DIGITAL: ONDE APORTAMOS O NOSSO BARCO CONTEMPORÂNEO?

Podemos indicar como um universo digital toda a rede mundial de computadores, a *internet*, assim como podemos ajustar o foco, dentro deste universo bastante vasto, para as chamadas “redes sociais”, verdadeiras praças virtuais onde se compartilham visões, opiniões, sentimentos, impressões, objetivos e valores, ou mesmo a ausência destes últimos.

Como uma manifestação social, não se pode qualificá-la propriamente de boa ou má, excelente ou ruim. Cabe, sobretudo, analisá-la. Tal como ocorrido com o fenômeno da globalização – inevitável para uns e deletéria para outros – aqui também quadra mais investigar que criticar ou aderir, pura e simplesmente<sup>2</sup>.

---

2 Sobre a questão da globalização e sua alegada inevitabilidade, Renato Ortiz comenta o seguinte: “O que constatamos é que nas condições atuais, um grande complicador vem do fato de que a globalização é frequentemente considerada uma fatalidade, baseada num exagerado encantamento pelas técnicas de ponta e com negligência

Há aspectos claramente positivos não somente em relação à *internet*, bem como relacionados às redes sociais. Essa grande ágora permite o conhecimento de fatos de modo imediato, assim como a disseminação desses fatos igualmente de modo imediato.

É positivo, por um lado, torna, contudo, as relações tão friáveis e efêmeras quanto o ritmo das informações, com fatos e opiniões transitando freneticamente, e constantemente, neste ambiente virtual. É o chamado mundo *online* e a sociedade a ele correspondente, aquela nomeada de líquida por Zygmunt Bauman<sup>3</sup>.

O chamado universo ou mundo digital poderia ser visto como uma espécie de *Shangri-lá* do direito à livre expressão tomado num sentido amplo (pensamento, opinião, informação, ser informado, informar, crítica). Há de fato quem mostre uma visão entusiasmada com esse novo ambiente, concebendo-o mesmo como vital à democracia ou como algo vindo para robustecer, patrocinar e estimular a participação popular na vida social:

No cabe duda de que las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) e Internet facilitan la puesta en funcionamiento de los sistemas políticos democráticos. Aquí vamos a presentar tres ejemplos que lo prueban inequívocamente. Uno está referido al auxilio a la elección de los representantes políticos. Otro se refiere al acceso de los ciudadanos a los servicios públicos por medios electrónicos (Ayuda, 2012).

E pode mesmo o ser, mas seguramente não é só isso e mesmo se nos tivermos somente ao exercício desse direito, já teremos material de sobra para refletir sobre preocupantes consequências de seu mau uso, ou de seu uso regular, contudo não exatamente como previsto ou projetado primitivamente, em desfavor justamente da democracia e do Estado de Direito.

É razoavelmente clara a construção de um espaço virtual de exposição de ideias, de modo especial nas redes sociais, como mencionado

---

quanto ao fator nacional, deixando-se de lado o papel do território utilizado pela sociedade como um seu retrato dinâmico (...) É muito difundida a ideia segundo a qual o processo e a forma atuais da globalização seriam irreversíveis. Isso também tem a ver com a força com a qual o fenômeno se revela e instala em todos os lugares em todas as esferas da vida, levando a pensar que não há alternativas para o presente estado de coisas". (Ortiz, 1994, p. 34).

3 Bauman observa as redes sociais e em tom crítico indica que "tudo é mais fácil na vida virtual, mas perdemos a arte das relações sociais e da amizade". (Zygmunt, 2001, p. 45).

acima. Essa espécie de “ágora virtual”, contudo, não se desenvolve sobre regras claras, sendo em algumas situações algo inclusive sem regra nenhuma. Isso torna as redes sociais e a *internet* um território de convivência rica, porém igualmente tempestuosa, servindo como um canal de projeção de ações ou iniciativas nobres, assim como há pleno espaço para discursos de ódio, discriminação e ideias de baixa extração.

Num estudo sobre o tema, uma pesquisadora comenta justamente sobre este particular, lembrando que o conceito “de catarse cibernética configura a construção de relatos performáticos em plataformas digitais”, prossegue ela, “a exemplo do Facebook, Twitter, Instagram, expõem emoções, atividades diárias, opiniões e afins produzidos pelos próprios usuários”.

A mesma pesquisadora ainda explica serem tais relatos “chamados de postagens (post) e contemplam os mais diversos eventos: a publicitação de ideias ou de simples opiniões, narrativas de assalto ou acidente, comunicação sobre a perda de um ente querido ou sobre o fim do namoro”, bem como, “indignação com a política e a violência, manifestações contrárias às diversas formas de preconceito, exteriorização de sentimentos de ódio, entusiasmo, medo, intolerância, entre outras” (Silva, 2018, p. 83)<sup>4</sup>.

Há uma premissa de fundo ligada à *internet*, notadamente em relação às redes sociais cibernéticas, com clara adesão à ideia fundante de democracia: se a manifestação de mais e mais vozes, se a expressão dos pensamentos, ideias, concepções, propostas, é algo positivo a qualquer democracia, isso também o será, talvez ainda mais, no ambiente cibernético da rede de computadores que, desse modo, pode ser criticada por vários aspectos ou por várias razões, contudo, inegavelmente deu espaço de manifestação a muitos, a milhares, a milhões, a bilhões até.

Dar voz, contudo, significa ser ouvido? Gilles Delleuze não é o único, mas certamente é um dos mais destacados críticos dessa condição de pretensa ou suposta liberdade, muito mais assemelhada a uma prisão nesta linha de concepção. Justamente por isso o filósofo em questão, já em 1995, há quase três décadas, portanto, observava que a dificuldade hoje...

não é mais que não podemos expressar livremente nossas opiniões, mas criar livres espaços de solidão e silêncio em que encontremos algo a dizer. As forças repressivas não nos impedem de expressar nossa opinião. Ao contrário, elas até nos obrigam a isso.

---

4 Recomenda-se ainda a leitura de interessante artigo sobre o tema: Rothenburg; Stroppa, 2015.

Que libertação é ao menos uma vez não ter que dizer nada e poder ficar em silêncio, porque só então temos a possibilidade de criar algo cada vez mais raro: algo que realmente valha a pena ser dito. (Delleuze, 1995, p. 121).

Byung-Chul Han comenta sobre o ora exposto, criticando, assim como Delleuze, a ilusória liberdade de manifestação das pessoas, em verdade uma nova e sofisticada forma de aprisionamento em sua opinião. Ele, contudo, localiza no capitalismo e no neoliberalismo a raiz dessa condição por ele nomeada de *servidão absoluta e voluntária*.

Para Han, “o capital gera as suas próprias necessidades, que erroneamente percebemos como se fossem nossas (...) o neoliberalismo transforma o cidadão em consumidor. A liberdade do cidadão cede diante da passividade do consumidor” e segue o autor em tela analisando influências desse novo ambiente sócio-cultural-econômico sobre a vida política, sendo esta como que fagocitada por essa nova ordem, daí porque, atualmente,

o eleitor enquanto consumidor não tem nenhum interesse real pela política, pela formação ativa da comunidade. Não está disposto a um comum agir político, tampouco é capacitado para tal. O eleitor apenas reage de forma passiva à política, criticando, reclamando, exatamente como faz o consumidor diante de um produto ou de um serviço de que não gosta. Os políticos e os partidos seguem a mesma lógica do consumo. Eles têm que fornecer. Com isso, degradam-se a fornecedores, que têm que satisfazer os eleitores como consumidores ou clientes. (Han, 2018, p. 16-21).

As pessoas são estimuladas a se a manifestar, a falar, escrever, expor as suas preferências em todos os campos, comida, viagens, sexualidade, afetividade, vida intelectual, cinema, teatro, política, isso tudo, no entanto, significa participação? Claramente não.

### **3 UNIVERSO DIGITAL – 2ª PARTE: QUEM É, AFINAL, LIDO, VISTO, OUVIDO, SEGUIDO E CONSIDERADO? A SEDUÇÃO DOS DISCURSOS E TEORIAS SIMPLISTAS E/OU CONSPIRATÓRIAS**

O tópico presente é claramente um desdobramento do anterior. É atraente, e traz um toque de um certo romantismo político, nomear

o mundo virtual, notadamente as redes sociais, de “ágoras universais”, como transcrevemos acima.

Diferente, contudo, da ágora ateniense, em que poucos no fim das contas poderiam se manifestar, mas ao menos eram ouvidos, temos agora um espaço com muitas vozes, porém, com questionável relevância e principalmente com, por vezes, baixa ou nenhuma audição pelos compartilhadores daquele espaço e daquele momento.

E isso, inclusive, pode ter conexões mais ou menos evidentes justamente com os discursos ou com as ideias a serem evitadas, vinculadas a discriminação, desprezo, ódio ou mesmo simples indiferença.

Sentindo-se apartado daquela comunidade por não ser de fato ouvido, sendo apenas escutado e tolerado, o indivíduo deixa, ou pode deixar, ele também de nutrir qualquer apreço por aquela oportunidade de manifestação e passa a ver nela apenas um canal limitado de veiculação de seus afetos mais primitivos e grosseiros.

O sujeito é mantido numa condição de permanente manifestação ou, ainda melhor, de necessidade de manifestação, porém, essa quase sempre se revela um grande vazio, uma interação fugidia, circunstancial, pontual, episódica, muitas vezes uma oportunidade de realizar algum de tipo de procedimento catártico, de exorcizar frustrações, ressentimentos e mesmo ódio especialmente sobre o outro e ainda mais especialmente sobre o pensamento alheio, seus sentimentos e proposições ao mundo, notadamente quando divergentes do sujeito manifestante.

Desse modo, a tão criticada polarização presente nos debates político-ideológicos de um modo geral, é apenas uma consequência natural dentro desse contexto. Se o indivíduo não é de fato ouvido e considerado, sua tendência, de certo modo natural, será a de buscar acolhimento em algum grupo cujo pensamento e visão de vida sejam similares às suas, fazendo parte desse processo de acolhimento, nada obstante, uma espécie de *pacto silencioso*, conquanto perfeitamente compreensível pelos participantes daquela situação: o prazer de se sentir parte integrante de um grupo exige a adesão incondicional e completa às ideias desse grupo. A divergência, mesmo sem rompimento, não é, portanto, uma opção.

Tomemos como exemplo ilustrativo um dos fenômenos mais marcantes de nossa contemporaneidade, o chamado *negacionismo*. Conceitualmente, e de modo bastante sucinto, é a negação da realidade, ou de certos aspectos ou fatos a ela relacionados, estimulada pela pouca ou nenhuma disposição em aceitar uma verdade desconfortável ou simplesmente desafiadora.

Rechaça-se uma realidade empiricamente verificável, rejeitando-se assim conceitos básicos, incontestáveis e fundamentados em consenso científico, em prol de ideias extremistas, controversas ou simplesmente bizarras, porém geradoras de uma determinada situação de conforto.

O negacionista se mostra impermeável a qualquer tipo de ponderação de ideias ou argumentos potencialmente – mesmo remotamente – capazes de colocar em xeque as suas certezas. No fundo é um mecanismo de defesa, de auto-preservação do indivíduo cuja verdade, mesmo relativa, é por vezes todo o seu alicerce como ser. Diethelm e McKee observam o seguinte:

Os negacionistas são movidos por uma série de motivações. Para alguns, é ganância, atraída pela generosidade corporativa das indústrias de petróleo e tabaco, por exemplo. Para outros, é ideologia ou fé, fazendo com que rejeitem qualquer coisa incompatível com suas crenças fundamentais. Finalmente, há excentricidade e idiosincrasia, às vezes encorajadas pelo status de celebridade conferido ao rebelde pela mídia. (Diethelm; McKee, 2009, p. 2-4).

Os mesmos autores acima mencionados ainda comentam sobre a impossibilidade frequente de se estabelecer um debate profícuo de fato com um negacionista, argumentando haver numa manifestação como esta, um debate ou mesmo um diálogo, o pressuposto de uma mútua aceitação de certas regras e de um discurso significativo, sendo este “impossível quando uma das partes rejeita essas regras” (Diethelm; McKee, 2009, p. 2-4).

Também comentando sobre o tema ora exposto, a antropóloga Eugenie Carol Scott traz o exemplo bastante conhecido dos defensores da teoria da terra plana (*flat earth theory*), vendo neste grupo um exemplo de “teologia extrema bíblico-literalista: a terra é plana porque a Bíblia diz que é plana, independentemente do que a ciência nos diz” (Scott, 1997, p. 263-289).

Os defensores de uma teoria como essa, se bem analisada a questão, nem mesmo querem debater ou conversar de fato a respeito. É algo posto de modo binário: aceitação ou não aceitação; adesão ou não adesão. Os aderentes imediatamente passam a fazer parte de uma comunidade de pessoas comungantes à certas e determinadas ideias – se poderia mesmo dizer pré-determinadas – e os não aderentes são os dissonantes, seres a serem catequisados/convencidos/convertidos, ou então combatidos.

Vemos aqui como a questão das regras de um debate racional são inúteis no caso, pois o argumento utilizado pelos negacionistas é incon-

trastável com qualquer evidência científica em sentido oposto ao que se possa trazer ou alegar.

Dentro do contexto ora exposto, um exemplo a ser considerado por sua centralidade é o negacionismo em torno da COVID 19, mais especificamente do seu tratamento. Devemos neste ponto, para fins ilustrativos, retroceder ao início do século XX quando o conhecido médico e sanitarista Oswaldo Cruz enfrentou no Rio de Janeiro epidemias de peste bubônica, febre amarela e varíola.

Em relação à primeira, e diante do insucesso de uma *campanha de conscientização*, Cruz adotou uma saída simples, eficiente, bastante perspicaz: passou a comprar os ratos, grandes vetores da doença, da população. Rapidamente a epidemia retrocedeu. Em relação à segunda, houve uma ação oficial maciça com carroças pulverizadoras para acabar com os focos do mosquito, procedimento utilizado até hoje com sucesso para combater o *aedes aegypti*<sup>5</sup>.

Em relação à varíola, contudo, a resistência da população foi grande. Como a vacina para tal doença se baseava na inoculação do vírus em vacas para depois, a partir do sangue destes animais, produzir a vacina para humanos, houve a formação de um grande temor na sociedade em geral.

Não se compreendia o mecanismo e o medo campeou. Esse ambiente se extremou com a edição da lei nº 1.261, de 31 de outubro de 1904, cujo teor obrigava a população a ser vacinada, gerando um contramovimento conhecido como *Revolta da Vacina*.

Estamos com o exemplo acima, contudo, nos referindo ao início do século XX e a uma cidade, o Rio de Janeiro, com uma situação sanitária extremamente precária naquele momento. Compreende-se, ao menos em boa medida, a resistência calçada no desconhecimento, na ignorância, a um tratamento eficaz para uma doença mortal. Como explicar, contudo, a existência de movimentos anti-vacinais e também de movimentos negacionistas em relação à COVID 19 em pleno século XXI?

Essa surpresa é compartilhada por Kenneth Camargo Junior quando este faz um paralelo entre o momento histórico acima indicado e o atual: “em circunstâncias históricas anteriores, grande parte desta resistência podia ser atribuída à ignorância sobre as vacinas ou a sua eficácia. A existência de tais movimentos em países com populações altamente instruídas na véspera da terceira década do século XXI é mais difícil de compreender”. (Camargo Júnior, 2020).

5 Para um melhor entendimento do tema, ver: Asanuma; Naiwerth, 2020.

Neste ponto vemos como os fenômenos negacionista e anti-vacinal se inter cruzam com as *fake news*, afinal, toda a sorte de inverdades, distorções e invenções no pior sentido do termo – são criadas com o fito de reforçar crenças e pré-compreensões profundamente arraigadas em parte da população, envolvendo desde teorias de uma criação deliberada do Coronavírus em laboratórios chineses, até a nomeação das vacinas vindas da China de “*vachinas*”, termo viralizado na *internet*, criando-se inclusive teorias conspiratórias tais como a implantação de um *chip* de controle comportamental naqueles submetidos à vacinação<sup>6</sup>.

Parece realmente haver uma força bastante considerável, para as pessoas em geral, de modo a tornar mais atraente a afirmação ou reafirmação de suas crenças – mesmo sem qualquer comprovação, ou mesmo indício de veracidade – ao invés de aceitar uma verdade aparentemente fora dos limites de suas compreensões, pouco importando esteja ela fundamentada em dados objetivos.

#### 4 O FENÔMENO DAS FAKE NEWS E A DEMOCRACIA

Em acréscimo ao já exposto, uma das mais candentes e contemporâneas questões a inter cruzar a democracia e o ambiente virtual, ou digital, é o fenômeno das *fake news*. Um ponto central na análise desse tema é buscar responder por que a ideia de uma notícia falsa é tão atraente para muitos, a ponto de ser disseminada de maneira absolutamente ilimitada e, mais ainda, muitas vezes estando claro o seu caráter inverídico ou ao menos de distorção de um fato.

É atualmente uma manifestação inegavelmente forte, onipresente, de incrível aceitação, muito embora se possa imaginar o oposto. É uma ideia forte por ser universal? Pouco provável. O Esperanto, a chamada

---

6 A teoria do *chip* na vacina surgiu ainda na campanha presidencial norte-americana de 2020. Àquela altura, Donald Trump havia se infectado com o Corona vírus, COVID 19, e um radialista de nome Charlamagne Tha God, afirmou que tudo era parte de um grande plano, pois Trump se vacinaria, isso estimularia a vacinação e o *chip* vacinal seria implantado em toda a população, inclusive com objetivos eleitorais. Note-se que ainda hoje os EUA são um exemplo de país com ainda grandes resistências da população à vacinação contra a COVID 19. Conferir texto de Srisankarajah, 2021. A edição digital do “El País” noticiou, em 21 de agosto de 2021, numa reportagem intitulada “Os Estados Unidos que não se vacinam e mais se contagiam”, a intensa dificuldade de se convencer os norte-americanos a se vacinarem, sendo que em alguns estados, como a Louisiana, “metade de sua população permanece sem a imunização por medo, negligência ou rejeição ao Governo”.

“língua universal”, uma louvável tentativa de unificar toda a humanidade sob uma linguagem única, fracassou, e seu caráter geral universalizante não impediu esse malogro.

Muito embora se diga ser uma língua falada em 120 países<sup>7</sup>, na verdade é muito mais uma manifestação diletante de alguns cultores dessa iniciativa, sem maiores impactos práticos nas vidas cotidianas das pessoas. Não há manuais técnicos, versões das constituições, cultos religiosos e nada mais manifestado em esperanto, sequer de tempos em tempos.

É preciso existir uma identificação com determinados valores para uma ideia, a uma, se estabelecer; a duas; ser aceita numa razoável medida; a três, se disseminar e; a quatro, ser de algum modo prestigiada.

Nada obstante, o olhar sobre as *fake news* como objeto de estudo deve ser isento de valorações morais, caso contrário se perde o foco de buscar saber por que estão aí e tem tanta força. Não se pode transformar pesquisa, atividade necessariamente fundada em análise, numa espécie de tribunal moral ou mesmo num apanhado de exortações. É preciso, acima de tudo, entender o fenômeno em apreço.

Victor Hugo, em uma frase sua multicitada, lembra que “nada é tão forte quanto uma ideia cujo tempo chegou” e o mago dos computadores, Steve Jobs, dizia: “as pessoas não sabem o que querem até que você mostre a elas.” Parece ser plenamente possível encaixar nestes enunciados as *fake news*, tanto para mostrar a sua força como para entender o preenchimento, por este fenômeno, de uma necessidade, até mesmo de uma carência nas pessoas.

O início de uma notícia falsa é, necessariamente, doloso. Não se imagina a produção de uma notícia sobre um fato inexistente ou a distorção sobre um fato existente, sem haver intenção de seu produtor – seja quem for – quanto a esse caráter irreal.

Quem faz ou pratica aquele ato tem, portanto, consciência de sua falsidade. Já aquele a quem se direciona essa “notícia” e chega a disseminá-la, via de regra, age de modo culposo, considerando-se não haver de sua parte conhecimento e consciência do caráter falso ou inverídico daquela manifestação.

---

7 O sítio eletrônico da associação internacional de esperanto ([https://uea.org/info/pt/kio\\_estas\\_uea](https://uea.org/info/pt/kio_estas_uea)) registra a presença de falantes dessa língua em 120 países, ou representantes da associação nestes países todos, algo a passar bem ao largo de um acolhimento do esperanto como língua alternativa pelas populações e governos desses países.

Essa regra da “não intenção” pode ser relativizada e no meio ideológico-político isso se dá com alguma frequência. A neutralidade intencional pode ceder espaço a um certo viés utilitário, uma avaliação de conveniência, levando o receptor da notícia falsa à sua aceitação e disseminação como algo sabidamente falso, porém alinhado ou sintonizado com suas próprias ideias e valores.

Esse eventual dolo na aceitação se encontra vinculado a outro aspecto, o da identificação. Esse caráter de “utilidade”, assim, se manifesta com relação a uma determinada gama de valores, sentimentos, percepções, impressões, interesses, desejos, em relação aos quais o receptor da mensagem cria uma identificação. Ter este elemento em conta é fundamental para se entender porque um relato inverídico, por vezes sabidamente inverídico, é aceito e disseminado.

Essa identificação pode se dar tanto em relação a algo bastante objetivo, quanto a um sentimento, um desejo, uma visão de mundo, itens mais subjetivos. Neste sentido, a “notícia” é recebida e, mesmo sabedor da inverdade daquela manifestação, ou de sua distorção em relação aos fatos realmente ocorridos, teremos, nesta hipótese, a assunção, pelo receptor, de sua consciente aceitação, recepção e repasse.

As *fake news* são organizadas em fases bem claras e distintas, muito embora obviamente conectadas entre si: intenção (ou concepção), criação, aceitação (identificação) e disseminação. E, como já observado, se nas fases de intenção e criação o dolo é elemento indissociável, nas fases de aceitação e disseminação, ele poderá estar presente ou não. Esquemáticamente temos o seguinte quadro expositivo:

<b>FAKE NEWS</b>	<b>Fase 1.</b>	<b>Intenção</b> ou concepção (dolo)	Criador/Iniciador
	<b>Fase 2.</b>	<b>Criação</b> (dolo)	
	<b>Fase 3.</b>	<b>Aceitação</b> (sujeito passivo/ ativo)	→ por imaginar ser verdadeiro (culpa) → por saber ser falso, mas “útil” (dolo)
	<b>Fase 4.</b>	<b>Disseminação</b> (sujeito passivo/ ativo)	→ por imaginar ser verdadeiro (culpa) → por saber ser falso, mas “útil” (dolo)

Já vimos anteriormente, neste mesmo estudo, a questão das teorias conspiratórias, ou simplesmente alternativas, como “zonas de conforto ideológico” para quem as cria e/ou adota, e eventualmente também as dissemina. Para aqueles inseridos no campo dos disseminadores dolosos de *fake news*, entender por que o fazem não é difícil. Há algum ganho, seja financeiro, ideológico e até mesmo pessoal, de projeção de seu próprio nome, de vaidade. Mas dentre aqueles outros cuja ação é culposa, resultado de falta de reflexão ou cuidado com o disseminado, uma grande interrogação surge.

Em entrevista ao portal eletrônico Sapo, de Portugal, a psicóloga e professora Daniela Nogueira, tendo estudado o tema do ponto de vista mais subjetivo e psicológico, começa afirmando que a crença em “notícias falsas tem muito mais a ver com o coração do que com a cabeça” e prossegue, destacando ainda esse comportamento no contexto da pandemia da COVID 19:

Todos os seres humanos têm uma necessidade de encontrar explicações para o que nos acontece, isso permite-nos construir uma narrativa que dá coerência à nossa identidade. Perante um acontecimento desconhecido e imprevisível as emoções que emergem habitualmente são o medo e a tristeza, e a forma como respondemos para diminuir o desconforto suscitado por não conseguir arranjar explicações para o que está a acontecer, será pela aceitação de informação (mesmo que falsa) pois dá-nos uma sensação de segurança e de algum controlo da situação. Está assim aberto o caminho para o desenvolvimento das fake news e teorias da conspiração, que, no contexto da pandemia atual, nunca antes experienciado, torna-nos a todos potenciais alvos e potenciais disseminadores de notícias falsas. Não existem tipos de pessoas que acreditam e outras que não acreditam, pois as emoções são universais. (Santos, 2021).

E conclui a psicóloga:

Ora, as notícias falsas mostram, assim, ‘um caminho alternativo’ (ainda que infundado), onde identificam as alegadas ameaças e as contrariam, permitindo assim aumentar a percepção de controlo que foi abalada. Tendemos a atribuir responsabilidade de acontecimentos negativos aos outros, como forma de neutralização da ameaça, o que nos ajuda a manter uma imagem positiva de nós

próprios e do seu grupo de pertença, e as culpas são atribuídas aos outros e no seio destes grupos a opinião cristaliza-se, mesmo que muito distante da realidade. (Santos, 2021).

Alguém, exemplificativamente, cujas crenças o levam a acreditar estar ele e o restante da humanidade vivendo numa realidade paralela, uma espécie de “*matrix*”, havendo assim a necessidade premente de um despertar coletivo, naturalmente se sentirá atraído por teorias similares como as de extraterrenos ocupando postos de poder sob disfarces variados, a da “Terra plana”, “Terra oca” ou ainda “Lua oca”, mensagens cifradas em desenhos e filmes, governos ocultos, abduções extraterrenas, dentre outras mais, cujo conteúdo, para pessoas com esse perfil, não é exatamente o mais relevante, porém sim o caráter misterioso, desconhecido do “homem comum” e cuja revelação está reservada somente para os suficientemente preparados e fortes para aceitar “*a verdade*”.

Para o ambiente das *fake news*, a estrutura não é tão distinta do acima exposto. Bem de se ver, é bastante semelhante, muito embora com suas nuances e características peculiares, próprias. A fim de ilustrar o ora exposto, bem como estabelecer um liame com a democracia, temos na eleição presidencial brasileira de 2018 um grande e ilustrativo laboratório de concepção, criação, aceitação e disseminação de notícias falsas.

Na reta final da campanha presidencial em foco, houve a disseminação de publicações veiculadas especialmente via aplicativo *WhatsApp*, dando conta de que o adversário de Jair Bolsonaro, Fernando Haddad, quando ministro da educação, teria criado e distribuído um certo “*kit gay*”, composto de livros com temática homossexual direcionados ao público infantil, contendo ainda uma abordagem erotizadora das crianças.

Justamente por ser isso uma inverdade, o TSE determinou a retirada das redes sociais de todas as páginas cujos conteúdos tratassem deste tema (Pina, 2018). Mas, os danos à imagem do candidato envolvido no episódio já estavam presentes. Quando da retirada, estima-se ter sido dita notícia compartilhada por no mínimo 63.000 pessoas (Barragán, 2018). Se dimensionamos isso geometricamente, algo bastante natural em se tratando de redes sociais com uma pessoa possuindo diversos contatos, páginas, perfis e até *blogs*, vemos o tamanho ou a proporção tomada por algo dessa natureza.

Na mesma campanha em questão, ofertava-se a imagem da atriz Beatriz Segall, falecida em setembro daquele mesmo ano de 2018, com o olho

roxo e escoriações no rosto, havendo abaixo de sua imagem a frase: “esta senhora foi agredida por petistas na rua quando gritou o nome de Bolsonaro”.

Beatriz, contudo, havia sofrido uma queda enquanto caminhava pela calçada e postou isso em suas redes sociais para denunciar a manutenção deficitária dos espaços públicos e os riscos existentes especialmente para pessoas idosas como ela. Também neste caso o TSE determinou a retirada desta falsa notícia das redes sociais, porém, como já observado, não se conseguiu impedir, ao menos não de modo completo, a disseminação deste *factóide*.

Nem se imagine ser o procedimento acima exclusivo da direita, em termos ideológico-políticos. Com efeito, o governador de São Paulo, João Dória, de centro-direita, ganhou na justiça uma indenização contra o jornalista de esquerda, Eduardo Guimarães do “Blog da Cidadania”, tendo este noticiado o gasto de verba pública, por um alto funcionário do governo de Dória, numa casa de prostituição em Brasília, em 2013. Como Doria assumiu o governo estadual somente em 2019, a notícia adquiriu ares de absurdo (Blogueiro..., 2020).

Também é digno de relevo destacar ter sido Bolsonaro, na campanha presidencial de 2018, nominado de fascista, assassino e de ter “ódio aos nordestinos” em diversas mensagens, “memes”, montagens, textos, igualmente disseminados no mesmo aplicativo *whatsapp*, comprovando se tratar de uma ferramenta de “*uso democrático*” e cujo objetivo é detrair o objeto de sua criação ou existência, ofertando uma imagem demonizada ou extremamente negativa junto ao público em geral e, ao mesmo tempo, buscando auxiliar seu adversário ou adversários políticos.

A organização não governamental Atlantic Council, politicamente autodenominada não-partidária, analisou as eleições brasileiras de 2018 e formulou uma breve síntese do quanto expusemos acima:

No Brasil, vídeos falsos, contas de mídia social, imagens, artigos e infográficos começaram a influenciar a mídia convencional e as conversas públicas. Embora a distorção e o enquadramento sempre tenham feito parte da retórica política, as novas tecnologias tornaram mais fácil e acessível o uso de informações direcionadas e falsas destinadas a influenciar a percepção do público. (Braga, 2018).

E conclui-se o comentário, observando:

Além disso, o desejo de consumir informações rapidamente significa que pouca ou nenhuma atenção é dada à dupla verificação de fontes ou fatos. A prevalência e a facilidade de plataformas de mensagens como o Whatsapp criam atalhos para disseminar desinformação rapidamente e com um elemento adicional de confiança, já que a maioria presta atenção a quem compartilhou a notícia, e não a onde ela se originou. (Braga, 2018).

De todo modo, qual o efeito concreto disso sobre o eleitorado, sobre a população? As conclusões não são uníssonas. Neste campo, encontramos Hunt Allcott e Matthew Gentzkow, cujo artigo intitulado “*Social Media and Fake News in the 2016 Election*”, defende existir nas pessoas, de um modo geral, a tendência a dar crédito somente aos relatos favoráveis ao seu próprio candidato, minimizando desse modo os efeitos nocivos ou de desconstrução das *fake news* sobre uma candidatura adversária (Allcott; Gentzkow, 2017)<sup>8</sup>.

Outro estudo, de 2017, “*Facts, Alternative Facts, and Fact Checking in Times of Post-Truth Politics*”, de autoria de Oscar Rodriguez, Sergei Guriev, Emeric Henry e Ekaterina Zhuravskaya, abordando a efetividade do *fact-checking* – sistema de verificação de fatos, uma espécie de ferramenta anti-*fake news* – observa serem úteis tais ferramentas para combater *fake news*, bem como boatos, mas seu impacto sobre o exercício de escolha do eleitor em relação a um candidato, dizem os autores, é limitado (Barrera *et al.*, 2020).

Pondere-se, nada obstante, ser a alegada restrição de alcance acima observada ela própria limitada. Com efeito, a verificação de veracidade de uma notícia ter papel restrito sobre a formação de uma escolha no campo eleitoral, não dialoga diretamente com o efeito das *fake news* sobre esta mesma escolha. Muito embora seja igualmente discutível a completa veracidade da conclusão de Allcott e Gentzkow, ela ao menos parece ser mais plausível.

Parece fora de dúvida, de todo modo, haver um efeito atrativo nas notícias falsas no sentido de confirmar crenças prévias dos eleitores, ou do público de uma maneira geral. Contudo, inexiste, digamos, uma razoabilidade evidente em se concluir pela inexistência de qualquer efeito nefasto de uma notícia falsa em face daquele a quem ela se dedica a noticiar. É de clareza meridiana e intuitiva haver algum efeito numa

---

8 Com uma linha de abordagem e principalmente de conclusão bastante semelhante ao acima exposto, encontramos o artigo: Leyva; Beckett, 2020.

manifestação em relação ao seu objeto de atenção e isso contempla, com igual lógica, os eventuais efeitos deletérios ali existentes.

Como tratar a qualificação de um candidato a um cargo eletivo de pedófilo ou fascista, ou defensor de teses estapafúrdias, sem sentido ou, ainda pior, violentas, agressivas, contrárias aos direitos humanos, como algo desprovido de qualquer efeito prejudicial sobre esta mesma pessoa?

Respeitosamente em relação às opiniões em sentido diverso, é bastante clara a existência deste prejuízo, até porque entre os eleitores de um dado candidato e aqueles outros cujos votos jamais seriam dirigidos a esse mesmo candidato, há um gradiente de potenciais e ainda indecisos eleitores cuja possibilidade de escolher exatamente aquele postulante são reais e estes poderiam ser claramente influenciados por notícias negativas, conquanto falsas, sobre aquele político.

As *fake news*, para os propósitos deste estudo, é algo hoje já incorporado ao menu da democracia. E fenômeno igualmente conducente a uma análise da psicologia humana, afinal, é tido por princípio corrente de nossa civilização a defesa da verdade como algo valioso e de prestígio permanente, essa valoração, contudo e como vimos, é posta de lado ante manifestações muitas vezes claramente inverídicas, porém, plenamente alinhadas com os valores de muitos de seus receptores, os mesmo por vezes ávidos em não se limitar a mera aceitação, porém, também à disseminação daquelas mensagens de duvidosa veracidade.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como dissemos na introdução deste trabalho, aqui buscamos fazer uma pesquisa por certo demandante de aprofundamentos em aspectos os mais variados possíveis. A temática é rica, e também complexa, indicando um verdadeiro veio de exploração a quantos queiram se dedicar ao seu estudo.

No momento de alinhar alguns pontos úteis para o fechamento de nossa exposição, queremos destacar temas tratados acima, com leve acréscimo de outros considerados necessários para obter uma conclusão minimamente lógica.

É de análise antiga a questão sobre os valores defendidos de fato pelo homem de um modo geral, aceitando-se a premissa de existência de valores *enunciados* para serem objeto de defesa ou valorização e valores *efetivamente* defendidos e valorizados. Robert D. Kaplan, em sua conhecida

obra “À beira da anarquia: destruindo os sonhos da era pós-guerra fria”, faz interessante observação que, conquanto ligada a outro aspecto da vivência social e política, é claramente útil para ilustrar o ponto ora exposto:

É apenas quando interesses morais entrecruzam os estratégicos que o público tolera o derramamento de sangue numa intervenção. A guerra de Hitler contra os judeus não levou os Estados Unidos à Segunda Guerra Mundial; o ataque à Pearl Harbor, sim. (Kaplan, 2000, p. 126).

Estamos frente a um, mais um, desafio para a vivência democrática, neste caso o de despertar nas pessoas, de um modo geral, a aceitação da verdade como um valor superiormente considerável e fundamental para servir não apenas como o melhor, mas talvez o único “cimento social” capaz de criar uma unidade principiológica entre os homens.

Afinal, basta se imaginar o oposto para se constatar a alta serventia da verdade: a mentira dissolve a confiança, instaura a velha figura hobbesiana da “guerra de todos contra todos” (*bellum omnia omnes*) e corrói a ideia de construção de valores comuns – afinal, haveria algo comum e isso realmente importa?

E tudo isso instala, especialmente na vida política, a noção não de ideias contrárias ou antagônicas entre si, mas sim uma guerra com inimigos a serem abatidos, eliminados, ou, ainda pior, mortos em vida, desmoralizados, silenciados, ridicularizados, diminuídos, apequenados, esvaziados de suas respectivas humanidades, para se tornarem simples objeto de uma crítica desleal, eis que baseada em fatos não ocorridos, percepções fundadas em outras percepções, quase sempre idiossincráticas e, de um modo geral, por uma regressão no debate político, já não mais fundado em ideias e argumentos, mas em estratagemas típicos de um combate militar, com eliminação e subjugação dos divergentes.

Em tempos idos, obviamente a mentira e a distorção já estavam entre nós. Evidentemente sim. Sem embargo, o sentimento de algo menos abrangente e com limites bem conhecidos pareciam ser suas características marcantes, tornando seus concretos ou virtuais efeitos algo também de curto alcance. Agora estamos diante de algo sistêmico, amplo, uma ferramenta de atuação social e política com efeitos claríssimos, e deletérios, sobre a democracia.

Nossa observação crítica, contudo, não pode soar como um ingênuo grito no meio do deserto, algo, contudo, perfeitamente cabível e ne-

cessário até em certas ocasiões. A mentira é tão antiga quanto o homem e é por ele utilizada cotidianamente, no entanto, também é plenamente defensável questionar seu cabimento sempre que sua articulação põe em risco a vivência social em seus valores mais basilares, rebaixando o nível civilizatório para um “vale-tudo” árido e criador de uma espécie de aporia permanente, cujo desfecho, de curtíssimo prazo, é apenas ganhar, seja dinheiro, seja notoriedade, seja a próxima eleição.

## REFERÊNCIAS

ALLCOTT, Hunt; GENTZKOW, Matthew. Social Media and Fake News in the 2016. **Journal of Economic Perspectives**, v. 31, n. 2, p. 211-236, spring, 2017

ASANUM, Eduardo Seide; NAIWERTH, Rafaela Vieira. O processo de formação territorial brasileiro a partir da Revolta da Vacina – Rio de Janeiro/RJ (1904) associado com o movimento antivacina atual (COVID-19). **Anais do II Congresso Brasileiro da Guerra do Contestato**, Londrina, UEL, 2020. Disponível em <http://anais.uel.br/portal/index.php/contestado/article/view/934/1349>. Acesso em: 21 ago. 2022.

AYUDA, Fernando Galindo. Democracia, internet y gobernanza: una concreción. **Sequência Estudos Jurídicos e Políticos**, v. 33, n. 65, p. 33-56, 2012. Disponível em <https://doi.org/10.5007/2177-7055.2012v33n65p33>. Acesso em: 20 jul. 2022.

BARRAGÁN, Almudena. Cinco “fake news” que beneficiaram a candidatura de Bolsonaro. **El País**, Brasil, 19 out. 2018. Disponível em: [https://brasil.elpais.com/brasil/2018/10/18/actualidad/1539847547\\_146583.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2018/10/18/actualidad/1539847547_146583.html). Acesso em: 21 ago. 2022.

BARRERA, Oscar; GURIEV, Sergei; HENRY, Emeric; ZHURAVSKAYA, Ekaterina. Facts, alternative facts, and fact checking in times of post-truth politics. **Journal of Public Economics**, v. 182, fev. 2020. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0047272719301859>. Acesso em: 5 jul. 2022.

BLOGUEIRO de esquerda é condenado pelo TJ-AP por fake News contra Doria. **IstoÉ**, 28 out. 2020. Disponível em: <https://istoe.com.br/blogueiro-de-esquerda-e-condenado-pelo-tj-sp-por-fake-news-contra-doria/>. Acesso em: 5 jul. 2022.

BRAGA, Roberta. A beginner's guide to battling fake News: three approaches to consider before 'sharing'. **New Atlanticist**, 8 mar. 2018. Disponível em: <https://www.atlanticcouncil.org/blogs/new-atlanticist/a-beginner-s-guide-to-battling-fake-news-three-approaches-to-consider-before-sharing/>. Acesso em: 5 jul. 2022.

CAMARGO JUNIOR, Kenneth Rochel de. Lá vamos nós outra vez: a reemergência do ativismo antivacina na Internet. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 36, n. 14, fev. 2020. Disponível em: <http://cadernos.ensp.fiocruz.br/csp/artigo/1151/la-vamos-nos-outra-vez-a-reemergencia-do-ativismo-antivacina-na-internet>. Acesso em: 15 ago. 2022.

DELLEUZE, Gilles. **Mediators**. "Negotiations". New York, Columbia University Press, 1995.

DIETHELM, Pascal; MCKEE, Martin. Denialism: what is it and how should scientists respond? **European Journal of Public Health**, v 19, p. 2-4, jan. 2009, Pages 2–4. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/eurpub/ckn139>. Acesso em: 23 jul. 2022.

HAN, Byung-Chul. **Psicopolítica – Neoliberalismo e as novas técnicas de poder**. Belo Horizonte: Âyiné, 2018.

KAPLAN, Robert D. **À beira da anarquia: destruindo os sonhos da era pós-guerra fria**. São Paulo: Futura, 2000.

LEYVA, Rodolfo; BECKETT, Charlie. Testing and unpacking the effects of digital fake news: on presidential candidate evaluations and voter support. **AI & Society**, v. 35, p. 969-980, 2020. Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1007/s00146-020-00980-6>. Acesso em: 6 jul. 2021.

SANTOS, João Amaral. Fake News. O outro vírus que a pandemia alastrou nas nossas vidas. **Jornal Sapo**, 15 fev. 2021. Disponível em: [https://ionline.sapo.pt/artigo/724836/fake-news-o-outro-virus-que-a-pandemia-alastrou-nas-nossas-vidas?seccao=Portugal\\_i](https://ionline.sapo.pt/artigo/724836/fake-news-o-outro-virus-que-a-pandemia-alastrou-nas-nossas-vidas?seccao=Portugal_i). Acesso em: 20 jul. 2022.

ORTIZ, Renato. **Mundialização e Cultura**. Brasiliense: São Paulo, 1994.

PINA, Rute. TSE Confirma que “kit gay” nunca existiu e proíbe “fake News” de Bolsonaro. **Brasil de Fato**, 16 out. 2018. Disponível em: <https://www.brasilde->

fato.com.br/2018/10/16/tse-confirma-que-kit-gay-nunca-existiu-e-proibe-fake-news-de-bolsonaro. Acesso em: 20 jul. 2022.

ROTHENBURG, Walter Claudius e; STROPPIA, Tatiana. Liberdade de expressão e discurso do ódio: o conflito discursivo nas redes sociais. **Anais do 3º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade**: mídias e direitos da sociedade em rede. Santa Maria, p. 1-15, maio 2015. Disponível em: <https://www.ufsm.br/app/uploads/sites/563/2019/09/6-21.pdf>. Acesso em: 21 jul. 2022.

SCOTT, Eugenie Carol. Antievolution and Creationism in the United States. **Annual Review of Anthropology**, v. 26, p. 263-289, 1997. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/295252>. Acesso em: 23 jul. 2022.

SILVA, Renata Nascimento da. **A máscara obscura do ódio racial**: segregação, anonimato e violência nas redes sociais. 2018. Dissertação (Mestrado) - Departamento de Comunicação Social, Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2018.

SRISKANDARAJAH, Ike. Where did the microchip vaccine conspiracy theory come from anyway? **The Verge**, 5 jun. 2021. Disponível em: <https://www.theverge.com/22516823/covid-vaccine-microchip-conspiracy-theory-explained-reddit>. Acesso em: 15 ago. 2022.

ZYGMUNT, Bauman. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.



# LA IMPLEMENTACIÓN DEL NUEVO CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES Y FAMILIARES EN MÉXICO (ANÁLISIS Y PRINCIPALES RETOS)

BLANCA TORRES ESPINOSA<sup>1</sup>

SARA BERENICE ORTA FLORES<sup>2</sup>

CARLOS ERNESTO ARCUDIA HERNÁNDEZ<sup>3</sup>

---

## 1 INTRODUCCIÓN

Latinoamérica que se encuentra en proceso de cambio en relación a la implementación de los juicios orales en materia familiar y civil, así como en otras materias; en México los Estados cuentan con juicios orales en materia familiar y civil en su legislación procesal adjetiva hasta antes de la entrada en vigor del nuevo Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares publicado el 7 de junio de 2023, se encuentran la Ciudad de México, Quintana Roo, Nuevo León, Jalisco, Estado de México, Yucatán, Coahuila, Guanajuato, Querétaro, Morelos, Tamaulipas, Puebla, Colima y Chihuahua, es decir, ni siquiera el 50% de las entidades lo hizo, no obstante, los procedimientos tendrán que estar homologados en los 32 estados mexicanos a más tardar el 1 de abril de 2027, no es optativo el cambio.

---

1 Doctora n Derecho por la Universidad de Salamanca, España. Profesora de Tiempo Completo UASLP.

2 Doctora en Derecho Constitucional por la Universidad de Buenos Aires, Argentina. Profesora de Tiempo Completo, UASLP.

3 Doctor en Derecho Mercantil por la Universidad Complutense de Madrid, España. Profesor de Tiempo Completo UASLP.

Realizaremos una breve explicación del origen de la oralidad en el área jurídica y los principios básicos aplicables en materia civil y familiar procesal.

Determinaremos las fuentes de la oralidad hasta llegar al marco jurídico actual y comentar las novedades del nuevo Código Procesal; la materia penal fue la primera en causar una reforma desde la Constitución el procedimiento en beneficio de los implicados a partir de 2008, atendiendo principalmente al desarrollo de un juicio justo y rápido. Dichos principios generales han sido aplicados a otras materias como la civil, la mercantil y ahora la familiar y ahora en 2023 en el nuevo código procesal civil y familiar.

Haremos comentarios y desarrollaremos sintéticamente el contenido principal de los 10 libros del Código Nacional de Procedimientos Civiles y los retos generales a los que se enfrenta la justicia en México.

**Problema del tema:** La implementación y retos del nuevo Código de Procedimientos Civiles y Familiares en México, debido a la falta de recursos económicos, en puerta elecciones presidenciales en 2024, así como la problemática laboral que se avecina en los poderes judiciales de los 32 estados en México, ya que las personas requieren de estabilidad y salarios justos.

**Objetivo:** Dar a conocer de forma sintética, el contenido del nuevo Código de Procedimientos Civiles y Familiares, hacer un análisis de los problemas a los que se enfrenta México y todos los involucrados en un proceso y cuáles son sus retos.

Dar a conocer el contenido y novedades principales del Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares publicado en el Diario Oficial de la Federación Mexicano el 7 de junio de 2023.

**Metodología:** Se aplica el método jurídico, analítico, histórico y método deductivo, ya que se analizará un tema desde una óptica general para aterrizarlo en casos específicos.

## 2 PRINCIPIO DE ORALIDAD EN ROMA

Cuando se funda Roma en 753 a.C. y hasta 130 a.C., el derecho romano básicamente nació como derecho no escrito, siendo la palabra de las personas y los testigos que presenciaban los negocios, la forma de comprobar las responsabilidades de las personas y dar cumplimiento a los mismas (Campo Y Robles, 2016, p. 6-43).

En la época clásica, al recitar las personas las fórmulas en los procedimientos para resolver una litis, la encontramos claramente en el procedimiento de las acciones de ley, en el desarrollo de estas acciones ante los magistrados, partes debían aprender de memoria las palabras, los gestos y conductas señaladas en la ley, por desgracia un error llevaba todo a perder injustamente el pleito (De Coulanges, 2015, p. 5).

Fueron orales los juicios ya que la mayoría de las personas no sabían leer y escribir, se sabe que en el s. I d.C. solo el diez por ciento de la población dominaba el arte, siendo conveniente lo mencionado anteriormente (Lozano, 2018, p. 41-49).

Con posterioridad, el derecho romano por primera vez se escribe en el documento llamado la ley de las XII tablas que datan del siglo V a.C.

### **3 MARCO JURÍDICO DE LOS JUICIOS ORALES EN MÉXICO**

La Declaración Universal de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas Adoptada del 10 de diciembre de 1948, señala el artículo 10 que “toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”.

La norma anterior, dio paso a la reforma de nuestra Constitución Mexicana en el año 2008 (artículos 14 al 24), en la que se implementan los juicios orales en materia penal, con el fin de impartir una mejor justicia para los ciudadanos, convirtiéndose el sistema penal inquisitivo en un sistema penal acusatorio y oral. Este cambio se ha extendido a otras áreas del derecho como el civil, mercantil, laboral y familiar.

Con el fin de intentar solucionar lo antes posible en beneficio de la víctima y del presunto responsable del delito, se ha incluido la mediación en el proceso penal, atendiendo a la resolución emitida por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas 40/34 de 29 de noviembre de 1985, que expresan los principios fundamentales de la justicia para víctimas de delitos y del abuso de poder; esta situación también se ha extendido otras áreas del derecho como la familiar y civil.

Para Martínez Lazcano (2018, p. 19) la mediación es “la grave crisis por la que atraviesa la justicia en Chiapas, como consecuencia de no cumplir con las garantías constitucionales ni convencionales con efica-

cia, hace pensar a la mediación como una esperanza, desde luego a largo plazo, por imperar la cultura del litigio, así la mediación se promueve en Latinoamérica como un método de solución de conflictos ajeno a la forma tradicional e institucional que es el proceso”.

Atendiendo a lo establecido en el artículo 124 de nuestra Constitución Mexicana, los Estados y Ciudad de México al contar con facultades propias para legislar en materia de fuero común, han ido reformando su legislación interna para dar paso a la oralidad en materia familiar.

El 11 de agosto de 2014 se publica el decreto por medio del cual se adicionan diversas disposiciones al Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal (CPCDF ahora Ciudad de México), dando paso por primera vez a los juicios orales en materia familiar; dicho procedimiento se encuentra en el Título Décimo Octavo: “Del Juicio Oral en Materia Familiar”, regulado en los artículos 1019 al 1080, y se instituyen las controversias relacionadas con alimentos; guarda y custodia; violencia familiar; régimen de convivencias nulidad de matrimonio; rectificación o nulidad de los atestados del registro civil; filiación; constitución forzosa de patrimonio familiar; suspensión o pérdida de la patria potestad; cambio de régimen patrimonial controvertido; y la interdicción contenciosa.

El artículo 1019 del referido Código se establecieron las reglas a las que quedan sujetos estos nuevos procesos orales, la forma de integración de los Juzgados a cargo de su substanciación y la creación de áreas autónomas de apoyo para la gestión administrativa, independiente de la jurisdiccional. Esto requiere de recursos económicos para poner en práctica los juicios de forma oral, por lo que el cambio se ha hecho de forma paulatina en el país.

Uno de los fines de los juicios orales es solucionar los conflictos por medio de la conciliación y la mediación, en el caso de la Ciudad de México es a través del Centro de Mediación del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México (TSJCDM), si hay conciliación, el Juez conocerá de esta circunstancia invitando a las partes para llegar a un acuerdo y solucionar la controversia apegado a los principios de equidad, justicia y ley. Con el nuevo Código será obligatoria la solución del conflicto por mediación.

También debemos mencionar que se suman a la propuesta anterior diversos Estados del país donde es una realidad hoy en día el desarrollo de Juicios Orales en materia familiar como es el caso de Nuevo León, Estado de México, Guanajuato, Coahuila, Chihuahua, Querétaro, Morelos, Tamaulipas, Puebla y Colima. Cabe señalar que no representan

ni el 50% de los estados, pero la tendencia cada día es mayor, ya que la materia familiar requiere atención inmediata para asegurar los derechos de las personas y menores, por lo que los Congresos de los Estados que faltan, deberían plantear la necesidad de dicha reforma y ponerla sobre la mesa para su futura aprobación.

#### **4 PRINCIPIOS QUE RIGEN EL JUICIO ORAL EN MATERIA FAMILIAR**

Los principios aplicables se encuentran el de oralidad, publicidad, reserva, contradicción, concentración, continuidad, inmediación, abreviación, economía procesal y suplencia de la queja oficiosa (Carrasco, 2021, p. 4).

El primer principio es el de oralidad, si bien es cierto, hay una primera parte en la que el actor presenta su demanda de forma escrita y el demandado contesta, la prioridad del juicio será su desarrollo de forma verbal, con el fin de que las partes y el Juez se vean cara a cara y se imparta justicia lo antes posible.

El principio de oralidad necesariamente va ligado al principio de inmediatez o inmediación, se debe tener contacto directo con del juzgador y con las partes, con los testigos y peritos presentes, así como al contacto directo con la prueba (Mendoza, 2020, p. 7).

La intervención del Juez será oficiosa y la mayor parte del juicio se desarrolla de forma oral, con el fin de que el Juez escuche personalmente a las partes y verificar su honestidad en el proceso, y las partes a su vez, conozcan al juzgador y manifiesten lo que a su derecho convenga.

Otro principio es el de publicidad se refiere a que cualquier persona puede acudir al desarrollo del juicio siendo un tercero ajeno, sin que por ello pueda tomar fotos y videos para exponerlos; la publicidad es indispensable para lograr un proceso transparente. La publicidad, significa que las partes tienen derecho de acceso al expediente y a las copias que soliciten en cualquier tiempo del proceso. No obstante, hay audiencias que se acuerdo a la ley pueden ser a puerta cerrada, las partes y el Juez solo estarán presentes, y cuando se trate de asuntos donde pueden quedar expuestas situaciones íntimas de menores, como violencia familiar.

Un principio mas es el de reserva, aplicable cuando existe la necesidad del desarrollo del proceso sin que terceros intervengan, atendiendo al artículo 20 B, fracción V Constitucional, que señala reserva de las audiencias cuando se relacionen con la intimidad de las personas, su vida

privada o violenta, protección de menores y testigos, en ese sentido es necesario atender a los derechos humanos de las personas.

En el principio de contradicción, significa que las partes que acuden a juicio tienen derecho al debido proceso, los litigantes deben ser tratados de igual forma, deben tener la misma posibilidad para rendir pruebas y defenderse, así como ser escuchadas por el Juez. Esto es darles un trato igual y bilateral a los contendientes (Loutayf, 2011, p. 1-25).

Un principio más que no debe pasarse por alto es el de concentración, es decir, que el proceso debe resolverse en el menor tiempo posible agotando los actos procesales en una audiencia, en algunas ocasiones es posible dictar sentencia incluso.

También el principio de continuidad es la secuencia de actos procesales en la audiencia, es decir, no cesar el proceso hasta que concluya, que el Juez resuelva el asunto y dicte sentencia. Las partes deben estar presentes de principio a fin durante el juicio.

La intermediación es la comunicación directa del Juez con las partes, su presencia es muy importante en el desarrollo del proceso y, puesto que los temas familiares deben atenderse de forma inmediata, es necesario que el juzgador esté presente de principio a fin en el desarrollo de la litis (Fernández, 2014, p. 57 y ss.).

El principio de abreviación significa que es importante reducir los tiempos procesales para hacer justicia lo más pronto posible a las partes, excluir los trámites innecesarios y los obstáculos, dar celeridad al proceso, la oralidad debe ser ágil, y sin dilaciones y, no esperar años para hacer justicia a las partes.

La economía procesal, las etapas procesales son las mismas en el juicio escrito y en el oral, no han cambiado, pero la economía procesal en el juicio oral se presenta cuando al realizarse la audiencia, se desarrollan todas las etapas procesales en un solo momento procesal sin mayor dilación y el Juez dicta sentencia de ser posible (Cevallos, 2018, p. 248-254).

Finalmente, hablaremos del principio de suplencia de la queja en el juicio oral o, actuación oficiosa de la autoridad judicial en materia familiar y civil, esto significa que, para administrar justicia a las partes, el Juez podrá solicitar a cualquiera de ellas, pruebas necesarias para lograr un juicio justo, el Código de Procedimientos Civiles del Estado de México, señala en el artículo 13 que para “el esclarecimiento de los hechos... la autoridad judicial tendrá la facultad de ordenar el desahogo de cualquier prueba, aunque no lo ofrezcan las partes”.

El nuevo Código ya prevé la suplencia de la queja pudiendo el juez solicitar las pruebas necesarias para resolver el asunto, incluso prevé el desahogo de la prueba confesional de forma unilateral en el proceso, pero lo más importante en esta reforma, es la implementación de los medios alternos de solución de conflictos y la justicia restaurativa atendiendo a las necesidades y derechos humanos de las personas.

## **5 CONTENIDO Y NOVEDADES DEL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS CIVILES Y FAMILIARES**

El nuevo Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares atiende a la reforma del 15 de septiembre de 2017 (reformas a los artículos 16, 17 y 73 fracc. 30) a la constitución en materia procesal civil y familiar, en la que el Congreso Nacional asumiría la obligación para expedir la legislación adjetiva mencionada.

Por lo que este 07 de junio de 2023, México cuenta con un nuevo Código de Procedimientos Civiles y Familiares, fue aprobado por unanimidad por el senado mexicano, el principal objetivo del código es homologar los procedimientos en todo el territorio mexicano.

La implementación del nuevo Código debe ser a más tardar el 1 de abril de 2027 por parte de los Estados de la República Mexicana, de conformidad con el artículo 2º transitorio.

De manera innovadora fueron consultadas organizaciones de personas de varios colectivos entre otras aquellas que tienen discapacidad, personas adultas mayores, academia, barras de abogados, movimientos feministas, notarios públicos y académicos entre otros, con el fin de que dieran su opinión para la elaboración del Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares en análisis.

El Congreso de la Unión ha realizado grandes esfuerzos para lograr cristalizar el nuevo Código, no obstante, será también trabajo de los estados colaborar con la homologación del Código Nacional en beneficio de la sociedad, hay mucho trabajo por delante, el mismo Código tendrá adaptaciones de acuerdo al contexto social, pero habrá nuevas oportunidades para el empleo, habilitación de espacios para la administración de justicia, capacitación a miembros del tribunal y capacitadores, adecuaciones normativas por parte del Poder Judicial de la Federación para atender a las necesidades derivadas de los nuevos procesos. Lo anterior en beneficio de la sociedad, esperando que la administración de justicia realmente sea pronto y expedita.

Cabe mencionar que es un Código singular, diferente a los Códigos de los Estados y al Federal aún vigente; consta de 1191 artículos, 10 libros y 20 artículos transitorios; e incorpora como principios rectores generales, el de acceso a la justicia, concentración, contradicción, colaboración, continuidad, igualdad procesal, concentración, litis abierta, oralidad, inmediatez, impulso procesal, interés superior del menor, lealtad procesal, preclusión, perspectiva de género y publicidad, en todo momento se vela por el respeto a los derechos humanos de las personas para que el estado brinde justicia pronta y expedita.

Se reitera en dicho Código la oralidad de los juicios, el interés superior del menor, juzgar con perspectiva de género, procura la igualdad y equidad entre las partes.

También pretende que todas las personas que lo requieran tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones, dando protección y apoyo a aquellos justiciables que se encuentran en situación de vulnerabilidad (personas en riesgo o discriminadas y que no pueden desarrollarse en condiciones de igualdad frente a los demás); por lo que el ordenamiento busca reducir las brechas de acceso a la justicia para que cualquier persona, sin importar su condición económica logre resolver sus conflictos.

En los procedimientos civiles y familiares, se dará privilegio a los mecanismos alternos de solución de controversias, así como a la conciliación y a la justicia restaurativa en la búsqueda del bienestar social, la igualdad entre las partes, la certeza y la celeridad.

Otro de los objetivos de la norma adjetiva, es combatir el rezago en asuntos del orden familiar y civil; según el Censo Nacional de Impartición de Justicia Estatal 2022 el porcentaje de demandas admitidas en los tribunales del país asciende 44.6% y 25.3% respectivamente. Es decir, anualmente se reciben a nivel nacional 950,699 asuntos en materia familiar y 539,117 asuntos en materia civil, por lo que es necesario atender a la población de forma debida y lo antes posible (Censo Impartición de Justicia, INEGI 2022).

Se regula la justicia digital con el fin de que cualquier justiciable pueda defenderse a través de estos medios, se pretende con ello que los procesos sean ágiles y económicos para las partes.

Los 20 artículos transitorios son de suma importancia para la entrada en vigor del código, ya que otorga un plazo de 4 años para que las Entidades Federativas pongan en marcha el contenido de la norma y destinen recursos económicos e infraestructura para tal fin a más tardar

el 1 de abril de 2027, señalando que con o declaratoria o no por alguno de los estados, entrará automáticamente en esa fecha la norma en estudio.

Los asuntos pendientes de resolver antes de la entrada en vigor del Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares se resolverán con la ley adjetiva anterior hasta su conclusión, y no habrá acumulación de procesos.

La Federación y los Estados asignarán recursos económicos para la implementación del Código dentro de su presupuesto anual.

El artículo 7° transitorio, a partir del 13 de abril del presente año, la Secretaría de Gobernación tiene 60 días hábiles para que presida una Comisión para la Coordinación del Sistema de Justicia previsto en el presente Decreto, con la participación de la Presidencia de la Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos y la Presidencia del Tribunal Superior de Justicia de cada Estado, quienes concurrirán a convocatoria o solicitud ante la Presidencia de la Comisión, con el fin de configurar la asistencia técnica a los Poderes Judiciales Federal y Locales, en la instrumentación del Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares con base en el desarrollo de habilidades, destrezas y sanas prácticas procesales, y la definición de estándares uniformes de operación del sistema (artículo 7° transitorio).

La Comisión para la Coordinación del Sistema de Justicia, tiene como objetivo principal el análisis de las políticas de coordinación para la instrumentación del CNPCF y su armonización legislativa en todo el país; dicha Comisión deberá enviar informe de actividades hacia las Cámaras de Diputados y Senadores de México.

Habrà una Secretaría Técnica dentro de la Comisión con el fin de brindar apoyo a las autoridades Locales y Federales en la instrumentación del nuevo Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares.

El Poder Judicial de la Federación y de las Entidades Federativas, deberán establecer los calendarios, las etapas y la asignación de recursos para la entrada en vigor del CNPCF, asimismo planearán la infraestructura y capacitación de recursos humanos que serán utilizados para los mismos efectos.

El Consejo de la Judicatura Federal junto con los de las Entidades Federativas, coordinará la armonización y operación de la plataforma digital llamada Sistema Nacional de Información Jurisdiccional público, la cual, deberá contener el nombre del actor, demandado, la autoridad judicial que conoce del caso en primera instancia, si hay juicio de apelación

y si se promovió juicio de amparo, en dichos procedimientos se hará uso de la huella digital de las personas.

Se incorporan al Código como tema innovador, la regulación de la justicia digital, así como el respeto a los datos personales de los actores de la litis, señalando que será necesaria mayor infraestructura y personal capacitado para poner en marcha el procedimiento. La información digital será resguardada para efectos legales por los poderes judiciales de los Estados y enviarla al Sistema Nacional de Información Jurisdiccional a fin de que sea de acceso público.

Deberá crearse el Boletín Concursal Nacional Digital en la Plataforma del Sistema Nacional de Información Jurisdiccional, en el que se registrará el número del expediente de los procesos judiciales de insolvencia, con el objeto de notificar a los acreedores afectados y los juzgados conozcan de algún proceso de persona deudora.

Las sociedades crediticias, podrán enviar información de deudores a la Plataforma del Sistema Nacional de Información Jurisdiccional, asimismo aquellos que son deudores y firmaron convenios de pago o que deban cumplir con una sentencia, que deriven del concurso civil que prevé el presente Código Nacional, sin dejar de señalar que éstas obligaciones vincularán con el SAT o secretaría de fianzas de los estados, para el efecto del pago de impuestos si fiera el caso.

Para el caso de personas desaparecidas, si no hubiere procedimiento específico para la declaración de ausencia por desaparición, se aplicarán las disposiciones del nuevo CNPCF, es decir, se continuará con la búsqueda de la persona hasta que la familia decida iniciar el procedimiento de ausencia, será persona desaparecida.

A continuación, haremos un extracto del contenido principal de los 10 libros que conforma el nuevo Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares y al finalizar las reflexiones, retos y comentarios en torno a lo que se aproxima en el país en materia procesal.

### **Libro Primero: Disposiciones generales del Sistema de Impartición de Justicia en Materia Civil y Familiar.**

El nuevo Código es innovador, distinto al de la Ciudad de México, el Federal y el de los Estados, en el cual se privilegia la oralidad, la intermediación igualdad y los medios digitales brindar justicia pronta y expedita a los ciudadanos, interés superior del menor y atención a las personas en situación de vulnerabilidad.

Se incluye un glosario de términos innovadores aplicables en todo el Código tales como grupos vulnerables, metaverso, certificado digital, procedimiento en línea, firma electrónica avanzada, audiencia virtual a través de sala, diligencia virtual sala virtual, videoconferencia y realidad virtual entre otros (estos términos se relacionan con el libro 8°).

Las autoridades velarán por los intereses de los grupos indígenas y afromexicanos en los procesos civiles y familiares en caso de necesitar abogados de oficio y traductores, exclusión de formalismos, se concede atención a la justicia alternativa para solucionar los conflictos.

En este libro se realiza la clasificación de las acciones y excepciones con el fin de entenderlas de forma más sencilla y rápida, se extiende la suplencia de la queja (es decir el juez puede solicitar y dotar de elementos necesarios el juicio aun cuando las partes no lo hayan hecho) a los grupos vulnerables en ambas materias con el fin de lograr la igualdad de condiciones en la litis.

### **Libro Segundo. Del Procedimiento Oral Civil y Familiar Juicio Oral Familiar.**

Se regula la audiencia preliminar o llamada junta anticipada que se desarrolla en un día; se regula el divorcio voluntario, el divorcio incausado y se instituye juicio oral sumario que facilita el cumplimiento el artículo 17 constitucional que habla de la justicia pronta y expedita, éste juicio puede durar menos de un mes; los consejos de la judicaturas estatales designarán los lineamientos, los procedimientos que se podrán agotar en juicio civil y familiar, siendo su característica la comparecencia y la contestación de la demanda por comparecencia en el plazo de 5 días, de ser posible se resolverá en ese momento abriéndose la audiencia de juicio.

El recurso de apelación se en el efecto devolutivo, la queja y la reposición en la segunda instancia. Si en segunda instancia hay violaciones subsanables, el tribunal solventará las violaciones procesales y dictará la sentencia directamente sin reenviar al juzgado de primera instancia, solo en temas de notificación donde el procedimiento no dio inicio, en ese caso si hay devolución d expediente.

Éste libro pretende generar una homologación en el país en materia de juicios orales, en materia digital, audiencias remotas y videogradas estando el juez presente, en las notificaciones reducir los supuestos de notificación, solo sería la personal como el emplazamiento, la reconvencción podrá notificarse por correo electrónico para mayor agilidad; los edictos también serían publicados de forma digital y publicados en listas

comunicación judicial y no publicar en periódicos de mayor circulación para ayudar a que el juicio no sea tan gravoso a las partes y tardado. En los exhortos se tramiten por medios digitales también y ayudar a la celeridad del procedimiento.

Las disposiciones de este libro se aplicarán en materia civil y familiar por igual, enfocadas a la debida aplicación de los derechos humanos y atendiendo a la perspectiva de género, propone la mínima intervención en niños niñas y adolescentes en los procesos orales (solo cuando sea necesaria).

Los términos judiciales son homogéneos, es decir serán reducidos y concentrados atendiendo a los principios de celeridad y economía procesal en ambas materias civil y familiar; se habla de la aplicación de los principios de oralidad e inmediación para la primera y segunda instancia, aplicación de los principios de concentración y continuidad desde la demanda hasta la sentencia aprovechando los medios digitales, aplicación de la justicia alternativa para la solución del conflictos, el fortalecimiento de la justicia con la intervención de otras autoridades terceras en auxilio judicial (como notarios, corredores públicos, el registro público de la propiedad etc.).

Para la debida aplicación de la suplencia de la queja, las pruebas van a ser muy importantes para el asunto, desde su adquisición, indagación e interrogación.

El tema de la ausencia regirá por los procedimientos que se aplicarán de forma especial en materia civil y en materia familiar en el tema de personas ausentes o desaparecidas.

Hay reglas comunes en la etapa postulatoria tanto en el juicio civil y familiar, hay presentación de la demanda y su contestación, se realiza el desahogo de excepciones y defensas, si hay reconvencción se presenta, si realiza la contestación a la reconvencción, se realiza el desahogo de excepciones y defensas en la reconvencción que son formales y por escrito, y como plazo para contestar la demanda será de 15 días, de 3 días es el plazo para la vista de excepciones y defensas, posterior a ello el juez deberá señalar fecha para la celebración de la audiencia preliminar en plazo de 15 días. Los términos para declarar el allanamiento o la rebeldía serán de 10 días en una sola audiencia que señale el Juez.

Como nuevo modelo de prueba modelo aparece la confesional, que es una declaración unilateral del actor o demandado en el juicio; también en la testimonial y la prueba pericial podrá haber examen directo a las personas y habrá contrainterrogatorio y reinterrogatorio.

La valoración pruebas acoge al modelo de razonamiento motivación y fundamentación exhaustiva por parte del Juzgador (tanto en lo individual como en conjunto) en primera y segunda instancia modelo garantista.

Se regula como innovación, el juicio sumarísimo, que es un procedimiento por comparecencia para evitar escritos y se desarrolla en una audiencia; los Consejos de las Judicaturas de los Estados así lo implementarán en materia civil y familiar, el actor se presentará por comparecencia y presenta su demanda en ese momento, por lo que el juez deberá radicar el asunto y de ser necesario dictará las medidas precautorias correspondientes, inmediatamente solicitará se notifique al demandado y señalará fecha para la audiencia para que comparezca, en dicho momento se pronunciará respecto a la misma frente al Juez, ambas partes desahogarán excepciones y defensas, pueden reconvenir en dicho momento procesal y contestar el interesado. El Juez admitirá las pruebas correspondientes y como se desarrollará su desahogo, y finalmente se señalará fecha para la siguiente audiencia de juicio en donde se dicte la sentencia frente a las partes.

### **Libro tercero. De la Justicia Civil.**

Este libro habla del contenido de medios preparatorios a juicio en general, a juicio ejecutivo civil y a juicio arbitral. Todo inicia con una etapa escrita, una vez radicada por el tribunal tienen las partes 5 días para asistir a la diligencia en sede judicial y podrá ser videograbada, no necesitan reproducción escrita.

También se regulan las diligencias preliminares de consignación y providencias precautorias ambas son por escrito, se hace la consignación ante autoridad judicial o administrativa, se notifica a la parte y se realiza el trámite de declaratoria de liberación de deuda; los notarios podrán participar en el procedimiento de acuerdo con cada entidad federativa.

En las providencias precautorias habrá dos etapas, una provisional que se hace mediante solicitud ante el juez y al radicarla, se despacha si se acredita el peligro de mora y no necesita la presencia de la parte contraria. En la segunda etapa si se requiere la citación de la parte contraria para la implementación del sistema adversarial, se ofrecen pruebas y el tribunal dictará sentencia en audiencia.

Cuando se trata del aseguramiento, la intención es mantener situación de hecho existente y el Juez dicta la medida provisional en apeo, deslinde o tercerías generales.

El libro también regula los procedimientos especiales como el ejecutivo civil, especial, hipotecario, arrendamiento inmobiliario, inma-

tricolación judicial, todos tienen una etapa escrita posterior a ello hay una audiencia donde se presentan las partes en la que el demandado contesta la demanda, y se señala fecha para audiencia de juicio se desahoga prueba y dicta sentencia y se explica a las partes, y si hay necesidad de cambios tendrá dos días para realizarla.

En la etapa de la audiencia se divide en la preliminar y la de juicio, la audiencia preliminar se lleva a cabo en plazo 15 días donde se permite la conciliación de las partes o se le invita al centro de justicia alternativa para intentar solucionar el conflicto, posteriormente el tribunal deberá depurar el debate, es decir, participar en la litis para que las partes lleguen a un acuerdo o se solucione el conflicto,

En cuanto a las pruebas, habrá debate de las partes para su admisibilidad y desechamiento, es un sistema novedoso sino hay pruebas especiales o de preparación especial, la audiencia de juicio se inicia con los alegatos de apertura, desahogo de pruebas, alegatos de cierre, dictado de sentencia, plazo para la aclaración de sentencia si fuera necesario.

También se regula el procedimiento para declarar la ausencia de las personas desaparecidas, será más sencillo enfocado a derechos humanos aplicando el principio de celeridad.

#### **Libro cuarto: De la Justicia Familiar.**

Se potencializan los principios de acceso a la justicia, concentración, contradicción, colaboración, continuidad, igualdad procesal, concentración, litis abierta, oralidad, intermediación, impulso procesal, interés superior del menor, lealtad procesal, preclusión, perspectiva de género y publicidad.

Regula el procedimiento relativo a los alimentos, las medidas provisionales y de protección familiar, lo relativo a la separación de las personas, la materia restaurativa en materia familiar, la jurisdicción voluntaria que incluye consignación de alimentos, nombramiento de tutores y curadores, de la enajenación de bienes de los niños, niñas y adolescentes, de la declaración de ausencia, restitución de niños, niñas y adolescentes, el procedimiento de adopción.

También regula el divorcio bilateral, la procedencia del juicio de divorcio bilateral, del juicio oral familiar que se divide en audiencia preliminar y audiencia de juicio.

#### **Libro quinto: Juicios Universales.**

En el juicio sucesorio, la ley concede mayores atribuciones al juez en materia sucesoria y se da certeza jurídica al proceso, pudiendo el Juez

decretar medidas precautorias en beneficio de niños, niñas y adolescentes y personas con discapacidad, se abrevian los términos, plazos pero debe haber certeza jurídica, es decir, es necesario que los herederos sepan cuando concluirá el juicio y no se extienda de forma indeterminada como ha sido hasta ahora; también podrán participar los notarios públicos pudiendo reducir tiempos. En algunos Estados el testamento ológrafo se suprimió, pero el nuevo código respetará el procedimiento para los casos que se presenten en los diversos estados que aún lo regulen.

Hay innovación en el concurso civil de personas físicas (para el caso de comerciantes se aplica la Ley de Concursos Mercantiles del 12 de mayo del 2000) del cambio de forma radical, hay un conciliador (certificado); el deudor debe llenar un formato con información de sus obligaciones económicas con el fin de saber los motivos por los que se encuentra en dicha situación, asimismo, el conciliador lo apoyará para lograr regular la situación y de ser posible, el conciliador debe darle alternativas para lograr convenio con su acreedor o acreedores para logra una balanza de equilibrio en el plazo de dos meses; a través de acuerdo emitido por el Juez, el deudor tendrá la posibilidad de que durante el procedimiento no le sea cortada la luz, el internet, la señal del celular y, en caso de estar arrendando también se suspenda el pago de la deuda, hasta que se regularice su situación financiera.

El concursado debe tomar un curso obligatorio con el fin de arreglar su situación financiera, el conciliador lo guiará para tal fin e intentar que su situación cambie y se regule para estar al día.

#### **Libro sexto: De las acciones colectivas.**

Con la reforma al artículo 17 Constitucional de 2010, el legislador integra las acciones colectivas como un medio de defensa de los derechos e intereses colectivos difusos, los colectivos en sentido estricto u los individuales de incidencia colectiva dando como resultado la incorporación de las acciones colectivas y su proceso jurisdiccional en el libro quinto del actual Federal de Procedimientos Civiles, en marzo de 2012.

En antaño algunos procedimientos de acciones colectivas después de su admisión en algunos casos han tardado 5 años y 10 en resolverse y ejecutarse.

Se pretende en la norma que se eficiente el procedimiento, debido a los problemas señalados anteriormente y lograr que la impartición de justicia sea mejor para las colectividades.

La estructura consta de 49 artículos, divididos en capítulo único y tres secciones que son: legitimación activa, el procedimiento y las sentencias. Se incluyen como organismos legitimados para la promoción de las acciones colectivas al Instituto Federal de Comunicaciones en materia competencia económica; al Instituto Federal de la Defensoría Pública como asesor jurídico en materia de consumo, servicios públicos y privados y medio ambiente. Se amplía el plazo de la prescripción a 5 años (antes eras 3 años 6 meses), y si el daño es continuo comenzará a partir del último día que se haya generado el daño.

Se reconoce la legitimación pasiva a cargo de terceras personas, obligados solidarios (exista un vínculo directo o indirecto) pueden ser demandadas en juicio ya que son personas físicas y morales que afectan a la colectividad que se eximen de la responsabilidad bajo el argumento de la no existencia de un vínculo jurídico directo.

Propone el código reducir el número de personas que pueden iniciar la acción colectiva de 30 a 15, con el fin de agilizar el proceso y haya mayor eficacia procesal.

Hay eliminación de varias de las vistas procesales, por ejemplo cuando la parte demandada se pronuncie respecto a los requisitos de procedencia, que en la práctica ha dado como resultado la impugnación que paraliza los juicios y su admisión se hace imposible; y se elimina la vista con las medidas precautorias que solicita la actora y que va en contra de la naturaleza jurídica cautelar de la figura.

Se reducen los plazos para el ofrecimiento y preparación de pruebas, de 60 a 30 días pudiendo prorrogarse el plazo 10 días más, los plazos anteriores hacían eternos los juicios o inoperables.

También se adiciona la notificación y difusión a la colectividad de ciertos actos procesales, como la admisión a la demanda, la sentencia o la celebración de un convenio judicial incluso por medio del uso de la tecnología; sin dejar atrás los medios tradicionales como los estrados y edictos que actualmente limitan a la población colectiva y añadirse para obtener algún interés.

Se introduce el incidente masivo en la ejecución de sentencias que elimina la exigencia de que existan incidentes individuales, con el fin de dar celeridad y accesibilidad a los grupos colectivos en la etapa de ejecución y beneficiarse de las sentencias o de los convenios judiciales respectivamente.

En la misma etapa de ejecución se amplía el plazo de uno a dos años contados a partir de que causa ejecutoria la sentencia o convenio,

ara promover el incidente de liquidación individual o masivo. Para adherirse a la demanda durante el procedimiento y después de éste se extiende de 18 meses a 2 años.

Se modifican los efectos del recurso de apelación, que establecen que contra el auto que desecha la demanda procede el recurso de apelación en ambos efectos, pero para el recurso contra la admisión solo procederá en efecto devolutivo lo que significa que el procedimiento no se paralice, ya que dicha situación provoca en la actualidad la suspensión de los juicios de 1 a 2 años y lo que se pretende es la celeridad en el proceso.

Finalmente, en materia de daños se adhiere el concepto de la reparación integral del daño y la justa indemnización como herramienta para el juzgador según sea el caso concreto y poder aplicar una condena para ordenar medidas de acción como de abstención y disuadir conductas que dañan y evitar su repetición.

Las modificaciones a las acciones colectivas serán un gran avance en materia de justicia colectiva, brindando equilibrio procesal a las partes y certidumbre jurídica, sobre todo, que también se den a conocer a la sociedad para que sepan su alcance y acudan a ellas, sepan que existen y exijan justicia.

### **Libro séptimo: De los recursos.**

Una vez que durante el procedimiento se buscó por parte de la autoridad judicial y las partes, negociar, conciliar, mediar o acordar y no haya sido posible, el Juez dicta sentencia para dar la razón a cualquiera de las partes. En todos los procedimientos como lo señala el nuevo Código, está enfocado a la conciliación, negociación, uso de métodos alternos de solución de conflictos, al envío de las partes a los centros de justicia y finalmente se emite la sentencia que tanto buscan las partes.

El código en este sentido se apega a la efectiva aplicación de los derechos humanos como la doble instancia, es decir, dos personas deben opinar unitaria o colegiadamente para que una persona sea condenada o absuelta, se privilegia el recurso.

También se regula el recurso judicial efectivo, es decir, se elimina la multiplicidad de recursos y efectos, y solo quedan los recursos de apelación para la primera instancia y el recurso de reposición para la segunda instancia, y la queja en contra de la denegada apelación y queja contra el excesivo monto de una fianza, en todos los casos tratándose de apelaciones contra sentencias definitivas en efecto devolutivo. Hay una reducción importante de recursos se evita con ello, procesos interminables y dilatorios.

La apelación se admite en los efectos suspensivo y devolutivo en contra de sentencias dictadas en juicios ordinarios orales y solamente en efecto devolutivo en juicios especiales orales.

En la apelación, como novedad, al inicio, se debe abrir un capítulo de violaciones procesales y violaciones dentro de la sentencia definitiva; si la Sala de forma unitaria o colegiada descubre una violación procesal, no habrá reenvío, la misma Sala subsanará el proceso (como el desahogo de una prueba por ejemplo), el cual, se desarrollará de forma oral para las partes frente a la sala, explicado de forma sencilla que entiendan claramente, concluida la etapa dicta la resolución, en caso de que la sentencia vaya a juicio de amparo, la Sala que resuelve los recursos los enviará al Poder Judicial de la Federación.

En la sala, durante el procedimiento de apelación, se llevará a cabo una audiencia oral en la que las partes que consideren necesario, expresarán un resumen de sus agravios de forma oral y sin perjuicio de que lo hagan escrito, y si se resuelve de forma unitaria o colegiadamente se señalará fecha para que el magistrado ponente explique los efectos de la resolución de forma clara a los justiciables, del porque confirma, modifica o revoca la sentencia del Juez de primera Instancia; en dicho momento las partes y sus abogados analizando dicha explicación, podrán decidir o no si se van al juicio de amparo o no.

Las sentencias definitivas de efecto devolutivo en los juicios especiales donde se litigan cuestiones relativas a pagos, pueden exhibir fianza para suspender la ejecución, y de igual forma habría una audiencia resumen de agravios y una audiencia de explicación de sentencia.

### **Libro Octavo: De la Justicia Digital.**

Para iniciar la redacción de dicho libro, fue necesario coordinar su redacción a la par de los artículos transitorios, dada la naturaleza y la novedad que implica la justicia digital, así como la aplicación de recursos económicos para su implementación. Ya no hay más alternativa dados los cambios globales, por ello la implementación de la tecnología se hace indispensable en el nuevo Código y en general en todas las materias del derecho público y privado.

Será necesario con el nuevo Código, dotar de recursos federales y estatales a los diversos Tribunales de Justicia de los Estados para poder dar cumplimiento a lo establecido por la normatividad en estudio, a pesar de todo, es necesario avanzar a la modernización.

Dichos recursos serán destinados para la compra de tecnología, así como para la inminente capacitación del personal que brindará servicio al público; la principal aportación de todo este tema es evitar que haya más expedientes físicos y las personas migren a la justicia digital, no solo por lo práctico, ayudará al medio ambiente también y desde cualquier sitio podrán las partes acceder a su expediente.

Como innovación y ayuda a la celeridad del proceso, se regula el exhorto digital a través del sistema de exhortos electrónicos nacional, comunicación con autoridades de apoyo, como el caso de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, el Sistema de Administración Tributaria que brindan información financiera de las partes.

Las audiencias remotas, beneficiará a las personas que no puedan trasladarse a los juzgados obligatoriamente, como personas que viven en lugares lejanos o personas discapacitadas. Con el sistema digital, también se abre la posibilidad de llevar a cabo notificaciones personales haciendo uso de la firma electrónica avanzada para su validez oficial, la misma regla se aplicará para todos aquellos que participen en el proceso sean partes, autoridades, peritos, actuarios etc.

El libro señala que la justicia digital es una modalidad, cualquier procedimiento regulado en el código, se puede llevar a cabo de forma virtual; y los principios aplicables como lo son: elegibilidad de las partes, ya que son quienes optan la modalidad en línea.

Los términos o definiciones principales se encuentran en el libro primero y que se aplican en este libro octavo a los espacios virtuales.

Este libro también regula las reglas para la realización de audiencias digitales, el reconocimiento de plataformas, sistemas y herramientas electrónicas en beneficio de las partes, hay que recordar que el término de metaverso ya es aplicable en la legislación, se refiere precisamente al uso de la tecnología para fines de administración de justicia.

### **Libro 9. De la Sentencia, Vía de Apremio y su Ejecución.**

El capítulo primero de la sentencia ejecutoriada y cosa juzgada regula la ejecutoria por ministerio de Ley, la firmeza de las sentencias definitivas o interlocutorias respecto a prestaciones futuras y juicios que por su naturaleza así proceda, la ejecutoria por declaración judicial y la declaración de oficio, para garantizar el cumplimiento de las obligaciones judiciales en el proceso judicial.

Capítulo segundo de la vía de apremio y ejecución de sentencia, y habla de los principios fundamentales el cumplimiento voluntario, eje-

cución con óptica de derechos humanos, idoneidad, celeridad, razonabilidad, proporcionalidad, lealtad procesal, buena fe.

También se habla de las notificaciones personales, la ejecución de sentencias definitivas y transacciones, la cuantificación de las sentencias, el embargo de bienes, la rendición de cuentas y los plazos para exigir la ejecución.

Se definen los aspectos de la ejecución de las sentencias, las transacciones y de los convenios judiciales, así como sus etapas y los plazos que tienen las partes para su cumplimiento.

En cuanto al embargo de bienes, de la condena al pago en cantidad líquida e ilíquida, de la rendición de cuentas y las excepciones contra la ejecución de las sentencias.

También se aplican los principios de justicia y equidad en la vía de apremio y la garantía de los derechos personas terceras afectadas.

Se ven temas como el auto de ejecución en la audiencia de cumplimiento, el derecho a designar bienes y orden de embargos; el embargo sobre cuentas bancarias o créditos, la inscripción y administración de los bienes embargados y su valoración.

En todo remate de bienes inmuebles o muebles es público y celebrarse en la sede judicial competente para la ejecución, plazos para avalúos, la adjudicación directa y los procedimientos durante el día de la subasta. Estos temas se regulan de forma precisa con el fin de que haya un embargo justo y apegado a derecho.

También se regulan las reglas para el caso de que los bienes no fueran suficientes para el pago del crédito, deberá haber embargo sobre otros bienes, el juez resolverá al respecto y la ejecución de las sentencias y las resoluciones de las autoridades jurisdiccionales de las entidades federativas. Para la ejecución de la sentencia se necesitará un despacho u orden judicial.

Se habla del exhorto y la no existencia de excepciones ante la autoridad judicial ejecutora y evitar dilaciones en el proceso; se regulan las reglas para que los terceros opositores se incorporen en la vía incidental y el juez califique las excepciones.

### **Libro décimo De los Procesos de Carácter Internacional.**

También llamado el libro de la cooperación procesal internacional, se aplica para todo tipo de procedimiento de carácter internacional, es decir, que interviene otro país diverso a México. A pesar de la novedad del código, será muy delicada la aplicación de la ley a los casos concretos.

Aquí es necesario determinar, primeramente, quien será el Juez competente para conocer del asunto; pasos para ejecutar una sentencia extranjera en México; los requerimientos de México hacia otros países y viceversa lo que conduce al tema de la cooperación judicial internacional.

Se aplican en este libro, principios aplicables al derecho internacional procesal; las entidades federativas que ya contaban con procesos internacionales en sus códigos se van a homologar con el nuevo código; se reconoce a especialistas en temas relacionados con los niños, niñas y adolescentes con el fin de determinar si las sentencias pueden ser aplicadas atendiendo a sus derechos, tal es el caso como adopción o sustracción internacional de menores.

En cuanto al derecho extranjero, está sujeto a que se acredite el alcance y su vigencia, no obstante, esto no será causa de dilación para el proceso y viceversa, cuando un proceso que proviene de México debe ser ejecutado en el extranjero; solo habrá una excepción, cuando se trate de usos y costumbres en materia internacional si deben ser comprobadas.

Será competente el juez del domicilio del demandado en asuntos de carácter internacional, pero hay especificaciones en cuanto a los jueces o autoridades jurisdiccionales competentes para la declaración de ausencia, la restitución internacional, la filiación, los derechos reales, personas en situación de vulnerabilidad, hechos ilícitos, sucesiones, adopción internacional y alimentos. Asimismo, se señala que será competente para la ejecución de sentencias el Juez del lugar del domicilio de quien se va a ejecutar o el lugar donde se encuentren los bienes.

También se regula la denegación de justicia, en este caso la autoridad judicial mexicana tendrá que asumir la competencia y resolver del caso.

En materia de cooperación internacional, tenemos notificaciones, emplazamientos y medidas cautelares, se debe vigilar que se cumpla con los principios del derecho mexicano, en las pruebas se admite la flexibilidad para presentar diversos tipos de prueba sin violación a los principios fundamentales en materia procesal.

Además, la cooperación internacional, tratándose de niños, niñas y adolescentes, con el fin de que no sean sustraídos de forma ilegal del país para evitar que el otro padre lo visite, se tratará este tema para resolver cuál será el destino de esas personas y salvaguardar el derecho tanto de los niños como del padre o madre afectado. En este caso, también serán aplicables las videoconferencias con el fin de dar seguimiento al proceso.

En cuanto al reconocimiento del derecho extranjero, solo es aplicable por reconocimiento de la ley mexicana, se realizará de oficio por parte de la autoridad judicial cuando se presente el caso; esto con intervención del Servicio Exterior Mexicano.

Se regula también lo relativo a la ejecución de sentencia y laudos dictados en el extranjero, una parte es la ejecución en general y la parte especial cuando la ejecución debe ser forzosa y se requiere de más requisitos a las partes pero no autoriza a la autoridad judicial resolver nada sobre el fondo porque ya fue decidido por otra autoridad extranjera; la autoridad mexicana deberá apoyar para dar cumplimiento a la sentencia, siempre y cuando se respeten los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Para la ejecución de sentencias, en este caso no procede recurso alguno para suspenderla, lo que significa que será rápido su cumplimiento.

### **ARTÍCULOS TRANSITORIOS.**

Son de suma importancia para la transición procesal familiar y civil en el país, los artículos tienen vigencia temporal, sus efectos se agotarán con el transcurso del tiempo o cuando se presente la condición para su vigencia y complementan a los artículos principales.

Son 20 artículos cuyo contenido principal es:

1) Entrada en vigor del CNPCE, será gradual la entrada en vigor, con una declaratoria que emitan de forma indistinta y sucesiva las Cámaras del Congreso de la Unión en el ámbito Federal y las Legislaturas de los Estados para los regímenes locales, previa solicitud que haga el poder judicial de cada estado, la cual no debe exceder del 1 de abril de 2027.

2) Se prevé que entre la declaratoria de la entrada en vigor y la entrada en vigor debería mediar un plazo máximo de 120 días, en todos los casos una vez vencido el plazo, sin que se hubiere emitido la declaratoria, la entrada en vigor del Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares será automática en todo el territorio nacional; esto traerá como consecuencia la abrogación gradual de la legislación procesal civil y familiar vigente en los estados. Los procedimientos en trámite al momento de la entrada en vigor del nuevo código, seguirá aplicándose la ley con la que se iniciaron, salvo que las partes opten de común acuerdo cambiar al nuevo código.

3) En la acumulación, no podrán acumularse dos procedimientos con regulación diversa, tendría que ser una sola.

4) Asignación de recursos presupuestales tendrá que ser conforme a los principios de austeridad, eficacia, eficiencia y economía.

5) En caso de ser necesaria la reforma a las diversas leyes orgánicas, en los aspectos ocupacionales y salariales, será necesario adoptarlas al nuevo código y a costos compensados.

6) También se crea la Comisión para la Coordinación del Sistema de Justicia Civil y Familiar, cuya finalidad es configurar la asistencia técnica a los poderes judiciales en la instrumentación del nuevo código, con base en el desarrollo de habilidades, destrezas y sanas prácticas procesales, así como analizar y acordar la coordinación necesaria de todos los operadores jurídicos. La comisión estará presidida por la SEGOB, quien convocará a las sesiones y ante quien se podrá realizar la solicitud respectiva para el desarrollo de alguna sesión de alguno de sus miembros.

7) Los miembros de la Comisión mencionada en el punto anterior son la Presidencia de la CONATRI, la Presidencia de los Tribunales Superiores de los Estados, la Comisión de Justicia del Senado de la República a través de un representante en conjunto con la Comisión de Justicia de la Cámara de Diputados y, las Comisiones de Justicia de las Entidades Federativas; así como los Consejos de la Judicatura Federal y de cada uno de los locales, se dará seguimiento al nuevo sistema de impartición de justicia civil y familiar.

8) Se dará seguimiento a la implementación del nuevo sistema de justicia; en un plazo de 180 días naturales a partir de la publicación del decreto tendrán que realizarse ajustes regulatorios de los poderes judiciales de los estados y la adopción de reformas en sus estructuras tecnológica, de infraestructura y en materia de capacitación para el personal; para ello, se podrán suscribir convenios de colaboración. En cuanto a la justicia digital se prevé la coordinación entre el Consejo de la Judicatura Federal y los Consejos de la Judicatura Locales para la armonización regulatoria de la información judicial a su cargo, a través de la implementará una plataforma digital con el nombre de Sistema Nacional de Información Jurisdiccional cuyos contenidos son mínimos y se establecen en los artículos transitorios.

9) Habrá un formato único concursal y habrá un boletín concursal nacional digital el cual se subirá a la plataforma del Sistema Nacional de Información Jurisdiccional.

10) Se propone la derogación a partir de la entrada en vigor de decreto, todas aquellas disposiciones que contengan procedimientos de interdicción cuyo efecto sea restringir la capacidad jurídica de las personas mayores de edad.

11) Se incluyó un artículo en el que, a partir de la entrada en vigor del nuevo código, en la legislación vigente de las entidades federativas no exista regulación relacionada con el procedimiento especial de declaración de ausencia por desaparición de personas a partir del día siguiente, se podrán aplicar las disposiciones del nuevo código.

## 6 CONCLUSIONES Y RESULTADOS

Desde hace varias décadas, el procedimiento civil y familiar requerían de una modernización urgente, después de la Pandemia COVID-19, con mayor razón se potencia a nivel mundial el uso de la tecnología y la migración de los expedientes de papel a los virtuales, lo cual con la reforma tenemos que iniciar la migración.

La implementación del Código no significa que todo ya está escrito o concluido, el Código tendrá reformas futuras, habrá discusión de su contenido, adecuaciones de acuerdo con los cambios sociales y necesidades de las personas, debe ser dinámico y sobre todo justo.

En cuanto al problema del tema, se debe resolver por medio del presupuesto, tanto de la federación como de los estados de México, a partir de 2024 ya deben estar destinados los recursos económicos para la entrada en vigor del Código; coadyuvarán la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y las Secretarías de Finanzas de los 32 Estados. Deben actualizarse los escalafones de los funcionarios de los Poderes Judiciales e iniciar la planeación de la construcción y alquiler de los lugares destinados para los espacios físicos donde se impartirá justicia. Sin embargo, esperemos que no haya paralización de lo señalado, ya que en 2024 México tendrá proceso electoral para cambio de presidente, así que no todo será tan fluido, habrá problemas y quizá se haga lenta la implementación durante el primer año a partir del 7 de junio de 2023 cuando se publica la ley adjetiva en estudio.

Se aplicarán además de los principios ya conocidos de inmediatez, economía procesal, oralidad, inmediatas, y otros como el interés superior del menor, perspectiva de género y protección a los grupos vulnerables en general.

Antes del 14 de abril del 2027 las adecuaciones en los 32 Estados que conforman México deben estar realizadas para la entrada en vigor del Nuevo Código, en caso contrario de forma automática entrará en vigor.

En México ya es una realidad la implementación de los juicios orales, por lo que se requiere reforzar en las universidades las habilidades

en nuestros alumnos para su futura incorporación en el medio de trabajo; con la implementación de los juicios orales se pretende mayor agilidad y economía a las personas.

Los principales retos a los que se enfrenta México para la implementación del Código consisten en la organización del gobierno interno de cada una de las 32 entidades federativas y los tribunales superiores de justicia para llevar a cabo acuerdos para la asignación de recursos económicos destinados a la nueva infraestructura, así como a la contratación de personal y la capacitación general al interior dichos tribunales, lo cual es obligatorio y necesario para la modernización del país.

Es un reto importante es la implementación física, material y real de código, ya que el 70% de los asuntos que se litigan de acuerdo con el INEGI, son en materia civil y familiar, y precisamente hay rezago judicial, pocos recursos económicos y limitados, muchos asuntos, muchos litigantes, personal insuficiente, pocos jueces y poco personal de apoyo al interior de los tribunales, pero es necesaria y obligatoria la aplicación de recursos económicos para cumplir con la reforma.

Asimismo, se deben asignar mayores recursos para la compra de equipo de cómputo de vanguardia, adecuación de salas de juicios orales con tecnología de punta, contratación de especialistas y respaldo de los audios y videos que se generen en las audiencias. Ya no será una opción acceder a las nuevas tecnologías, ya es un paso obligado para todas las personas e instituciones, no hay marcha atrás, entramos a una nueva era. Con esto al parecer ayudaremos también a mejorar el medio ambiente, ya que se utilizará cada vez menos el papel, llegará un tiempo en el que no habrá expedientes físicos solo virtuales.

En general la tecnología debe ser utilizada en todo el procedimiento, por lo que se hace necesario reforzar y atender en general por parte de los Colegios de Abogados y las Barras, la capacitación urgente de los abogados para la implementación de esta norma y brindar mejores servicios a sus clientes, pero sobre todo encaminar la mentalidad hacia la modernidad. Incluso, podríamos hablar de una certificación en estas materias para que los abogados cumplan con los requisitos de eficiencia para poder representar y defender a las personas.

Se hacen indispensables expertos para la implementación y aplicación de los medios alternos de solución de conflictos y la justicia restaurativa, ya que de forma preferente se acudirá a estos recursos para intentar la solución pronta del conflicto e intentar que los tribunales administren

justicia de forma más ágil. En la medida de lo posible se hará todo lo necesario para la conciliación de los asuntos e intentar que los juzgados no tengan cantidades enormes de asuntos por años y sean procedimientos ágiles. La mediación es un área de oportunidad para los nuevos abogados ya que en todo el país habrá nuevos centros para participar y aspirar a una plaza laboral, en general, son oportunidades nuevas en el derecho.

Estos retos no solo son para México, los comparto con toda América Latina, ya que hay crisis en general en la administración de justicia los juicios orales no solucionarán todos los problemas, hay que trabajar para evitar la corrupción, es necesario modernizar la norma adjetiva, mejorar la infraestructura y contratar a un número mayor de personal capacitado para hacer frente a toda la problemática real.

Otro reto en la implementación del nuevo código es desde ahora, el cambio de mentalidad de parte de los abogados y todos los que participan directa e indirectamente en un proceso, entender que hay cambios, incorporación de tecnologías, oralidad, la inmediatez, la agilidad, y que no hay marcha atrás, actualización y actualización. Quizá en algunos casos suceda que algunos se jubilarán como durante la pandemia ya que no quisieron modernizarse ya que no hay vuelta al pasado.

## REFERENCIAS

CARRASCO, Hugo Carlos. **La oralidad en las Controversias del Orden Familiar reguladas en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal**. Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2012. Disponible en: <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/30122> Acceso el: 29 jun. 2023.

CAMPO Y ROBLES, Angélica María *et. al.* Hacia los Juicios Orales en Materia Familiar en Sonora. **Revista de Investigación Académica sin Frontera**, Universidad de Sonora, México, a 9, n. 22, p. 6-43, jan./jun. 2016.

CEVALLOS, G., & Litardo Salazar, F. Análisis de los principios constitucionales que regulan el nuevo Sistema Procesal Civil Ecuatoriano. **Revista Universidad y Sociedad**, Ecuador, v. 10, n. 5, p. 248-254. 2018.

DE COULANGES, Fustel. **La Ciudad Antigua. Estudio sobre el Culto, el Derecho y las Instituciones de Grecia y Roma**. México: Porrúa, 2015.

FERNÁNDEZ, Mauricio. El Juicio Oral y los Principios de Inmediación y Contradicción. **Revista del Instituto de la Judicatura Federal**, México, 2014. Disponible en: [https://escuelajudicial.cjf.gob.mx/cursososp/2016/valorpruebapresencial/modulo/M%C3%B3dulo%20V%20Manuel%20Miranda/Decap%20Fernandez\\_Mauricio\\_El%20juicio%20oral%20y%20los%20principios...\\_RIJF\\_36-2014.pdf](https://escuelajudicial.cjf.gob.mx/cursososp/2016/valorpruebapresencial/modulo/M%C3%B3dulo%20V%20Manuel%20Miranda/Decap%20Fernandez_Mauricio_El%20juicio%20oral%20y%20los%20principios..._RIJF_36-2014.pdf). Acceso el: 29 de Junio de 2023.

INEGI, **Censo Nacional de Impartición de Justicia Estatal 2022**. Disponible en: [https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/cnije/2022/doc/cnije\\_2022\\_resultados.pdf](https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/cnije/2022/doc/cnije_2022_resultados.pdf) Acceso 30 de junio de 2023.

LOZANO, María del Carmen. Oralidad y Escritura en el Derecho Romano. **Revista Mexicana de Justicias**, México, a. I, n. 2, p. 41-49, jul./dez. 2018.

LOUTAYE, Roberto G. **Principio de Bilateralidad o Contradicción**. Revista La Ley. 2011.

MARTÍNEZ, Alfonso Jaime. **Mediación: Alternativa a la Insuficiencia Judicial en Chiapas**. Bogotá: Editorial Nueva Jurídicas. 2019.

MENDOZA, Jesús Alejandro. **El Juicio Oral Familiar**. México: Porrúa, 2020.

México, [Constitución (2023)]. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. México, 2023.

México, [CNPCF (2023)]. Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares. México, 2023.

México, [CNPCDF (2023)]. Código Nacional de Procedimientos Civiles del Distrito Federal. México, 2023.

México, [CNPCEDOMEX (2023)]. Código Nacional de Procedimientos Civiles del Estado de México, 2023.





# LA PROHIBICIÓN DE SEMBRAR TRANSGÉNICOS EN LA PENÍNSULA DE YUCATÁN Y LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Carlos Ernesto Arcudia Hernández<sup>1</sup>

---

## 1 INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo analizaremos sendas resoluciones del Poder Judicial de la Federación en México sobre la siembra de soya transgénica en la península de Yucatán. Son resoluciones, en cierto sentido, con claroscuros. En el primera caso, el Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) otorgó el amparo y protección a apicultores de una comunidad maya de Hopelchén, en el estado de Campeche, en contra de una autorización para sembrar soya transgénica. En el segundo caso, la misma SCJN invalidó un decreto del Gobierno del Estado de Yucatán que declaraba al estado zona libre de transgénicos por invasión a la esfera competencial de la Federación. Pero, no acordó medidas tendientes a que se garantizaran los derechos de los apicultores yucatecos.

Nuestro objetivo es analizar las resoluciones de la SCJN poniendo el foco en la importancia que tiene para el pueblo maya el cultivo de miel. Y que la siembra de transgénicos pone en riesgo su exportación a Europa. Es sin duda alguna un caso de derechos humanos de tercera

---

<sup>1</sup> Doctor en Derecho Mercantil por la Universidad Complutense de Madrid (España); Profesor Investigador de Tiempo Completo adscrito a la Licenciatura en Derecho de la Facultad de Estudios Profesionales Zona Huasteca de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí (México); Investigador Nacional Nivel I del Sistema Nacional de Investigadores del Conacyt; Líder del Cuerpo Académico Estudios Jurídicos sobre Democracia y Desarrollo; Licenciado en Derecho; carlosarcudia@gmail.com.

generación, porque además de afectar a un pueblo, son intereses difusos. Una autorización a una empresa extranjera para sembrar soja transgénica provoca contaminación de las mieles que producen las comunidades mayas de Campeche y Yucatán. Los campechanos se dan cuenta porque les devuelven desde Alemania un cargamento de miel por contener más del 3% de polen transgénico. Según criterio del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, por esta presencia de polen la miel pierde su calidad de orgánica (y es menos atractiva comercialmente en Europa).

Emplearemos el principio de interpretación conforme a la Constitución y el principio pro persona. El principio de interpretación conforme a la Constitución, posee sus raíces en la jurisprudencia del tribunal supremo norteamericano, que exige la interpretación de sus leyes en *harmony with the Constitution* (Miranda Camarena; Navarro Rodríguez, 2014, p. 72). El mismo tiene su fundamento en el artículo 29 inciso c) del Pacto de San José que dispone:

Artículo 29.- Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

a)... b)...; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno.

Este principio se incluyó en el segundo párrafo del artículo 1º Constitucional producto de la reforma de 2011.

Ahora bien, sobre la formulación del principio pro persona, Quintero Mata señala que han de tenerse en cuenta tres elementos básicos que lo conforman: 1. Un elemento de temporalidad: que se configura “en todo tiempo”; 2. Un elemento personal: cuando se dirige “a las personas”; y, 3. Un elemento material: que se da en relación con “la protección más amplia”.

Estas primeras consideraciones sobre sus componentes estructurales permiten acercarnos un poco más a la concreción de la “fórmula del mejor derecho” se debe preferir la disposición normativa o la interpretación jurídica que favorezca, durante el mayor tiempo posible y a un mayor rango de personas, las formas de protección más óptimas (Quintero Mata, 2018).

La inclusión del principio pro persona que, es el criterio indispensable de actuación hermenéutica ante la cláusula de interpretación conforme, y cuyo sentido es precisamente señalar la preferencia de apli-

cación ante los reenvíos que se realizan desde las normas sobre derechos a la CPEUM y a los tratados internacionales.

## 2 CONTEXTUALIZACIÓN

El 6 de junio de 2012 se concedió a Monsanto un permiso por tiempo indefinido para la siembra de soya transgénica a escala comercial. La superficie total de la autorización era de 253,500 hectáreas en los estados de Campeche, Chiapas, Quintana Roo, Yucatán, Tamaulipas, San Luis Potosí y Veracruz. El litigio que analizaremos se concentra en 47,000 de esas hectáreas que se ubican en los estados de la península de Yucatán (Comunidades..., 2017).

Esta autorización se otorgó al amparo de la Ley de Bioseguridad de los Organismos Genéticamente Modificados (LBOGM). Según esta norma, la competencia para la autorización de los cultivos transgénicos está a cargo de la Secretaría de Agricultura y Desarrollo Rural, con dictamen favorable de la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales, y en aquellos cultivos genéticamente modificados que estén destinados para uso o consumo humano, la Secretaría de Salud sentaba los criterios y requisitos de los estudios ante los posibles riesgos<sup>2</sup>.

El OGM que se autorizó sembrar con fines comerciales se conoce coloquialmente como Soya Round Up Ready. Monsanto ha desarrollado variedades de soya Roundup Ready tolerantes a glifosato, materia activa del herbicida Roundup (en nuestro país se comercializa con el nombre de Faena Fuerte), mediante la producción de la proteína CP4 enolpiruvilsikimato-3-fosfato sintasa (EPSPS)<sup>3</sup>.

---

2 Un tema importante dentro de la LBOGM es la evaluación caso por caso por los posibles riesgos que un OGM podría ocasionar a la diversidad biológica y al medio ambiente (artículo 11, apartado II); es acertado este principio, pero en la aceptación de investigación, pruebas piloto o liberaciones comerciales se solicita que los estudios de riesgo y los reportes de resultados los elaboren los interesados. Consideramos que esta decisión favorece a las empresas agrobiotecnológicas al ser resultados parciales y el Estado debería responsabilizarse y corroborar los mencionados estudios, pues de lo contrario se atenta contra la seguridad nacional. (González Merino; Castañeda Zavala, 2019).

3 Utilizando como método de transferencia la aceleración de partículas, la soja Roundup Ready evento 40-3-2 se obtuvo al introducir, en el genoma de la soja, la secuencia que codifica la expresión de la proteína CP4 EPSPS, la cual presenta una tolerancia natural al glifosato. La proteína CP4 EPSPS se obtuvo de una bacteria

Pues bien, el problema que nos ocupa surge cuando sin haber existido una consulta previa a la cual tienen derecho las comunidades indígenas, e incluso sin que el gobierno realizara un aviso, las comunidades se enteraron de que estaba siendo sembrada soya transgénica en su región una vez que fueron regresadas de la Unión Europea cerca de 40 mil toneladas de miel que había sido exportadas por los apicultores de la Península de Yucatán, debido a que se había detectado su contaminación con polen de soya transgénica, como resultado de las pruebas piloto que había realizado la empresa Monsanto con anterioridad a la liberación de los permisos comerciales. Fue esta la manera en que se activó la primera alerta para los pueblos de esta región (Comunidades..., 2017).

En este caso se enfrentan dos corrientes: la tendencia de conservación ecológica de los “alimentos de alguna parte” se vinculan al valor específico de la producción en regiones y localidades; es el caso de la miel, alimento ancestral ligado a la producción de la milpa en Yucatán y generadora de biodiversidad; por el contrario, la producción de carne conlleva múltiples costos medio ambientales y abastece las cadenas de valor de “alimentos de ninguna parte”, es decir, aquellos productos que entran a formar parte de los procesos industriales y manufacturados y pierden la identidad de su origen. Tal es el caso de la soya, producto que, una vez que se convierte en materia prima para el forraje animal, es indistinto de donde provenga (Rivera De La Rosa; Ortíz Pech, 2017).

Apicultores pertenecientes al pueblo maya de Hopelchén, en el Estado de Campeche en la península de Yucatán acudieron a solicitar el amparo y protección de la justicia federal en contra este acto. Los apicultores señalaban que el cultivo de soya transgénica contaminaba la miel que producían y les impedía el acceso a los mercados europeos. El alegato de las comunidades iba en el sentido de que se estaba violando el derecho a un medio ambiente sano; se había hecho caso omiso al principio precautorio; y se había vulnerado su derecho a una consulta libre, previa e informada, de acuerdo a lo que establece el Artículo 2º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre pueblos indígenas (Comunidade..., 2017).

El objetivo del permiso del gobierno mexicano para la siembra de soya transgénica en Yucatán era aumentar la cantidad de tierras para su

---

común del suelo, y pertenece a la clase de proteínas EPSPS, encontrada con ubicuidad en plantas y microorganismos. (Monsanto, 2015).

producción y lograr abastecer el mercado local de alimento de forrajes así como la producción de aceite vegetal. Monsanto justificaba este producto agrobiotecnológico como el mejor en control de malezas, mediante el uso del herbicida glifosato, al cual la semilla es resistente (Rivera De La Rosa; Ortíz Pech, 2017).

El juzgado de Distrito de Campeche concedió el amparo, pero el Ministerio Público Federal promovió la revisión ante el tribunal Colegiado de Circuito. El mismo se declaró incompetente y remitió a la Segunda Sala de la SCJN el asunto, al haber cuestiones de interpretación constitucional directa.

La Segunda Sala de la SCJN resolvió conceder el amparo a los apicultores promoventes porque determinó que se vulneró su derecho a la consulta previa. Y ordenó la suspensión del permiso recurrido. Desestimó los argumentos del Ministerio Público Federal en el sentido de que vulneraba el derecho a la alimentación y de que ponía en tela de juicio la rectoría del Estado en la conducción del desarrollo nacional.

Por otra parte, el Gobierno del Estado de Yucatán emitió el Decreto 418/2016 por el que se declara al estado de Yucatán zona libre de cultivos agrícolas con organismos genéticamente modificados. En los considerandos el gobierno yucateco invoca los artículos 1º y 4º de la Constitución Mexicana; el Convenio de la Diversidad Biológica y la Declaración del Medio Ambiente de Río de Janeiro.

El Poder Ejecutivo Federal impugnó el decreto mediante la Controversia Constitucional 418/2016. Argumentaba que era competencia exclusiva de la Federación, por conducto del Servicio Nacional de Inspección y Certificación de Semillas, declarar zonas libres de transgénicos. Se basó en una interpretación restrictiva de la distribución de competencias entre la Federación y los Estados. La SCJN anuló el decreto del Gobierno de Yucatán y exhortó al Gobierno Federal a pronunciarse sobre la exigencia del gobierno yucateco de declarar o no al Estado zona libre de transgénicos. A diferencia del caso anterior, la Corte se decanta por una interpretación rígida y vertical del ordenamiento jurídico.

### **3 LA PRODUCCIÓN DE MIEL COMO PARTE DE LA CULTURA MAYA DE LA PENÍNSULA DE YUCATÁN**

La miel y la cera han estado presentes en la vida cotidiana de los mayas peninsulares desde la época prehispánica hasta nuestros días, si bien la cría de las abejas meliponas (*Melipona beecheii*) no ha tenido

el mismo sentido y finalidad que la cría de abejas europeas introducida y adaptada en América (*Apis mellifera*) que predomina en la actualidad (Rosales González; Rudio Herrera, 2010).

Las abejas nativas sin aguijón (Hymenoptera: Meliponini) son un grupo pan-tropical diverso que juega un papel importante en los ámbitos ecológicos, económicos y culturales, principalmente entre grupos indígenas en todo el país. Entre las especies de este grupo se encuentra la abeja Xunancab (en maya) (*Melipona beecheii*), que conlleva un simbolismo importante, fundamentado en su patrimonio biocultural de las comunidades maya yucatecas (López Barreto, 2021).

La cría de meliponas era y es un trabajo muy delicado, poco parecido al de la abeja europea, sobre todo por los rituales y cuidados con los que se les trata, ya que requieren menos “prácticas productivas” pero una mayor reverencia y prácticas rituales. Las abejas tienen deidades que las cuidan y a las que pertenecen los apiarios, al igual que el monte. Al realizar los rezos y las ofrendas, el hombre es perdonado por tomar su miel (y por tocar a sus insectos). Esto explica el extremo cuidado que se tenía al extraer la miel y también el hecho de no cosecharla toda. Por cada cosecha se debe ofrecer comida a los dueños (*u hanli cab*) y agradecer la colecta, de lo contrario el apicultor puede enfermarse y en ese caso la ceremonia se realiza para reparar el daño, para sanar. La segunda ceremonia *u hedz luumil cab* es para mover las colmenas (jobones) o cuando se añade una colmena (Rosales González; Rudio Herrera, 2010).

Ahora bien, la introducción de la abeja europea (*Apis mellifera*) trajo consigo un desplazamiento del cultivo de la abeja melipona. Las nuevas generaciones de campesinos tienen una visión más empresarial en las actividades que practican, de modo que la meliponicultura no les genera interés, debido a su baja producción de miel, comparado con la abeja europea. A niveles de gobierno, históricamente, esfuerzos para fomentar la producción de abejas se han abordado desde un enfoque productivista, con el objetivo de abastecer la demanda del mercado (López Barreto, 2021).

Considerando la dependencia de los apicultores de las empresas exportadoras de miel, sus escasas o nulas ganancias y las diferencias de precios de venta del productor y del exportador, el Estado decidió intervenir (1968-1972) y crear dos cooperativas (Lol cab y Apícola Maya) para controlar la industria de exportación de la miel. Contrariamente a la percepción de los apicultores, estas cooperativas los beneficiaron indirectamente ya que lograron elevar el precio que se les pagaba, bajar los costos de trans-

porte y a partir de que empezaron a operar, la diferencia de precios pagados a los exportadores en comparación con los recibidos por los productores disminuyó considerablemente, de 65% a 25%. Las organizaciones de apicultores han tenido también una importancia política en el estado como base clientelar del partido en el poder, pero justificada ampliamente por un matiz económico (Rosales Gonzáles; Rudio Herrera, 2010).

La siembra de soya transgénica representa también un peligro para las mieles, hasta el momento se han producido de forma natural en la península de Yucatán, debido a la posible contaminación con polen de cultivos genéticamente modificados. El estado de Yucatán es zona de apiarios, es el primer productor de miel en México con diez mil toneladas de producción. La calidad de la miel en la península de Yucatán hace que sea muy cotizada en los mercados internacionales, más de 80% de la producción se exporta, principalmente a Alemania y Estados Unidos. En esta tesitura conviene traer a colación que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) considera que el polen de OGM se clasifica como un ingrediente adicional a la miel. Por esta razón las mieles que están expuestas a la contaminación mencionada podrían ser afectadas con la disminución de su precio y/o la cancelación de las ventas a la Unión Europea (Rivera De La Rosa; Ortíz Pech, 2017). Como ocurrió con el caso de los apicultores de Hopelchén que solicitaron el amparo ante la devolución de un embarque de miel que habían exportado a Alemania.

## **4 DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS**

### **4.1 Marco constitucional**

Para entender el marco constitucional en materia indígena debemos retrotraernos a la reforma al artículo 4º de la CPEUM publicada en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el 28 de enero de 1992. El párrafo primero del referido artículo quedaría como sigue:

La Nación mexicana tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas. La Ley protegerá y promoverá el desarrollo de sus lenguas, culturas, usos, costumbres, recursos y formas específicas de organización social, y garantizará a sus integrantes el efectivo acceso a la jurisdicción del Estado. En los juicios y procedimientos agrarios en que aquellos sean parte, se tomarán en cuenta sus prácticas jurídicas en los términos que establezca la ley.

El zapatismo pone fin a la política de gobierno de asimilación cultural de los pueblos indígenas. Y quiebra, la concepción de la protección del patrimonio de los pueblos indígenas que se venía siguiendo hasta la fecha. En lugar de imponer desde el Estado lo que él mismo consideraba como adecuado para los pueblos indígenas, se pretende respetar sus formas tradicionales de organización y proteger su patrimonio.

En contraposición a una visión centralista; el artículo 2º de la CPEUM surgido de la Reforma Constitucional en Materia Indígena -producto las negociaciones entre gobierno y EZLN- reconoce la composición “pluriétnica y multicultural” de la Nación mexicana; la cual es indivisible. Establece un criterio subjetivo de autoidentificación para considerar la calidad de indígena. Refiere a las legislaciones estatales el reconocimiento de los derechos concretos. Aunque establece una serie de derechos marco en su apartado A.

La reforma constitucional en materia de derechos y cultura indígena, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 14 de agosto de 2001, reformó el artículo 2º de la CPEUM. Para quedar como sigue.

Inicia con la definición de que la Nación mexicana es única e indivisible. En el segundo párrafo recoge el reconocimiento de nuestra naturaleza pluriétnica y pluricultural. En los párrafos siguientes da una interpretación constitucional de los pueblos indígenas, de las comunidades indígenas y de los indígenas de la región.

Las ocho fracciones que conforman el apartado A señalan las materias relativas a la libre determinación y autonomía de los pueblos y las comunidades indígenas, las formas internas de convivencia y de organización, el ámbito de aplicación de sus propios sistemas normativos, la elección de sus autoridades, etc.

En el apartado B se contienen los instrumentos para lograr la igualdad de oportunidades para los pueblos indígenas, eliminando la discriminación y obteniendo niveles de bienestar a que aspiramos todos los mexicanos.

En concreto nos interesa destacar las fracciones IV; V y VI del apartado A del artículo 2º Constitucional vigentes. La fracción IV reconoce y garantiza los derechos para preservar y enriquecer sus lenguas, conocimientos y todos los elementos que constituyan su cultura y su identidad. La fracción V reconoce los derechos para conservar y mejorar el hábitat y preservar la integridad de sus tierras en los términos establecidos en la propia Constitución. Por último, la fracción VI reconoce el derecho de

acceder al uso y disfrute preferente de los recursos naturales de los lugares que habitan y ocupan las comunidades.

## 4.2 El convenio de la diversidad biológica

Se entiende por “*diversidad biológica*” la variabilidad de organismos vivos de cualquier fuente, incluidos, entre otras cosas, los ecosistemas terrestres y marinos y otros ecosistemas acuáticos y los complejos ecológicos de los que forman parte; comprende además la diversidad dentro de cada especie, entre las especies y entre los ecosistemas<sup>4</sup>.

La biodiversidad es la propiedad de los sistemas vivos de ser distintos. No es una entidad sino una propiedad elemento fundamental de los sistemas biológicos. También es una característica de las múltiples formas de adaptación e integración de la especie humana a los ecosistemas de la tierra y no un recurso. La biodiversidad resulta de procesos y patrones ecológicos y evolutivos irrepetibles. Por lo mismo la configuración actual de la biodiversidad puede explicarse históricamente mediante el análisis de los procesos que han dado origen, mantenido y alterado la biodiversidad, tales como la diversificación genética y de especies, las extinciones y las dinámicas de las comunidades<sup>5</sup> y los ecosistemas. La propia evolución humana debe verse como un proceso vinculado al origen y mantenimiento de la diversidad biológica en su conjunto (Nuñez; González Gaudiano; Barahona, 2003).

La biodiversidad es una de las principales riquezas que nos ofrece la naturaleza; constituye “una fuente potencial de una inmensa riqueza material no explotada en forma de comida, medicinas y servicios”. El papel de la biodiversidad en la solución de los más apremiantes problemas sociales no puede ser desestimado (Melgar Fernadéz, 2005).

El desarrollo de la biotecnología ha puesto en alerta a los países ricos en biodiversidad, porque tienen recursos genéticos y representan una fuente de conocimiento. La diversidad biológica, es decir las plantas y animales, constituyen bienes particulares, en algunos casos sujetos de apropiación, y también significan información incorporada en las constituciones genéticas de las especies de plantas y animales que,

---

4 Artículo 2 del CDB.

5 Las dinámicas de las comunidades son como comparten elementos en común, tales como un idioma, costumbres, valores, tareas, visión del mundo, edad, ubicación geográfica, estatus social y roles, de acuerdo como interactúan.

precisamente, se cuestiona saber si están sujetos a la posesión exclusiva (Becerra Ramírez, 2009).

Las diferencias entre los países desarrollados y subdesarrollados se manifestaron en la negociación de un tratado internacional que tiene que ver con el acceso, exploración y apropiación de recursos del planeta, cuando el 5 de junio de 1992, en Rio de Janeiro, representantes de 150 países firmaron la Convención sobre Diversidad Biológica (CDB) también conocido como Convención de Río, y se puso a disposición de otros estados.

El CDB permite establecer pautas para adelantar el trabajo en el país y en la región sobre la base, en primera instancia, de conocer los recursos para después conservarlos. Esta labor comprende cuatro aspectos cuya consecución implica el mecanismo de la cooperación regional. Estos mecanismos son:

- 1.- El desarrollo del conocimiento a través de la investigación participativa.
- 2.- La ampliación de los sistemas de información que permitan una conservación más completa y una utilización más eficaz.
- 3.- La formación de recursos humanos especializados.
- 4.- El establecimiento de objetivos para la conservación y el aprovechamiento de la biodiversidad (Becerra Ramírez, 2009).

Los objetivos del Convenio, que se han de perseguir de conformidad con sus disposiciones son: la conservación de la diversidad biológica, la utilización sostenible de sus componentes y la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos mediante, entre otras cosas, un acceso adecuado a esos recursos y una transferencia apropiada de las tecnologías pertinentes, teniendo en cuenta todos los derechos sobre esos recursos y a esas tecnologías, así como mediante una financiación apropiada<sup>6</sup>.

El artículo 8 J) del CDB señala las formas de respetar, preservar y mantener los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica y promoverá su aplicación más amplia, con la aprobación y la participación de quienes posean esos conocimientos, innovaciones y prácticas, y fomentará que los beneficios derivados de la utilización de esos conocimientos, innovaciones y prácticas se compartan equitativamente, de acuerdo a su legislación nacional.

---

6 Artículo 1 del CDB.

## 5 EL AMPARO EN REVISIÓN 241/2015

La Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió el 4 de noviembre de 2015 el Amparo en Revisión 241/2015. Este juicio se originó en los juicios de amparo promovidos por la comunidad maya de Pacchen No 753/2012 y Cancabchen (Sociedad de apicultores Miel y Cera de Campeche) No. 762/2012.

Los actos reclamados fueron la expedición de un permiso a favor de Monsanto para la liberación al ambiente en fase comercial de soya (*Glycine max L*) genéticamente modificada, solución Faena destinada a sembrarse en 253,500 hectáreas en cinco regiones que se ubican en la Península de Yucatán, Chiapas y la Planicie Huasteca.

En su acto reclamado, los quejosos señalaron como autoridades responsables de la expedición del permiso a la Dirección General de Sanidad Vegetal, Secretaría del Medio Ambiente y Recursos Naturales; Subsecretaría de Gestión para la Protección Ambiental; Secretaría de Agricultura, Ganadería, Desarrollo Rural, Pesca y Alimentación, Servicio Nacional de Sanidad Inocuidad y Calidad Alimentaria y Dirección General de Inocuidad Alimentaria, Acuícola y Pesquera.

Por razón de turno, de dicha demanda correspondió conocer al Juzgado Segundo de Distrito en el Estado de Campeche con residencia en la ciudad de San Francisco de Campeche, el cual mediante auto de veintiocho de junio de dos mil doce, tuvo por recibida la demanda y ordenó su admisión.

El juzgador decidió conceder el amparo y protección de la Justicia de la Unión respecto de los actos reclamados a la Secretaría de Agricultura, Ganadería, Desarrollo Rural, Pesca y Alimentación; Servicio Nacional de Sanidad, Inocuidad y Calidad Agroalimentaria; y Dirección General de Inocuidad Agroalimentaria, Acuícola y Pesquera, consistentes en la expedición del permiso de liberación al ambiente en fase COMERCIAL de soya genéticamente modificada tolerante al herbicida glifosfato a favor de la empresa Monsanto, por tiempo indefinido en municipios de Campeche.

Inconforme con la sentencia el Agente del Ministerio Público Adscrito al Juzgado Segundo de Distrito en Campeche promovió revisión de amparo que tocó conocer al Primer Tribunal Colegiado del Trigésimo Primer Circuito, con sede en San Francisco de Campeche. Lo remitió al Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Octava Región en Mérida, Yucatán; que a su vez lo remitió a la Segunda Sala de la Supre-

ma Corte de Justicia por estimar que había que hacer interpretación del artículo 2º fracción I de la Constitución.

En su recurso, el Ministerio Público argumenta que con la resolución emitida se violenta el derecho a la alimentación nutritiva, suficiente y de calidad, consagrado en el artículo 4º de la Constitución Federal, así como la rectoría del desarrollo nacional que corresponde al Estado para garantizar que dicho desarrollo sea integral y sustentable, lo cual implica impulsar a las empresas del sector social y privado de la economía, aspecto consagrado en el artículo 25 de la Constitución. Asimismo, alegó que las autoridades emitieron el acto reclamado en estricto apego a la normativa vigente, concretamente el artículo 33 de la Ley de Bioseguridad de Organismos Genéticamente Modificados y por tanto emitieron un acto debidamente fundado y motivado<sup>7</sup>.

Respecto a sus agravios, la Segunda Sala resuelve que de un análisis integral del recurso, es posible observar que el recurrente se limitó únicamente a transcribir los artículos constitucionales que consideró violados y exponer que el permiso impugnado había sido emitido conforme a la normatividad vigente, sin expresar razones o argumentos que explicaran por qué había llegado a dichas conclusiones. En este sentido, no puede considerarse que el recurrente haya expresado agravio alguno respecto de las consideraciones vertidas por el juez de distrito en la sentencia recurrida.

1. Para desvirtuar el agravio del Ministerio Público, la Sala señaló que si bien es cierto, el derecho a la alimentación es reconocido tanto en el artículo 4º de la Constitución Federal, como en diversos tratados internacionales de los que México es parte, entre los que destaca el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, concretamente su artículo 11; en el que se reconoce este derecho desde su doble vertiente, que implica por un lado, el derecho a estar protegido contra el hambre y por otro el de garantizar una alimentación adecuada, también lo es que, con la sentencia impugnada en nada se perjudica al referido derecho.
2. Los señores Ministros argumentaron que, con base a la controversia constitucional 32/2012, resuelta por el Tribunal Pleno, se violó el derecho humano de los indígenas a ser consultados, mediante procedimientos culturalmente adecuados, informados y de buena fe a través de sus representantes, cada vez que se prevean medidas susceptibles de afectarles directamente.
3. No se vulneró

---

7 Sentencia AR 241/2015 pp 37-38

el derecho a la alimentación, por el contrario, la referida consulta también podría incidir favorablemente en que se garantice que la alimentación sea de calidad, aunado a que, en el caso, también están en juego otros derechos humanos como la salud y un medio ambiente sano, razón por la cual tal agravio se declaró infundado. 4. El argumento de que la sentencia reclamada vulneraba la rectoría del desarrollo nacional del Estado, también fue infundado, toda vez que el Ministerio Público no expuso de qué manera se vinculaba el permiso otorgado a una empresa privada con la rectoría del Estado. Por el contrario, la Ley de Planeación contempla que las comunidades indígenas deben ser tomadas en cuenta, a través de sus representantes en la elaboración de dicho plan, obligando al Ejecutivo Federal a crear un apartado específico para todo lo concerniente a este sector de la población y especificando que cuando existan asuntos relacionados con el ámbito indígena, el Ejecutivo Federal deberá consultar, en forma previa, a las comunidades, para que éstas emitan su opinión correspondiente. 5. Por último, el agravio del Ministerio Público en el que aseguró que las autoridades responsables cumplieron a cabalidad con los lineamientos de la Ley de Bioseguridad de Organismos Genéticamente Modificados al emitir el permiso de liberación al ambiente en fase comercial, fue inoperante, toda vez que corresponde a las autoridades y no al Ministerio Público defender la legalidad de su actuar. (Zapeda Garduño, 2015).

Como se puede observar la Segunda Sala de la SCJN resolvió en una interpretación conforme porque coligó los tratados internacionales con el texto constitucional. Y en aplicación del principio pro persona le dio la interpretación más favorable a las pretensiones de los pueblos originarios de Campeche.

## **6 CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL 233/2016**

El 26 de octubre de 2016 se publicó en el Diario Oficial del Gobierno del Estado de Yucatán el Decreto 418/2016 por el que se declara al estado de Yucatán zona libre de cultivos agrícolas con organismos genéticamente modificados. El contenido normativo del Decreto es muy sucinto contiene únicamente dos artículos y un transitorio sobre el inicio de vigencia. Transcribimos a continuación los dos artículos del decreto:

#### Artículo 1. Declaratoria

Se declara al estado de Yucatán como zona libre de cultivos agrícolas con organismos genéticamente modificados, así como de productos contaminados, para fines agropecuarios o para la producción de insumos de uso humano y agropecuario, a fin de preservar la biodiversidad, la agrobiodiversidad y la calidad de los productos de las comunidades rurales y costeras.

#### Artículo 2. Promoción de los cultivos orgánicos

La Secretaría de Desarrollo Urbano y Medio Ambiente, en coordinación con la Secretaria de Desarrollo Rural, será la dependencia encargada de la promoción de los cultivos orgánicos, para lo cual realizará las siguientes acciones:

- I. Fomentar la inclusión de los productores agrícolas en el cultivo orgánico.
- II. Promover la entrega de semillas libres de organismos genéticamente modificados.
- III. Capacitar a los productores agrícolas sobre los cuidados de los cultivos.
- IV. Supervisar los cultivos para su correcto funcionamiento.
- V. Implementar esquemas de acción para la comercialización de los productos orgánicos.

Ahora bien, lo realmente interesante del decreto en cuestión son las consideraciones, bastante amplias, sobre las razones que llevaron al Ejecutivo del Estado a tomar esa decisión.

En primer lugar, el Gobernador del Estado invoca preceptos constitucionales. Señala el artículo 1º, primer párrafo que señala que todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en la constitución y en los tratados internacionales. Y, señala también el párrafo tercero que todas las autoridades en el ámbito de sus competencias tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. El otro precepto invocado es el artículo 4º constitucional párrafo sexto que señala que toda persona tiene derecho a un medio ambiente sano para su desarrollo y bienestar, y que el estado garantizará el respeto a este derecho y que el daño y deterioro ambiental generará responsabilidad para quien lo provoque en términos de lo dispuesto en la ley (Yucatán, 2016).

Posteriormente señala las normas de derecho convencional que considera son de aplicación. En primer lugar, el Convenio de la Diversidad

Biológica (CDB), que señala en su artículo 1, que sus objetivos son conservar la diversidad biológica, la utilización sostenible de sus componentes y la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos. También señala el Gobernador del Estado el artículo 6 del CDB que dispone que cada parte contratante, con arreglo a sus condiciones y capacidades particulares elaborará estrategias, planes o programas nacionales para la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica o adaptará para ese fin las estrategias, planes o programas existentes que habrán de reflejar, entre otras cosas, las medidas establecidas en este convenio que sean pertinentes para la parte contratante interesada; e integrarán, en la medida de lo posible y según proceda, la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica en los planes, programas y políticas sectoriales o intersectoriales<sup>8</sup>.

De capital importancia, para la protección de los derechos y cultura indígenas es el artículo 8j del CDB que señala que los estados parte, en la medida de lo posible y según proceda, con arreglo a la legislación nacional, deberán respetar, preservar y mantener los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica y promover su aplicación más amplia (Yucatán, 2016).

Por último, y no más importante, en punto al derecho convencional señala la Declaración de Río, el Principio 15 que establece el principio de precaución.

Sobre los considerandos de hecho, el Gobierno de Yucatán hace consideraciones similares al caso comentado en el apartado anterior. En primer lugar, pone de manifiesto la gran biodiversidad de flora y fauna de Yucatán, sus paisajes kársticos representados principalmente por cavernas y cenotes, su riqueza arqueológica y su cultura maya. Que el aprovechamiento integral y diversificado de los recursos naturales del Estado de Yucatán se realiza en un ambiente vulnerable a fenómenos meteorológicos que arrasan los cultivos, en consecuencia, los plaguicidas, constituyen una fuente de contaminación hídrica.

Pone de manifiesto, que la población que habita el Estado tiene como base para su subsistencia la biodiversidad y la agro diversidad,

---

8 Exposición de motivos del Decreto 218/2016 por el que se declara al estado de Yucatán zona libre de cultivos agrícolas con organismos genéticamente modificados. (Yucatán, 2016).

que es manejada y cuidada a través de prácticas tradicionales como la milpa que se caracteriza por la siembra de diversas especies de cultivos los cuales benefician a las familias, así como por otras actividades complementarias como la producción de miel, que es altamente cotizada en el extranjero, la ganadería de traspatio y la silvicultura. En concreto, más de 45,000 familias trabajan y dependen económicamente de este sistema agroforestal que distribuye ingresos familiares por más de 130 millones de pesos anuales.

El Gobierno del Estado pone de manifiesto también que en los últimos años se ha incrementado el cultivo de oleaginosas (la soya) para la producción de aceites, pero también para forraje de animales. Según el decreto en comento entre las soluciones que se han propuesto para enfrentar la demanda de oleaginosas se encuentra el cultivo de organismos genéticamente modificados, particularmente el uso de la soya transgénica, la cual es resistente al herbicida glifosato<sup>1</sup>, con el fin de obtener altos rendimientos mediante el control de las malezas. No obstante, entre las especies consideradas como malezas se incluyen algunas especies neotapoliníferas importantes para los apicultores

El Decreto expone en sus considerandos las autorizaciones controvertidas en el caso estudiado en el apartado anterior. Pero que a pesar del mismo, se siguen sembrando transgénicos en los polígonos autorizados. El polígono A abarca varios municipios del sur del Estado de Yucatán por un total de 751,298 hectáreas; y, el polígono B comprende varios municipios del oriente de Yucatán por un total de 305,663 hectáreas.

También se trae a colación la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) emitió una resolución a través de la cual obligó a considerar el polen presente en la miel como un ingrediente y no como un componente de esta como se había considerado hasta ese momento y, en consecuencia, determinó que la miel detectada con trazas de polen genéticamente modificado debería recibir la aprobación regulatoria antes de ser comercializada en Europa. Por lo que, independientemente de que este criterio sustentado por el TJUE continúe, en los contratos de compraventa de miel para exportación se especifica la condición de ser libre de organismos genéticamente modificados debido a las exigencias impuestas por los consumidores europeos. Como consecuencia de esa sentencia se incrementó la exigencia en la calidad de los productos exportados y la preocupación de los productores de miel con motivo de la presencia de soya transgénica en el territorio del estado de Yucatán. Finalmente, en abril de 2012, el laboratorio alemán Eurofins Genescan de-

tectó la presencia de transgénicos en la miel exportada de Yucatán, en una muestra proveniente del municipio de Tekax.

El Gobierno de Yucatán atendiendo al principio de precaución, determinado por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, el cual considera que “cuando las actividades humanas pueden conducir a un daño moralmente inaceptable, que es científicamente plausible pero incierto, se adoptarán medidas para evitar o disminuir ese daño. El daño moralmente inaceptable consiste en el infligido a seres humanos o el medio ambiente que: 1) Es una amenaza para la vida o la salud; 2) Es grave y efectivamente irreversible; 3) Es injusto para las generaciones presentes o futuras; 4) Es impuesta sin una consideración adecuada de los derechos humanos de las personas afectadas”.

Por ende, se estima necesario aplicar el principio de precaución ante el daño moralmente inaceptable de amenaza para la salud por la presencia de soya transgénica y el uso extensivo de agroquímicos; por el daño grave e irreversible a la actividad apícola, porque es injusto para las futuras generaciones; y porque atenta contra los derechos humanos de los productores mayas milperos o apicultores, la consulta previa, libre e informada, el derecho al trabajo, a la alimentación, a la comercialización e industrialización y a la propiedad social, así como el derecho humano a un ambiente sano.

El Poder Ejecutivo Federal promovió la Controversia Constitucional 233/2016 alegando como conceptos de invalidez que el Poder Ejecutivo del Estado de Yucatán carece de facultades para declarar la entidad federativa como zona libre de cultivos agrícolas con organismos genéticamente modificados e invade la esfera de atribuciones del Ejecutivo Federal en materia de El decreto combatido transgrede también lo dispuesto en el artículo 117 fracción V de la Constitución Federal, pues prohíbe indirectamente la entrada de mercancía al Estado de Yucatán.

El gobierno de Yucatán defendió la validez del decreto y expuso que no hay violación a las competencias porque en materia ambiental las facultades son concurrentes.

La SCJN resolvió la invalidez del Decreto 418/2016 sosteniendo la competencia de la Federación en materia de bioseguridad. Aplicando un criterio rígido de distribución de competencias entre la Federación y las entidades federativas proveniente del artículo 124 constitucional. Pero exhorta, en su resolutivo tercero al Poder Ejecutivo Federal a pronunciarse sobre la declaratoria en el ámbito de sus competencias.

## 7 CONCLUSIONES

I.- El cultivo de miel en la península de Yucatán es una actividad que se ve afectada por la siembra de soya transgénica. Debido a esa amenaza una comunidad de Campeche se organizó para solicitar el amparo y protección de la justicia federal. Por su parte, el gobierno de Yucatán declaró al estado, zona libre de OGM. Ante una misma situación, la SCJN resolvió de dos maneras diferentes.

II.- En el Amparo en Revisión 241/2015 la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación confirmó sendos amparos concedidos a comunidades indígenas de Campeche contra un autorización de la Secretaría de Agricultura, Ganadería, Pesca y Alimentación que autorizaba la liberación comercial de organismos genéticamente modificados resistentes al glifosfato. La Segunda Sala considera que los derechos de los pueblos indígenas, en este caso apicultores del pueblo maya, están por encima de los intereses de Monsanto, y por lo tanto se confirmaron los amparos que habían concedido los tribunales federales de Campeche.

III- Caso contrario fue la resolución de la Controversia Constitucional 233/2016, en la cual la Suprema Corte de Justicia invalidó el Decreto 418/2016 por el que se declara al estado de Yucatán zona libre de cultivos agrícolas con organismos genéticamente modificados. La Suprema Corte, valiéndose de un criterio rígido de distribución de competencias en materia ambiental, determinó que el Gobierno de Yucatán carece de facultades para esa declaratoria. Y recomendó, más no obligó, al Gobierno Federal a pronunciarse sobre la solicitud de declaratoria del estado como zona libre de transgénicos. Haciendo una interpretación restrictiva alejada del principio pro persona.

## REFERENCIAS

BECERRA RAMÍREZ, Manuel. **La propiedad Intelectual en transformación**. México: Porrúa UNAM, 2009.

GONZÁLEZ MERINO, Arcelia; CASTAÑEDA ZAVALA, Yolanda, Bioseguridad en biotecnología agrícola en México. La política de Estado y el papel de las organizaciones sociales. **Sociológica**, México, a. 34, n. 91, p. 195, maio/ago. 2019. Disponible en: <https://www.scielo.org.mx/pdf/soc/v34n97/2007-8358-soc-34-97-183.pdf>. Acceso: 29 abr. 2023.

Comunidades mayas de la Península de Yucatán contra la siembra de soya transgénica de Monsanto. 28 mar. 2017. Disponible en: <http://let.iiec.unam.mx/node/1292>. Acceso: 29 abr. 2023.

LÓPEZ BARRETO, Mauricio Feliciano. La decolonialidad como alternativa para la conservación de la biodiversidad. El caso de la meliponicultura en la península de Yucatán. **Península**, Mérida, v. 16, n. 1, p. 29-53, jan. 2021. Disponible en: <https://www.revistas.unam.mx/index.php/peninsula/article/view/77997>. Acceso; 30 abr. 2023

MELGAR FERNÁNDEZ, Mario. **Biotecnología y Propiedad Intelectual: un enfoque integrado desde el Derecho Internacional**. México: UNAM, 2005.

MIRANDA CAMARENA, Adrián Joaquín; NAVARRO RODRÍGUEZ, Pedro. El principio de interpretación conforme en el derecho constitucional mexicano. **Opinión Jurídica**, Medellín, v. 13, n. 26, p. 69-79, jul./dez. 2014. Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=94535421005>. Acceso en: 1 maio 2023.

MONSANTO. Evaluación de la seguridad de la soja Round Up Ready, evento 40-3-2. Cuaderno Técnico No 1, Madrid, 2015.

NÚÑEZ Irama; GONZÁLEZ GAUDIANO, Edgar; BARAHONA, Ana. La Biodiversidad, Historia y contexto de un concepto. **Interciencia**, Caracas, v. 28, n. 7, p. 387-393, jul. 2003. Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/339/33908204.pdf>. Acceso: 30 abr. 2023.

QUINTERO MATA, Gerardo. El principio pro persona, la fórmula del mejor derecho. **Cuestiones Constitucionales**, México, n. 39, p. 211, jul./dez. 2018. Disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/12654/14197>. Acceso 1 maio 2023

RIVERA DE LA ROSA, Alba Rosa; ORTÍZ PECH, Rafael. Producción de soya transgénica y miel en Yucatán, México: Impactos en la sustentabilidad de productores en Tekax. **Revista de Economía**, México, v. 34, n. 88, p. 45-81, 2017. Disponible en: <https://www.scielo.org.mx/pdf/remy/v34n88/2395-8715-remy-34-88-45.pdf> Acceso: 1 maio 2023.

ROSALES GONZÁLEZ, Margarita; RUDIO HERRERA, Amada. Apicultura y organizaciones de apicultores entre los mayas de Yucatán. **Estudios de Cultura**

**Maya**, México, n. 35, p. 163-183, 2010. Disponible en: <https://doi.org/10.19130/iifl.ecm.2010.35.27>. Acceso: 30 abr. 2023.

YUCATÁN (Estado) Decreto 218/2016 por el que se declara al estado de Yucatán zona libre de cultivos agrícolas con organismos genéticamente modificados. **Diario Oficial del Gobierno del Estado de Yucatán**, a. CXIX, n. 33, p. 17-26, 26 out. 2016. Disponible en: [https://www.yucatan.gob.mx/docs/diario\\_oficial/diarios/2016/2016-10-26\\_1.pdf](https://www.yucatan.gob.mx/docs/diario_oficial/diarios/2016/2016-10-26_1.pdf). Acceso: 1 may. 2023.

ZEPEDA GARDUÑO Ignacio, Amparo en revisión 241/2015, **Crónicas del Pleno y las Salas**, México, 2015.



# OS DIREITOS FUNDAMENTAIS PROCESSUAIS NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

GUILHERME TANGER JARDIM<sup>1</sup>

AUGUSTO TANGER JARDIM<sup>2</sup>

---

## 1 INTRODUÇÃO

O Direito é uma forma de memória da sociedade, cuja mais antiga e mais permanente das funções é a de instituir o passado, certificar os fatos ocorridos, garantir a origem dos títulos, das regras, das pessoas e das coisas. Esta missão de guardião da memória social foi, desde sempre, confiada aos juristas (Ost, 1999).

Uma reconstrução histórica de um determinado fenômeno jurídico pode ser realizada tomando por objeto de pesquisa diversas fontes. As fontes que usualmente são consultadas em pesquisas jurídicas são a lei (em sentido amplo), a doutrina e a jurisprudência. A análise de um determinado objeto (ou instituto jurídico) em comparação histórica (comparação vertical), tendo por base uma das fontes de pesquisa, permite verificar diversas questões importantes a seu respeito.

---

1 Doutor em Direito pela Università degli studi di Roma Tre (UNIROMATRE). Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Professor da graduação e pós-graduação em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP/RS). Advogado. E-mail: guilherme.tangerjardim@gmail.com.

2 Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Professor da graduação e pós-graduação em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP/RS). Advogado. E-mail: augusto\_jardim@yahoo.com.br.

Tomando a regulação de um determinado objeto de análise em perspectiva histórica, é possível perceber quando a preocupação com um determinado tema passou a ter repercussão suficiente para reclamar uma regulação geral e abstrata em lei. Pressupõe-se, portanto, que, em um processo fisiológico de criação de leis, o fato social precede o texto legal, cuja existência é demandada exatamente para servir de medida de comportamento dos sujeitos de direito em sociedade. Essa circunstância permite identificar quando uma sociedade passou a reconhecer como amplamente relevante um determinado tema a ponto de positivá-lo. Portanto, a positivação e as mudanças ao longo do tempo do texto legal, regulador de um determinado fenômeno jurídico, revelam, de forma bastante explícita, a evolução do pensamento a seu respeito.

Sob esse foco, passa-se a abordar os direitos fundamentais processuais postos ao longo da história nas constituições brasileiras com o objetivo de identificar, ao mesmo tempo, sua positivação e o contexto social em que as constituições vieram à luz.

Adverte-se, por fim, que as pretensões do presente artigo estão limitadas à apresentação de um panorama sintético da positivação dos direitos fundamentais processuais nas constituições brasileiras e a indicação pontual de eventos que influenciaram a sua compreensão. Portanto, foge ao objeto do presente artigo a demonstração pontual de como a doutrina, os tribunais e os legisladores (por meio de pesquisa nas fontes que lhes são próprias) efetivamente interpretavam, em cada período da história, cada um dos direitos indicados na constituição. Tamanha empreitada, se possível, demandaria um trabalho imensamente mais extenso e, portanto, incompatível com o esperado de um artigo científico.

## **2 INDEPENDÊNCIA, IMPÉRIO E A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1824**

As Constituições brasileiras e, como consequência, os direitos atrelados ao processo nelas postos ao longo do tempo foram, profunda e evidentemente, influenciados por fatores históricos, sociológicos e políticos (Cintra; Grinover; Dinamarco, 1998).

Primeiramente, importante destacar que o Brasil teve Estado antes de ter tido território e antes de ter tido povo (Souza Júnior, 2002). Nesse passo, o Brasil, ainda na condição de colônia de Portugal, viu no princípio do ano de 1821, os portugueses de todas as classes se pronuncia-

rem por uma constituição liberal, coisa que eles não entendiam; mas era liberdade vestida à portuguesa (D’Albuquerque, 1848). Porém, enquanto a primeira Constituição Portuguesa estava sendo promulgada, em 23 de setembro de 1822, a primeira Constituição Brasileira somente entraria em vigor em 25 de março de 1824 - após a declaração da independência política diante de Portugal, ocorrida em 7 de setembro de 1822.

A Carta de 1824 resultou ser, a um tempo, imperial e democrática; de inspiração francesa, filosófica e também napoleônica; idealista e realista; que devia tornar definitivas todas as conquistas, teóricas ou concretas do espírito revolucionário liberal (Lima, 1927), e nela estavam previstos expressamente os direitos: (a) ao juiz natural (Art. 179, XI); (b) ao acesso à justiça (Art. 179, XXX) e (c) à igualdade (Art. 179, XIII). Existia ainda, a previsão de tribunais para julgar causas em segunda instância, consagrando o direito ao duplo grau de jurisdição (Art. 158). No que tange ao direito ao devido processo legal, a doutrina nacional não é uníssona quanto a sua previsão na Constituição Imperial de 1824. Paulo Fernando Silveira sustenta que “não há como falar em garantias de direitos individuais ou, especificamente, da observância do princípio do devido processo legal, que sequer era expressamente mencionado” (Silveira, 1997, p. 117). Em sentido contrário, João Gualberto Garcez Ramos escreve que “A Constituição do Império, de 1824, em seu artigo cento e setenta e nove, inciso segundo, trazia um aspecto substancial do princípio” (Ramos, 2004, p. 101).

Muito embora na Carta Política de 1824 já se pudesse ver direitos atrelados ao processo ainda hoje presentes no texto da Constituição Federal de 1988, em vigor, mostra-se fundamental a referência de que, à época, o Executivo não só se arrogava o direito de discutir a justiça das decisões do Judiciário como também estava disposto a punir todos aqueles que no seu exclusivo juízo agissem em desacordo com suas crenças (Nogueira, 1999). Isso se dava em razão de o poder (Poder Moderador) concedido ao Imperador pela própria Constituição de 1824 (Art. 98) permitir a imposição de aposentadorias compulsórias ou outras suspensões (Art. 101), bem como a transferência de magistrados (Art. 153).

### **3 A PRIMEIRA REPÚBLICA BRASILEIRA E A CONSTITUIÇÃO DE 1891**

A Constituição do Império durou 67 anos, representando o período de duração mais longo de uma Constituição em toda a história bra-

sileira. Essa carta foi substituída pela primeira Constituição republicana, dominada pelo pensamento de Ruy Barbosa, principal autor do projeto da Constituição de 1891 (Pimenta, 2007). De uma só vez, o Brasil, que era um Estado monárquico, parlamentarista, unitário e descentralizado, passa a ser um Estado republicano, presidencialista e federativo (Souza Júnior, 2002).

Muito embora a Carta de 1891 tenha sido a mais disjuntiva e descentralizadora, em termos federativos da história brasileira, fenômeno que fez com que um conjunto significativo de atribuições – dentre as quais a de legislar sobre a matéria processual – fosse deferido constitucionalmente para os legisladores das esferas estaduais (Cruz, 2004), os direitos processuais constantes da Carta Imperial foram ratificados e a eles incorporados outros de alta relevância. Vale referir que, na seara processual, a Carta de 1891 representou uma grande recepção de modelo de direito estrangeiro no sistema brasileiro: a recepção do modelo constitucional dos Estados Unidos da América (Sarlet; Marinoni; Mitidiero, 2019).

Quanto aos direitos processuais, mostram-se presentes no texto da Constituição de 1891 o (a) da igualdade (Art. 72, § 2º); (b) do acesso à justiça (Art. 72, § 9º); e (c) do juiz natural (Art. 72 § 23). O direito ao duplo grau de jurisdição vem de forma implícita, tanto na dicção do parágrafo 16 do Artigo 72, quanto ao dispor sobre a organização dos tribunais e dos recursos cabíveis (Arts. 59 e 60). Também de modo implícito, o direito ao devido processo legal pode ser visto na Carta de 1891, seja na parte final do parágrafo 15º, do Artigo 72, seja pela redação do parágrafo 16º, do mesmo dispositivo, ainda que fizesse expressa menção ao processo penal.

Reforça a presença desse direito naqueles tempos, como bem lembra Adhemar Ferreira Maciel (Maciel, 2000), o Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890 (responsável pela criação do Supremo Tribunal Federal e da Justiça Federal, que teve como modelo o famoso *Judiciary Act* de 1789), que, em seu penúltimo Artigo (386) dispunha: “Os estatutos dos povos cultos e especialmente os que regem as relações jurídicas na República dos Estados Unidos da América do Norte, os casos de *Common Law* e *Equity*, serão também subsidiários da Jurisprudência e processo federal”.

Ainda que atrelado ao processo penal, o direito à ampla defesa aparece textualmente na Carta de 1891, em seu Artigo 72, § 16: “Aos acusados se assegurará na lei a mais plena defesa, com todos os recursos e meios essenciais a ela, desde a nota de culpa”. Ratificando tal entendimento, Carolina Alves de Souza Lima refere que, “a Constituição de 1891 resguardou tanto o direito à Ampla Defesa, de forma explícita, como o do Duplo Grau de Jurisdição, de forma implícita” (Lima, 2004, p. 77).

#### 4 O “ESTADO NOVO” E AS CONSTITUIÇÕES DA DÉCADA DE 1930

A segunda Constituição da República foi promulgada em 16 de julho de 1934 sob a influência da Constituição de Weimar de 1919 e da Constituição espanhola de 1931, ambas constituições oriundas do ambiente pós-Primeira Guerra na Europa, que era de construção do chamado Estado social ou estado de bem-estar, também denominado *Welfare State* (Chueiri, 2008). Na Constituição de 1934, a técnica de repartição de poderes utilizada foi empregada para aliviar a grande descentralização havida com a Constituição de 1891, quando os Estados-membros alcançaram uma autonomia tão grande que houve comprometimento da Unidade Federal. Assim, ao passo que na Constituição de 1891 havia os poderes enumerados da União e aqueles que não o fossem estariam livremente reservados aos Estados Federados, a Constituição de 1934 introduziu a técnica da legislação da União e da legislação supletiva e complementar dos Estados Federados.

Essa técnica pretendia que os Estados atendessem as peculiaridades locais, sob a condição de não dispensarem as exigências da legislação federal (Art. 5º, § 3º, da Constituição de 1934) (Melo, 2008). Então, com a competência da União para legislar sobre processo ditada constitucionalmente em 1934, tornou-se necessária a preparação de um novo Código de Processo Civil; tendo o governo organizado comissões de juristas encarregados daquela tarefa (Cintra; Grinover; Dinamarco, 1998).

No âmbito dos direitos processuais, a Carta de 1934 manteve no texto, com algumas modificações de redação, os direitos à igualdade (Art. 113, 1); ao acesso à justiça (Art. 113, 10); ao juiz natural (Art. 113, 25); e à ampla defesa (Art. 113, 24). Manteve também, de forma implícita, o direito ao devido processo legal (Art. 113, 26) e ao duplo grau de jurisdição (Art. 113, 24). A Carta de 1934 trouxe, porém, pela primeira vez ao texto constitucional o direito ao processo em tempo razoável, ainda que relacionado, à época, apenas ao procedimento administrativo (Art. 113, 35).

Getúlio Vargas, então Presidente da República, experimenta dificuldades para adaptar-se às regras democráticas e ao princípio da alternância no poder, suportando por apenas três anos as obrigações impostas pela Existência de uma Carta Fundamental (Seitenfus, 2003). No dia 10 de novembro de 1937, Getúlio Vargas reuniu o Ministério e, diante dos Microfones da Rádio Nacional, apresentou ao país uma nova Constitui-

ção (Ferreira, 2007). O golpe era esperado, uma vez que, desde o final de 1935, o governo havia conseguido, com o apoio ou consentimento da maioria do Congresso, uma importante concentração de poderes, solicitada sob a alegação de que pairava sobre a nação a ameaça de sedição comunista (Penna, 2008). Estava criado o que se chamou de “Estado Novo”.

Sob o prisma dos direitos processuais e demais garantias fundamentais do cidadão, houve evidente retrocesso na Carta de 1937 (Fausto, 2006). Muito embora os “direitos e garantias individuais” (assim nominados no texto da Carta) estivessem expressos nos artigos 122 e 123, Getúlio Vargas governou o país com base apenas nas disposições transitórias e finais da Constituição de 1937, as quais conferiam ao Presidente da República a plenitude dos poderes (executivo e legislativo), enquanto não se reunisse o Parlamento (Art. 180). O Parlamento, no entanto, somente seria eleito após a realização de um plebiscito nacional para ratificar a Constituição (Art. 187) e seria convocado quando e como o presidente o desejasse (Art. 178), o que jamais se efetivou ao longo daquele governo (Carvalho, 2008).

Da análise da Carta de 1937, constata-se que muitos dos direitos constitucionais aplicáveis ao processo civil constantes das Constituições anteriores foram suprimidos do texto da nova Constituição. O acesso à justiça, bem como ao juiz natural figuram como exemplos disso. E, da recapitulação dos fatos ocorridos naquela época, os direitos que permaneceram positivados (igualdade – artigo 122, 1º) foram, na prática, suspensos indeterminadamente junto com todas as demais garantias fundamentais (Costa, 2006). Sob esse clima ditatorial, adveio, em 1939, o primeiro Código de Processo Civil Brasileiro (Decreto-Lei nº 1.608/1939). Conforme a exposição de motivos apresentada ao Presidente Getúlio Vargas, em 24 de julho de 1939, o novel diploma processual destinava-se a “pôr sob a guarda do Estado a administração da justiça, subtraindo-a à discreção dos interessados”.

Apesar da convicção de Vargas de que o aparato autoritário do Estado Novo era necessário para atingir suas metas nacionalistas, essa política de restrições às liberdades individuais dos cidadãos desgostava grande parte da sociedade brasileira, que somente não se levantou em oposição ao governo na primeira metade da década de 40 porque a Segunda Grande Guerra estimulava sobremaneira a economia brasileira, elevando o padrão de vida da população (Levine, 2001). Com maiores liberdades dadas à imprensa – fruto justamente do engajamento do Brasil na campanha contra o Eixo – e com a exaltação das ideias de liberdade trazidas pelos ventos da guerra, tornou-se impossível a Vargas a manutenção de seu regime di-

tatorial. Ao cair da noite de 29 de outubro de 1945, teve início no Rio de Janeiro um movimento das forças do Exército, que culminou com a queda de Getúlio Vargas e o fim do Estado Novo (Fausto, 2006).

## **5 A CONSTITUIÇÃO DE 1946: INTERLÚDIO ENTRE O ESTADO NOVO E O REGIME MILITAR**

Com a promulgação da Constituição de 1946, o Estado brasileiro reingressou no sistema constitucional de Estado liberal afirmando suas aspirações de um país de tradição democrática (Riccitelli, 2007). Inspirada em grande parte no texto da Constituição de 1934, a Carta de 1946 teve como eixos básicos a consolidação de um sistema político fundado na democracia representativa, a institucionalização da federação e da autonomia municipal e a progressão no tratamento constitucional dos direitos e garantias fundamentais (Pimenta, 2007). O que mais contribuiu para a aproximação dos textos das constituições de 1934 e 1946 foi a coincidência dos fatores políticos que inspiraram a elaboração constitucional, orientada, nos dois momentos, pelo pensamento de uma reação contra os exageros do presidencialismo da República Velha, ou contra as tendências ditatoriais, que modelaram a Carta de 1937 (Baleeiro; Sobrinho, 2001).

Sob a nova égide da democracia, a Constituição de 1946 não anuiu em que se desse aos Estados-membros qualquer competência em matéria de direito processual civil (Miranda, 1960). Tal centralização se encontrava expressa em seu Artigo 5º, inciso XV, alínea “a” e mantinha a aplicabilidade exclusiva do Código de Processo Civil de 1939 em todo o território nacional.

Em seu Artigo 141, a Constituição de 1946 recuperou com cores vivas os direitos processuais da igualdade (Art. 141, § 1º) e do acesso à justiça (Art. 141, § 4º). Sobre este último, frisa-se que o texto do artigo da Carta de 1946 é muito similar ao texto da atual Constituição de 1988 (Art. 5º, XXXV). Porém, com a supressão do termo “individual”, a Carta de 1988 rompeu com o paradigma individualista da tutela de direitos (Didier Júnior; Zaneti Júnior, 2007) e abriu as portas à tutela dos direitos coletivos e difusos no plano constitucional brasileiro.

A Carta de 1946 também dispôs sobre os direitos à ampla defesa e ao duplo grau de jurisdição (Art. 141, § 25); ao juiz natural (Art. 141, § 26); ao devido processo legal (Art. 141, § 27), não mais vinculado expressamente ao processo penal, como ocorreu na Constituição de 1934, mas

de forma ampla e irrestrita; e ao processo em tempo razoável (Art. 141, § 36, I), também atrelado, tal e qual ocorreu na Carta de 1934, diretamente à esfera administrativa.

A Carta de 1946 sobreviveu à renúncia de um presidente (Jânio da Silva Quadros, em 25 de agosto de 1961) e a um breve período de parlamentarismo no Brasil (de setembro de 1961 a janeiro de 1963), mas não resistiu ao golpe de 1º de abril de 1964, onde as forças armadas acabaram tomando a direção do Estado. E, para que esse novo regime pudesse ser exequível, foi fundamental ferir de morte a Constituição da República.

## **6 O GOLPE MILITAR DE 1964 E A CONSTITUIÇÃO DE 1967**

O caminho dos militares não poderia ter sido outro que o da centralização e fortalecimento do Poder Executivo, onde o período de abril de 1964 a dezembro de 1966 registrou nada menos do que a edição de quatro atos institucionais e quinze emendas constitucionais (Bonavides, 2006). O primeiro dos atos institucionais (AI-1), dentre outras medidas, instituiu eleições indiretas para presidente da República, e a suspensão dos direitos políticos de todos aqueles que eram identificados com as ideias socialistas/comunistas e/ou contrárias ao regime militar instaurado. Além disso, suspendeu a eficácia da Constituição vigente e, com ela, todas as garantias individuais do cidadão. Mas a necessidade de institucionalizar a revolução era uma constante no pensamento dos integrantes do movimento de 1964, e é por isso que havia tanta preocupação com a edição de uma nova Constituição (Bonavides, 2006).

Em 07 de dezembro de 1966, o Ato Institucional Número Quatro (AI-4) convocou o Congresso Nacional para a votação e promulgação da nova Constituição. Em 24 de janeiro de 1967, entrou em vigor a sexta Carta Política do Brasil, e com ela foram renovadas as esperanças de que o fim dos famigerados Atos Institucionais estivesse próximo. Formalmente, restaram postos no seu texto os direitos processuais da igualdade (Art. 150, §1º); do acesso à justiça (Art. 150, § 4º); da ampla defesa (Art. 150, § 15, primeira parte), duplo grau (implícito na existência de tribunais) e juiz natural (Art. 150, § 15, segunda parte). De outra parte, os direitos ao devido processo legal e ao processo em tempo razoável foram retirados da redação, o que evidentemente se podia esperar que ocorresse.

Muito embora houvesse a esperança de redemocratização pela entrada em vigor da Constituição de 1967, o Ato Institucional Número Cinco (AI-5), implementado em 13 de dezembro de 1968, veio sepultar essa esperança (Bonavides, 2006). Isso porque tal Ato Institucional afrontou a índole do povo brasileiro e suspendeu de forma traumática os direitos e as liberdades dos cidadãos, estabelecendo uma ditadura em que os generais, ao receberem a quarta estrela, se achavam no direito de receber uma quinta: o cargo de presidente da república (Contreiras, 2005).

Em 17 de outubro de 1969, os Ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar promulgaram a Emenda Constitucional nº 1 à Constituição de 1967, que foi, na realidade, uma nova Carta outorgada pela Junta Militar que, então, governava o país (Faria, 2007). Esse novo texto trouxe poucas alterações ao sistema judiciário (Sampaio, 2007) e nenhuma aos direitos constitucionais do processo civil, que continuaram dispostos da mesma maneira como na Carta de 1967, sendo descumpridos, como desde o início do golpe militar.

## **7 A REDEMOCRATIZAÇÃO E A CONSTITUIÇÃO DE 1988**

Passados mais de vinte anos de duração dos chamados “anos de chumbo”, soava a hora de construir-se uma nova cidadania, desembrutecer a sociedade, que se descobria exausta, dividindo-se entre patrícios, plebeus e párias (Lopez; Mota, 2008). A redemocratização do Brasil iniciou com a eleição indireta de um presidente civil, no ano de 1985, chegando a uma nova Constituição em 1988 – a “Constituição Cidadã” – ainda em vigência.

A Constituição Federal de 1988, aprovada em um contexto econômico e social difícil (a inflação acumulada no ano de 1988 foi de 1.037,56%) (Sampaio, 2006), reafirmou, como fundamento da ordem jurídica, o princípio da legalidade, fonte de direitos e deveres, além do limite ao poder do Estado e à autonomia da vontade (Tacito, 2004). Acentuou ainda, a tendência de converter o processo em instrumento de defesa da cidadania e dos valores consagrados na nova ordem constitucional (Lopes, 2004). Dessa forma, não tratou apenas de conformar o processo às normas constitucionais, mas de empregá-las no próprio exercício da função jurisdicional (Oliveira, 2014).

Como direitos fundamentais processuais, a Constituição brasileira de 1988, prevê expressamente: o do acesso à justiça (Art. 5º, inciso

XXXV); o do juiz natural (Art. 5º, incisos LIII e XXXVII) o do contraditório e ampla defesa (Art. 5º, inciso LV); o da publicidade dos julgamentos e motivação das decisões judiciais (Art. 93, inciso IX); e o da razoável duração do processo (Art. 5º, inciso LXXVIII).

## 8 CONCLUSÃO

Ao fim deste estudo, constata-se que os direitos fundamentais processuais – muito embora não com esse rótulo expresso – sempre estiveram presentes – em maior ou em menor medida – nas constituições brasileiras.

Contudo, quando se realiza pesquisa histórica de fontes, é importante não se perder de vista que a um mesmo texto (legal) pode ser atribuído significado distinto ao longo do tempo. Isso se deve ao fato de que, em perspectiva histórica, ainda que o texto permaneça o mesmo, os intérpretes, ao modificarem suas condições culturais e valorativas tendem a atribuir sentido diverso ao dado em outro contexto histórico-cultural, ainda que em um mesmo espaço geográfico.

Para perceber a validade dessa afirmação, basta cogitar do significado de igualdade ao longo do tempo em um mesmo lugar. Tomando o (jovem) Brasil como referência, observa-se, com facilidade, que a noção de igualdade, embora reconhecida socialmente como desejável em qualquer tempo, era bastante diferente no século XIX do que a empregada no século XXI.

Na mesma perspectiva, para que se possa dimensionar essa diferença, a busca pela igualdade no século XIX era admitida em um contexto em que, por exemplo, era admitida a escravidão (abolida em 1888) e era proibido o voto de mulheres (direito conquistado em 1932). Uma interpretação mesmo que muito simplificada da igualdade (dentre outros direitos e garantias) hoje abomina ambas as situações anteriormente mencionadas.

O tema da interpretação dos textos legais ao longo do tempo ganha contornos ainda mais difusos quando se analisa a Constituição. Tida a Carta como norma fundamental de um determinado estado e alicerce para todo o ordenamento jurídico, espera-se do seu texto uma maior abertura interpretativa (o que, no caso da Constituição brasileira nem sempre acontece/aconteceu). Sendo assim, sublinha-se que é por meio da legislação infraconstitucional (leis complementares, leis ordinárias) e dos precedentes que se busca a redução da indeterminação do significado do texto.

No plano da legislação ordinária, é sensível a mudança estrutural que os direitos fundamentais processuais sofreram. Ao longo da história

do processo civil brasileiro foram promulgados três Códigos de Processo Civil com abrangência nacional, nos anos de 1939, 1973 e 2015.

Todos os códigos apresentavam preocupações, ainda que com nome diversos, em relação aos direitos fundamentais processuais. Os dois primeiros códigos foram promulgados em períodos de baixa representatividade democrática (Estado Novo e Regime Militar) e tratavam de forma técnica, procedimental, dos *princípios* do contraditório, da ampla defesa dentre outros. As garantias constitucionais do período dos códigos de 1939 e 1973 eram refletidas nas normas processuais e em mecanismos técnicos, não possuindo de forma explícita como normas de direção e interpretação dos fenômenos processuais. Por outro lado, o Código de Processo Civil de 2015, criado sob a vigência da Constituição de 1988 e em pleno regime democrático, dedica seus artigos iniciais ao tratamento das normas fundamentais processuais ampliando, inclusive, o catálogo previsto na Constituição.

Em face disso, a observação do impacto do texto constitucional nas leis que lhe são subordinadas revela como a forma de encarar os direitos fundamentais em um ordenamento jurídico pode variar ainda que tomado um mesmo texto em consideração.

## REFERÊNCIAS

BALEEIRO, Aliomar e SOBRINHO, Barbosa Lima. **Constituições Brasileiras:** 1946. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

BONAVIDES, Paulo. **História constitucional do Brasil.** 8. ed. Brasília: OAB Editora, 2006.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional.** 14. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

CHUEIRI, Vera Karam de. **Fundamentos do Direito Constitucional.** Curitiba: IESDE, 2008.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo.** 14. ed., São Paulo: Malheiros, 1998.

CONTREIRAS, Hélio. **AI-5 - A Opressão no Brasil**. Rio de Janeiro: Record, 2005.

COSTA, Emília Viotti da. **O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania**. 2. ed., São Paulo: UNESP, 2006.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição Constitucional Democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

D'ALBUQUERQUE, Salvador Henrique. **Resumo da História do Brasil**. Pernambuco: Typografia Imparcial, 1848.

DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo**. 2. ed., vol. 4, Salvador: Juspodium, 2007.

FARIA, Edimur Ferreira de. **Curso de Direito Administrativo Positivo**. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

FAUSTO, Boris. **Getúlio Vargas: o poder e o sorriso**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

FERREIRA, Jorge (Org.). **O tempo do nacional-estatismo: do início da década de 1930 ao apogeu do Estado Novo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007. v. 2.

LEVINE, Robert M. **Pai dos pobres? O Brasil e a era Vargas**. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

LIMA, Carolina Alves de Souza. **Princípio constitucional do duplo grau de jurisdição**. Barueri: Manole, 2004.

LIMA, Manoel Oliveira. **O Império Brasileiro (1822-1889)**. São Paulo: Melhoramentos, 1927.

LOPES, João Batista. Função social e efetividade do processo civil. **Revista Dialética de Direito Processual**, n. 13, abr. 2004.

LOPEZ, Adriana; MOTA, Carlos Guilherme. **História do Brasil**. São Paulo: SENAC São Paulo, 2008.

MACIEL, Adhemar Ferreira. **Dimensões do direito público**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

MELO, José Tarcízio de Almeida. **Direito Constitucional do Brasil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à Constituição de 1946**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1960.

NOGUEIRA, Octaciano. **Constituições Brasileiras: 1824**. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, 1999.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS**, v. 2, n. 4, 2014.

OST, François. **O tempo do Direito**. Tradução de Maria Fernanda Oliveira, Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

PENNA, Lincoln de Abreu (Org.). **Manifestos políticos do Brasil contemporâneo**. Rio de Janeiro: E-papers, 2008.

PIMENTA, Marcelo Vicente de Alkmim. **Teoria da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

RAMOS, João Gualberto Garcez. Evolução histórica do princípio do devido processo legal. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**, Curitiba, SER/UFPR, n. 46, 2004.

RICCITELLI, Antonio. **Direito Constitucional: teoria do Estado e da Constituição**. 4. ed. Barueri: Manole, 2007.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Conselho Nacional de Justiça e a independência do judiciário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Constituição e crise política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed., São Paulo: Saraiva, 2019.

SEITENFUS, Ricardo. **O Brasil vai à guerra: o processo do envolvimento brasileiro na Segunda Guerra Mundial**. 3. ed., Barueri: Manole, 2003.

SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido processo legal**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **Constituições do Brasil**. Porto Alegre: Editora Sagra Luzatto, 2002.

TACITO, Caio. **Constituições Brasileiras: 1988**. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, 2004.



# ARISTAS DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN EL PROCESO JUDICIAL

HUGO CARLOS CARRASCO SOULÉ LÓPEZ<sup>1</sup>

---

## 1 INTRODUCCIÓN

La historia humana ha sido moldeada por las acciones y decisiones que han tomado las personas, lo que ha llevado a un proceso civilizatorio. “Las revoluciones industriales, desde la agricultura hasta la inteligencia artificial, anuncian la transformación de la humanidad” (Schwab, 2016, p. 5). Este trabajo explora la relación entre la inteligencia artificial (IA) y el proceso legal que ha transformado la forma en que vivimos y nos relacionamos.

El artículo se centra en la relación entre la IA y el proceso judicial, así como el desafío complejo que representa esta relación debido a la interdependencia de los distintos componentes que la integran. Los desafíos se extienden a la justicia digital y la tecnología jurídica (legaltech), que son propuestas para mejorar la gestión y toma de decisiones judiciales a través de la innovación tecnológica. En última instancia, se trata de una transformación de la humanidad impulsada por la inteligencia artificial.

---

1 Licenciado, Maestro y Doctor en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, institución de la cual es catedrático en las divisiones de estudios profesionales y de estudios de posgrado; candidato a miembro del Sistema Nacional de Investigadores (SNI) del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología; culminó sus estudios postdoctorales internacionales en “Nuevas Tecnologías y Derecho” en el *Mediterranea International Centre for Human Rights (MICHR)* de la *Universidad “Mediterranea” de Reggio Calabria* (Italia); cuenta con un master en Derecho en la Universidad de Syracuse de Nueva York y con un Diplomado en Inteligencia Artificial y Derecho impartido por la Universidad de Salamanca, España. hcarrascos@derecho.unam.mx;

## 2 LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL

En los años 50's, el informático y teórico británico Alan Turing publicó un artículo cuyo eje principal planteaba la posibilidad de que las máquinas pudieran imitar el razonamiento humano. A pesar de que ese momento en la historia es muy distinto a la realidad que hoy vivimos, la pregunta sobre la capacidad de imitación de las máquinas sigue siendo un tema inquietante en la actualidad, especialmente al pensar en asistentes virtuales como Alexa, Siri, el asistente de Google, o aplicaciones como el ChatGPT o Sophia, que imitan actos de interacción.

Definir a la IA resulta complejo en cuanto a su evolución, enorme dinamismo y resiliencia. El Grupo de Expertos de Alto Nivel en Inteligencia Artificial creado por la Comisión Europea (2019, p. 11) propuso la siguiente definición:

La inteligencia artificial (IA) se refiere a sistemas diseñados por humanos que, con un objetivo complejo, actúan en el mundo físico o digital al percibir su entorno, interpretar los datos estructurados o no estructurados recopilados, razonar sobre el conocimiento derivado de estos datos y decidir la mejor acción (es) a tomar (de acuerdo con parámetros predefinidos) para lograr el objetivo dado. Los sistemas de IA también pueden diseñarse para aprender a adaptar su comportamiento al analizar cómo el medio ambiente se ve afectado por sus acciones anteriores. Como disciplina científica, la IA incluye varios enfoques y técnicas, como el aprendizaje automático (de los cuales el aprendizaje profundo y el aprendizaje de refuerzo son ejemplos específicos), el razonamiento automático (que incluye planificación, programación, representación y razonamiento, búsqueda y optimización del conocimiento), y robótica (que incluye control, percepción, sensores y actuadores, así como la integración de todas las demás técnicas en sistemas ciber físicos).

Algunos autores han acogido la definición sostenida en la Unión Europea, entre ellos, Bujosa-Vadell (2022, p. 737), "El término "inteligencia artificial" (IA), se aplica a los sistemas que mantienen un comportamiento inteligente, pues son capaces de analizar su entorno y pasar a la acción- con cierto grado de autonomía- con el fin de alcanzar objetivos específicos".

En consecuencia, la IA debe estudiarse como una disciplina científica, toda vez que busca que las computadoras hagan las mismas cosas que hace la mente humana. Para llegar a estos resultados, la IA procesa

los datos suministrados creando redes neuronales artificiales<sup>2</sup> que le permiten llegar a una conclusión o resultado.

En el campo de la informática y sus áreas conexas como el aprendizaje automático, el procesamiento del lenguaje natural y el desarrollo de sistemas expertos, la IA permite que las máquinas procesen grandes cantidades de datos y realicen cálculos complejos muy rápidamente (superando el razonamiento humano en términos de tiempo de cálculo).

Con relación al proceso la clave de la IA es un algoritmo, entendido como “el esquema ejecutivo de la máquina que almacena todas las opciones de decisión en función de los datos que se vayan conociendo” (Nieva, 2018, p. 21). Este plan de ejecución es el resultado de la decisión del hombre que surge de su propia programación.

Ahora bien, si pensamos que un “algoritmo es una serie de instrucciones escritas en código, que le da instrucciones a una máquina paso a paso” (Cabral, 2019, p. 112). No existe una sola clase de algoritmos, sino varios con capacidad para aprender, hacer predicciones basadas en patrones y capacidad para desarrollar nuevos algoritmos (es decir, algoritmos que están programados para crear otros algoritmos sin mediar una nueva programación humana), algunos algoritmos pueden recibir “*feedback*” sobre la validez de los resultados, lo que permite modificar el algoritmo original para lograr resultados más eficientes.

Como se observa de las definiciones citadas sobre IA, estas se enfocan en: “(i) máquinas que piensan como humanos; (ii) máquinas que piensan racionalmente; (iii) máquinas que actúan como humanos; (iv) máquinas que operan racionalmente” (Bonina, 2020, p. 2). La racionalidad práctica como razonamiento prudencial consciente parte del núcleo del problema, que se basa en el razonamiento tanto en el pensamiento cognitivo y lógico como en el razonamiento sobre la acción, la interpretación, la toma de decisiones y el comportamiento.

Es que, al tratar de aprovechar a la IA en la vida cotidiana, por ejemplo, para optimizar o simplificar tareas al usar los motores de búsqueda de un sitio web o al usar redes sociales, servicios de “*streaming*”, es-

---

2 El funcionamiento neuronal artificial, debe ser alimentado por datos (*input*) que permitan enseñarle al ordenador las soluciones correctas a una problemática. Luego, se le pedirá que resuelva un problema, el algoritmo responderá a lo enseñado y emitirá una respuesta (*output*), que será la decisión automatizada. Es importante establecer que el “algoritmo” es definido como el conjunto de instrucciones y reglas a través del cual la máquina puede solucionar el problema planteado, en función de la información y los datos que le son dados.

cuchar música, ver películas o series de televisión, o para geolocalizarse de un lugar a otro, se está haciendo uso de tecnologías exponenciales, es decir, tecnologías cuya velocidad y potencia se duplican cada año mientras que sus costos disminuyen, por lo que tienden a ser de uso masivo. A su vez, el uso de estas tecnologías moldea el comportamiento de los usuarios de la web (producción de data y big data en función al volumen que recopila).

En este sentido, cabe señalar que un ordenador es capaz de manejar grandes cantidades de datos, y es factible reconocer que puede colapsar si tiene que procesar una gran cantidad de datos al mismo tiempo.

Se dice que el ordenador no tiene sentimientos, pero puede programarse para reaccionar en función de los algoritmos cargados en él.

Un ejemplo de ello, en junio de 2022, los ingenieros de Google hicieron la pregunta ¿LAMBDA<sup>3</sup> es sensible?, ampliando el debate sobre la IA. De las conversaciones que el ejecutivo de Google tuvo con la aplicación LAMBDA, concluyó que estaba con una persona sensible, y había superado la prueba de Turing. (Oremus, 2022).

Aquí, es muy importante atender que en la carga digital no se produzcan ni se reproduzcan sesgos que puedan afectar a los diversos colectivos en condiciones de vulnerabilidad (vgr. sesgos discriminatorios hacia niños, niñas, adolescentes, mujeres, sesgos raciales y tantas otras maneras de discriminación).

### **3 LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y EL DERECHO: LA RELACIÓN, PRINCIPIOS, REGLAS Y “ALGORITMOS”**

#### **3.1 Reglas procesales: similitud y diferencia con los algoritmos**

El paradigma de Justicia 3.0 ha traído grandes beneficios a los operadores jurídicos y ha establecido las bases necesarias para la implementación del paradigma 4.0. Inicialmente, a través de sistemas informáticos y sitios web del poder judicial, se logró el seguimiento de los expedientes sin la necesidad de contacto físico con las actuaciones.

---

3 Lambda (“Language Model for Dialogue Applications”) es una plataforma informática sin servidor basada en eventos. Es un servicio informático que ejecuta un código en respuesta a eventos y administra automáticamente los recursos informáticos requeridos por medio de códigos.

Con la incorporación de portales interactivos, se ha acelerado la realización de algunas tareas, como la consulta de expedientes, la realización de notificaciones electrónicas, la presentación de escritos o recursos, etc. Sin embargo, creemos que este proceso de cambio está en sus inicios y que el uso de tecnologías emergentes en el paradigma 4.0 puede generar una transformación significativa en la forma y el tiempo en que se realizan las tareas del proceso judicial actual. Para lograr esto, es importante entender cómo se pueden aplicar los sistemas inteligentes y técnicas al proceso y hacer una reingeniería a través de su implementación.

La lógica detrás de muchos programas informáticos se basa en un conjunto de reglas informáticas que se ejecutan. Del mismo modo, los códigos procesales también contienen numerosas reglas e instrucciones que se dirigen a los operadores jurídicos. Esta similitud permite programar o “entrenar” a los algoritmos para que detecten o apliquen muchas de las reglas contenidas en los Códigos. Sin embargo, es importante considerar y advertir previamente sobre las dificultades que pueden surgir al aplicar una norma jurídica.

### **3.2 Interpretación y aplicación de la norma jurídica**

Como es sabido, existen diferentes interpretaciones del significado de las normas jurídicas en la teoría del derecho, el estándar habitual asume que cualquier norma puede expresarse en un lenguaje, pero una “norma” en sentido estricto no es un conjunto de símbolos de un lenguaje, sino el significado expresado por estos símbolos. En otras palabras, las leyes del lenguaje natural son emitidas por un órgano con competencia para ello, que, en términos coloquiales son las leyes del Congreso, es decir, las “palabras del legislador”.

Por otra parte, señala Rodríguez (2002, p. 15)

Una norma en sentido estricto es el resultado de la interpretación de la redacción anterior por parte del órgano judicial competente, es decir, mientras que una redacción normativa es sólo un enunciado (letra de la ley) la norma es el enunciado más un resultado de esta afirmación con un significado interpretativo.

La interpretación es, pues, el significado de los textos jurídicos, son las formulaciones normativas, incluso la elección entre varias formulaciones plausibles en casos de vaguedad o ambigüedad.

Sin embargo, aparte de las dificultades sintácticas o lógicas que las normas pueden presentar debido a su redacción, también hay otros inconvenientes que surgen del uso del lenguaje. Ya que las normas se expresan en lenguaje natural, es común que se presenten problemas de ambigüedad, vaguedad o contradicción como una característica inherente a su uso.

La aplicación de formulaciones normativas a casos específicos presenta una gran dificultad debido a las dudas sobre el significado o alcance. Estas dudas surgen cuando se debe identificar la norma adecuada o cuando se deben definir o aplicar los conceptos que la norma implica a un caso en concreto con características propias. Los humanos no poseemos un criterio completo que nos permita incluir o excluir todos los casos posibles, ya que es imposible preverlos desde el principio. Esto también es aplicable a los sistemas de inteligencia artificial. “No es posible describir exhaustivamente un objeto material ni hacer una lista completa de todas sus propiedades, ya que pueden surgir posibles variantes o combinaciones de estas propiedades.” (Carrio, 1976, p. 36).

De acuerdo con Hart, las palabras jurídicas a veces están rodeadas por una zona de penumbra, por lo que se instruye a las personas a adaptarse a ciertas situaciones. Al aplicar las reglas, surge la discrecionalidad del operador jurídico para interpretar las reglas o características que las componen, el intérprete tiene que dar sentido a la fórmula, tiene que dar a la regla el sentido que ha tenido hasta ahora en el caso atípico. La justificación y la motivación son la base para la inclusión o la exclusión. “En otras palabras, para evitar la arbitrariedad en la determinación del dictamen, la exclusión o inclusión de casos atípicos en la normativa debe estar justificada por criterios técnicos, valorativos, sociales, políticos o económicos.” (Carrio, 1976, p. 52).

### 3.3 Automatización de las reglas procesales

Georg Henrik Von Wright, filósofo finlandés y fundador de la lógica deóntica contemporánea ha propuesto una clasificación de las reglas, propuesta que las divide en “principales y secundarias, donde se incluyen las normas definitorias o determinativas, las reglas técnicas, las normas prescriptivas o regulativas, las normas ideales, las costumbres y las normas morales”. (Von Wright, 1970, p. 25).

En cuanto a la lógica de las normas presentes en códigos legales como el Penal, Civil y de Comercio, son más comunes las normas regulativas o prescriptivas. Estas son reglas obligatorias que contienen

una “condición” o antecedente de hecho y una “consecuencia jurídica” en forma de sanción. Por ejemplo, el artículo 323 del Código Penal Federal mexicano establece:

Artículo 323. Al que prive de la vida a su ascendiente o descendiente consanguíneo en línea recta, hermano, cónyuge, convivente, compañera o compañero civil, concubina o concubinario, adoptante o adoptado, con conocimiento de esa relación se le impondrá prisión de treinta a sesenta años.

Si faltare dicho conocimiento, se estará a la punibilidad prevista en el artículo 307, sin menoscabo de observar alguna circunstancia que agrave o atenúe la sanción a que se refieren los capítulos II y III anteriores.

También se encuentran normas definitorias de conceptos, como, por ejemplo, quiénes son considerados funcionarios y/o servidores públicos, tal y como lo replica el artículo 108 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos:

Para los efectos de las responsabilidades a que alude este Título se reputarán como servidores públicos a los representantes de elección popular, a los miembros del Poder Judicial de la Federación, los funcionarios y empleados y, en general, a toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en el Congreso de la Unión o en la Administración Pública Federal, así como a los servidores públicos de los organismos a los que esta Constitución otorgue autonomía, quienes serán responsables por los actos u omisiones en que incurran en el desempeño de sus respectivas funciones.

Por otro lado, encontramos los códigos de forma, aunque a veces buscan prohibir o permitir un acto o acción determinada, suelen establecer directrices técnicas y prever las consecuencias vinculadas a su cumplimiento o incumplimiento. Estas normas técnicas indican un medio para alcanzar un determinado fin y están formadas por proposiciones anankásticas o descriptivas, que son enunciados verdaderos o falsos que establecen que algo es una condición necesaria de otro algo. En última instancia, estas normas técnicas y procesales pueden ser clave para el éxito de las pretensiones de un litigante en un caso concreto.

Un ejemplo de lo anterior lo vemos reflejado en el artículo 112 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal (hoy Ciudad de México) que señala en su parte conducente:

Artículo 112.- Todos los litigantes, en el primer escrito o en la primera diligencia judicial, deberán designar casa ubicada en el lugar del juicio para que se les hagan las notificaciones y se practiquen las diligencias que sean necesarias.

(...)

Las personas autorizadas conforme a la primera parte de este párrafo deberán acreditar encontrarse legalmente autorizadas para ejercer la profesión de abogado o Licenciado en Derecho, debiendo proporcionar los datos correspondientes en el escrito en que se otorgue dicha autorización y exhibir su cédula profesional o carta de pasante en su primera intervención, en el entendido que el autorizado que no cumpla con lo anterior, perderá la facultad a que se refiere este artículo en perjuicio de la parte que lo hubiere designado, y únicamente tendrá las que se indican en el último párrafo de este artículo. Las personas autorizadas en los términos de este artículo serán responsables de los daños y perjuicios que causen ante el que los autorice, de acuerdo con las disposiciones aplicables del Código Civil para el mandato y las demás conexas, salvo prueba en contrario. Los autorizados podrán renunciar a dicha calidad, mediante escrito presentado al tribunal, haciendo saber las causas de la renuncia.

Los tribunales llevarán un libro de registro de cédulas profesionales y cartas de pasante, en donde podrán registrarse los profesionistas autorizados. (...)

Esta regla está integrada por proposiciones anankásticas que básicamente nos indican que “ exhibir su cédula profesional o carta de pasante en su primera intervención “ es necesaria para “ acreditar encontrarse legalmente autorizadas para ejercer la profesión de abogado o Licenciado en Derecho “.

Dado que los Códigos Procesales tienen múltiples directrices técnicas, estas pueden compararse con un conjunto de “procedimientos algorítmicos” que especifican “el qué”, “el cuándo” y “el cómo” en el contexto de las acciones que tienen lugar en el ámbito judicial. Sin embargo, ¿qué dificultades surgen al emplear estas normas a casos reales, incluso sin utilizar un sistema de inteligencia artificial?

Ahora si estudiamos este artículo bajo la óptica de la IA que perfecciona nuestras tareas, si el sistema está correctamente administrado y programado, en la mayoría de los casos puede detectar la validez de una cédula profesional y también verificar o validar la capacidad legal de la persona que pretende intervenir en un juicio alegando tener capacidad legal para ello. De esta manera, puede ayudar a cotejar y automatizar esta tarea en segundos.

En el caso de un abogado cuyo registro legal ha sido suspendido para ejercer la abogacía, un sistema de IA puede acceder fácilmente y en segundos a una página web o vincularse al sistema informático del Registro Nacional de Profesionales de la Secretaría de Educación Pública para revisar dicha situación.

En estos supuestos, primero se hace un rastreo y se confronta la información dando paso a que el sistema de IA cree el modelo de proveído que conforme a derecho corresponda. Como podemos observar, existe una reducción de configuraciones, redes de conocimiento, se presenta un aumento considerado en la productividad, y se prepara un proyecto que soluciona un problema en segundos. Como muestra este ejemplo del artículo 112, una gran parte de las Reglas de Procedimiento pueden ser automatizadas. Sin embargo, cuántos matices y suposiciones pueden surgir en estándares más complejos o de la estructura del lenguaje natural, donde surge la ambigüedad o el conflicto con otros estándares en el sistema.

En conclusión, si empleamos el uso de IA de manera adecuada en los procesos judiciales, podemos aplicar las reglas procesales de manera más eficiente y rápida. Sin embargo, es importante tener en cuenta que el sistema no puede resolver todos los problemas que puedan surgir. Aunque la asistencia inteligente y la automatización pueden ayudar en muchas tareas rutinarias y repetitivas, en ciertos casos excepcionales será necesario interpretarlos, lo que implica un aumento en la calidad de la gestión del proceso. La combinación de la inteligencia humana y la IA da lugar a un nuevo paradigma que llamamos “inteligencia aumentada”.

Afirmar que la IA reemplazará a los operadores jurídicos en el corto y mediano plazo no tiene mucho sentido. Los profesionales del derecho resuelven casos difíciles usando diferentes técnicas, como la interpretación, la integración con otras reglas del sistema, el uso de analogías y la ponderación mediante la aplicación de principios. En ocasiones, los principios o mandatos de optimización se utilizan para resolver tensiones entre normas contrapuestas o entre derechos. La IA puede ser útil en

ciertos casos, pero no puede reemplazar la experiencia y la habilidad de los profesionales del derecho en todos los casos.

### **3.4 Principios y sistemas de la inteligencia artificial**

Debido a que los principios poseen un grado de indeterminación a diferencia de las reglas, no es factible enseñar a los sistemas de IA a interpretar y valorar los principios a través de árboles de decisión. Esto significa que la automatización no es útil para solucionar situaciones en las que hay una tensión entre principios.

En aquellos casos que involucran múltiples principios, se pueden utilizar soluciones alternas para hacer predicciones y previsiones. Al usar técnicas complementarias, en lugar de sustitutivas en la labor judicial, se pueden optimizar los principios de seguridad jurídica, igualdad y confianza legítima. Esto complementaría la tarea del juez al analizar el caso.

En conclusión, es posible automatizar gran parte de los actos procesales regulados por la normativa procesal sin necesidad de grandes reformas legales. Sin embargo, es mucho más difícil abordar los problemas relacionados con la interpretación y aplicación de las normas jurídicas que implican tensiones entre reglas y principios en este estadio de maduración de la IA.

## **4 VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE LA APLICACIÓN DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL AL PROCESO**

De acuerdo con los procesalistas Lorenzo Bujosa Vadell y Diego Palomo Vélez, la ciencia y la innovación generan infinitas oportunidades “los medios electrónicos deben saber cumplir un rol relevante en la resolución de controversias en el siglo XXI, que coincide, digámoslo también, con un momento histórico de modernización de la justicia”. (Bujosa; Palomo, 2017, p. 51).

El avance de la IA en el ámbito del derecho está transformando paulatinamente los modelos tradicionales de conducta en las distintas etapas del proceso, lo que conduce a nuevos escenarios procesales, donde se asocia la aparición de nuevos riesgos que atentan contra los derechos y los derechos humanos. Pero junto a nuevos riesgos están surgiendo una serie de beneficios que apuntan a mejorar la equidad en todos los ámbitos.

Desde un punto de vista procesal, la indiscutible utilidad de la IA en todas estas tareas casi-autónomas supone resolver tres de los problemas más acuciantes de nuestro ordenamiento jurídico:

- a) la sobreburocratización de los juzgados,
- b) el tiempo de tramitación y
- c) la falta de recursos.

Todo ello, tiene un efecto beneficioso, según Nieva (2018, p. 32)

En el futuro, los procedimientos serán más rápidos y, sobre todo, predecibles en cuanto a desarrollo, tiempos de espera y resultados, lo que puede mejorar la eficiencia de hecho necesario en el tráfico comercial, y, sobre todo, al final, puede reducir significativamente la carga de los tribunales.

En el ámbito institucional, la implementación de la *e-Justicia* ha generado un proceso de actualización interna, logrando así la innovación de los tradicionales modos de actuación en la Administración de Justicia, permitiendo una justicia más rápida y eficaz. Sin embargo, persisten ciertas disfunciones que dificultan su implantación definitiva en la práctica. A pesar de ello, el uso de la IA ha impulsado la creación de entornos más tecnológicos para la investigación de delitos y la valoración de pruebas, mejorando la eficiencia en ciertos casos.

Los beneficios de los sistemas inteligentes no se limitan a la investigación, sino que también son una herramienta importante para la creación de estrategias procesales de defensa más eficaces, que satisfagan al cliente. Los abogados pueden utilizar estos sistemas para diseñar nuevas estrategias de defensa inteligentes, que proporcionen datos estadísticos sobre la jurisprudencia aplicable y el perfil del juez encargado del caso, entre otros.

A pesar de los beneficios que estos sistemas aportan, es importante tener en cuenta las vicisitudes inherentes a su uso, que abren un nuevo debate sobre la conveniencia y los límites de su utilización en el entramado judicial. Por lo tanto, debemos identificar los obstáculos que surjan para evaluar la conveniencia de su implementación en el sistema judicial.

En primer lugar, tal como se ha mencionado, la IA puede considerarse como una herramienta útil para el desarrollo de estrategias de defensa; sin embargo, el problema principal que surge es el alto costo de implementar esta tecnología en los bufetes de abogados, lo que significa que solo aquellos con recursos financieros suficientes podrán optar por

esta estrategia. Esto crea una distinción indirecta entre los bufetes, convirtiendo la inversión tecnológica en un criterio diferenciador y un nuevo método para atraer clientes con un perfil específico. Situaciones que pueden generar desigualdades procesales y una ventaja para aquellos con mayores recursos que hagan uso de estas herramientas, con la finalidad de elaborar una estrategia más efectiva.

Según San Miguel Caso (2019, p. 41)

En relación con la “defensa inteligente”, surge un problema potencial en un entorno procesal completamente desarrollado tecnológicamente. Si se asume que los sistemas inteligentes se utilizan ampliamente para plantear estrategias de defensa, algunos investigadores podrían experimentar una defensa técnica insuficiente y, en consecuencia, cierta indefensión si los resultados predictivos no son precisos.

Esta situación podría influir al momento en que los abogados tengan que decidir el aceptar o rechazar la defensa de un posible cliente, así como el mitigar el estudio y análisis en busca de otras soluciones o alternativas, distintas al resultado que arroje el sistema, al considerar éste como irrefutable o incuestionable.

De ahí la trascendencia de abordar este problema con la debida atención, pues en todo momento se debe priorizar en dar seguridad y certeza de la profesionalidad de los operadores jurídicos, así como de las oportunidades de defensa de los ciudadanos no se vean comprometidas por los resultados que llegasen a arrojar los sistemas predictivos.

Además, los sistemas tecnológicos utilizados en el ámbito jurídico se basan en datos del pasado, lo que puede generar problemas para el avance del derecho. La automatización de las decisiones predictivas puede llevar a la estandarización de pautas y argumentos jurídicos, eliminando los criterios de interpretación y potencialmente llevando a resultados erróneos e insatisfactorios. Esto puede bloquear los intentos de cambio y llevar a un sistema aparentemente tecnológico pero estático y conservador que no permita renovaciones sociales y jurídicas. Es importante tener en cuenta que la interpretación automática y pretérita basada en datos del pasado puede condicionar el futuro de los sujetos sometidos a estas técnicas.

En este sentido “predecir el futuro a partir del pasado puede llevar a la repetición de estereotipos que ya han sido superados por la sociedad, lo que genera incertidumbre en el sistema judicial y daña la imagen

de la Administración de Justicia” (Borges, 2020, p. 54). En concordancia con lo anterior, “destaca que esto puede llevar a una limitación en la capacidad del juez para tomar decisiones y a una despersonalización del sistema judicial” (Barona, 2019, p. 1).

Por lo tanto, la posibilidad de utilizar la IA en el proceso judicial plantea un debate importante, ya que la aplicación del derecho no es una ciencia exacta y se basa en la labor interpretativa y argumentativa del juez. Es necesario tener en cuenta las garantías procesales y utilizarla de manera restrictiva, como una herramienta complementaria en lugar de buscar sea un sustituto del juez. Hay que evitar la despersonalización del sistema judicial y la pérdida de las garantías procesales.

## **5 INTELIGENCIA ARTIFICIAL: DESAFÍO DE LAS GARANTÍAS PROCESALES**

Como se ha descrito en el presente texto, la IA es una herramienta cada vez más utilizada en una variedad de sectores y aplicaciones, incluyendo el sistema judicial. A medida que se convierte en una parte más integral del proceso judicial, es y será importante abordar el desafío de cómo proteger las garantías procesales, el debido proceso y la igualdad de trato, para que no se vean comprometidos.

El uso de la IA en el proceso judicial puede ser beneficioso para mejorar la eficiencia y precisión de la toma de decisiones, pero también plantea preocupaciones sobre la justicia y la equidad. En el supuesto de que la IA se utilice para hacer recomendaciones al momento de dictar una resolución o sentencia, se corre el riesgo de que las decisiones se funden en patrones históricos de discriminación o agravios inconscientes.

Por lo tanto, es necesario desarrollar marcos legales y éticos que aborden estos problemas y garanticen que la IA se utilice de manera justa y equitativa en el proceso judicial. Una forma de hacerlo es establecer requisitos claros para la *transparencia* y la *explicabilidad* de los algoritmos de IA utilizados en el proceso judicial.

La *transparencia* se refiere a la capacidad de entender cómo funciona un algoritmo de IA y saber la manera en que llega a sus conclusiones. La *explicabilidad* se refiere a la capacidad de revelar las razones detrás de la decisión de un algoritmo de IA. El manejo de estos conceptos es importante para garantizar que los jueces, los abogados y las partes puedan comprender cómo se llegó a una decisión y evaluar si fue o no, justa y adecuada.

Además, es importante garantizar que los datos utilizados en los algoritmos de IA sean imparciales, libres de sesgos, que no discriminen. Esto implica la necesidad de recopilar y utilizar datos de manera responsable y ética, y de abordar los desafíos en torno a la calidad y la representatividad de los datos utilizados.

Otro aspecto por considerar es la necesidad de supervisión y monitoreo continuo de los sistemas de IA utilizados en el proceso judicial. Esto es trascendental para garantizar que los sistemas sigan siendo justos y equitativos a medida que evoluciona la tecnología y cambian las circunstancias sociales y políticas.

En conclusión, el uso de la IA en el proceso judicial plantea desafíos importantes para las garantías procesales, la justicia y la equidad en general. Para abordar estos retos, es necesario desarrollar marcos legales y éticos que promuevan la transparencia, la explicabilidad y la imparcialidad de los algoritmos de IA utilizados en el proceso judicial. Además, se deben supervisar y monitorear continuamente los sistemas de IA para garantizar que en todo momento sean justos y equitativos a medida que evoluciona la tecnología y cambian las circunstancias sociales y políticas.

## **6 INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN EL PROCESO PARA PREDICCIONES JUDICIALES**

La IA está emergiendo como un actor clave en el proceso judicial, lo que ha alterado la forma en que se concibe el procedimiento y los valores fundamentales que lo sustentan. Es vital que la defensa de la tutela judicial efectiva se convierta en un pilar fundamental que garantice los derechos y el debido proceso en todas las etapas, desde el acceso al tribunal hasta la toma de decisiones.

Por un lado, existe la corriente que sostiene que la IA puede actuar como una herramienta autónoma, sustituyendo a los jueces humanos en la toma de decisiones judiciales. Por otro lado, la vertiente que sustenta que la IA puede/debe actuar como una herramienta de apoyo, ofreciendo solo recomendaciones al juez para tomar una decisión final. Ambos enfoques presentan desafíos al sistema legal tradicional, pero tienen diferentes efectos y consecuencias que requieren una evaluación cuidadosa.

## 6.1 La inteligencia artificial en el proceso como herramienta autónoma

La IA como herramienta en la impartición de justicia, en mayor o menor medida está siendo utilizada en todo el mundo, su uso depende básicamente de la cultura legal y los adelantos que en tecnología tenga implementado cada país. El debate de implementar la IA en la impartición de justicia se centra en el hecho de hacer uso de “instrumentos autónomos”, en virtud de que estos tienen la capacidad de emitir o producir una resolución legal que dé solución a un conflicto, sin que haya la necesidad de que el humano intervenga. “Esto se conoce como justicia codificada, ya que la decisión se encuentra estandarizada y es una respuesta a la información proporcionada a través de un conjunto de instrucciones llamadas códigos” (Re; Solow-Niederman, 2019, p. 249-250). Irremediablemente resalta la incertidumbre de que en algún momento la consecuencia de implementar esta herramienta en el proceso judicial sea el reemplazo o sustitución de los jueces humanos, por los jueces robóticos.

“El uso de herramientas autónomas puede ser considerado como una herramienta disruptiva en el proceso judicial, ya que pueden proporcionar asesoramiento legal y tomar decisiones” (Sourdin, 2018, p. 1114-1133). Para que se dé el reemplazo de los jueces humanos por los *jueces robot*, irremediablemente estos últimos deberán encargarse del proceso judicial en su totalidad, entre cuyas tareas deberá estar por mencionar algunas, la de interrogar a las partes, aplicar la ley, y al culminar todas las etapas del proceso, deberá emitir o dictar una decisión. En este proceso judicial codificado, la decisión tomada por los *jueces robot* sería vinculante y ejecutiva sin necesidad de intervención humana alguna.

Aunque esto pueda parecer una utopía, algunos países como Estonia y China están adoptando la IA para tomar decisiones judiciales en casos simples, como demandas inferiores a 7.000€ y procesos de comercio digital y derechos de autor a través de la red social *WeChat*. Esta realidad ha permitido que los tribunales se centren en casos más complejos al tiempo que se atienden de manera efectiva los casos más simples. Es probable que otros países adopten esta tecnología en el futuro. (The Japan Times, 2019).

Es evidente que la implementación de la IA necesita un marco legal que la regule, y en consecuencia garantice y provea de certeza jurídica a todas las partes involucradas en un proceso legal, proporcionado la certidumbre de que no será vulnerado su derecho a tener un juicio justo

aún y cuando la resolución sea emitida a través de un algoritmo. “Por ello, es necesaria una reforma legislativa para que la tecnología no vulnere los principios del debido proceso ni los derechos de sus usuarios” (Risse, 2021, p. 7). Sin embargo, a todas luces simultáneamente a los cambios al sistema judicial, se requerirá trabajar en cambiar la cultura y la percepción de las personas, para que acepten y reconozcan que la IA es capaz y tiene la autoridad necesaria para resolver o solucionar un conflicto.

## **6.2 La inteligencia artificial en el proceso como herramienta de apoyo**

“La IA como herramienta de apoyo representa un instrumento para que los jueces tomen decisiones” (Nieva, 2018, p. 32).

Los sistemas mixtos, requieren que el juez mantenga la dirección procesal y la toma de decisiones, pero tiene elementos de IA para ayudar a resolver problemas con accesos a diferentes recursos electrónicos. De esta manera, se asegura en mayor medida la independencia del poder judicial y de manera colateral se da respuesta a los problemas recurrentes en el método autónomo como la corrección de sesgos sociales que se encuentran en las bases de datos que alimentan a la IA. (Sourdin; Cornes, 2018, p. 87).

Una posible solución factible es considerar la implementación de la IA como una herramienta de asistencia mixta. En esta modalidad, el juez, utilizando su experiencia y criterio judicial, puede decidir si acepta o no la recomendación del algoritmo. Para Tarrufo (2009, p. 239)

De esta forma, se protegen los derechos al debido proceso y a la tutela judicial efectiva de manera más segura. Además, se garantiza que el juez examine no solo los datos, sino también el contexto de los hechos, lo que permite una motivación justificada en la decisión.

Como herramienta de apoyo la IA en el ámbito judicial no solo asegura el respeto al derecho fundamental al debido proceso, sino que también disminuye el riesgo de decisiones discriminatorias basadas en datos que contienen información que perpetúa los prejuicios sociales y que podrían obstaculizar el acceso a la justicia para los usuarios. Al adoptar un enfoque de apoyo, donde la toma de decisiones la realice el juez

humano, se garantiza el adecuado desarrollo del proceso judicial, preservando la igualdad de las partes y el derecho al debido proceso.

### 6.2.1 Black box

El *Black box* (*caja negra*) se define como “la incapacidad de comprender completamente el proceso de toma de decisiones de la IA y la incapacidad de predecir las decisiones o resultados de ésta” (Bathae, 2018, P. 898) ya que es imposible ver las inferencias generadas por el algoritmo debido a su función técnica, tampoco es posible comprender completamente el pensamiento de una persona. Vale la pena señalar que cuanto mayor sea la capacidad técnica de la IA, será más complicado conocer los inputs que consideró el software cuando tomó una decisión, generando problemas en el ordenamiento jurídico, que se manifiesta en la falta de transparencia en el análisis de decisiones y justificación de las intervenciones de IA.

Yavar Bathae hace una distinción entre dos tipos de *caja negra*: la fuerte y la débil. Considerando a la primera como la IA que es utilizada en procesos de toma de decisiones en los que no se puede determinar cómo se llegó a una decisión o predicción, ni qué información se consideró importante para obtener la respuesta. Además, no es posible clasificar las variables procesadas por la IA en términos de relevancia o prioridad, incluso si se utilizan técnicas avanzadas de ingeniería inversa, no se pueden analizar las motivaciones detrás de las decisiones tomadas por este tipo de caja negra.

En general, los sistemas más robustos tienen un mayor riesgo de ser cajas negras fuertes debido a la gran cantidad de procesos artificiales que se crean a medida que se reciben nuevos datos.

Mientras que la *caja negra* débil implica procesos de toma de decisiones basados en inteligencia artificial; sin embargo, ésta permite cierto grado de explicación, por lo que, para el caso de procesos judiciales, específicamente en el caso de dictado de una sentencia, cumple con el deber de motivación de la decisión judicial. En esta caja es posible reconstruir parcialmente los factores que motivan la decisión mediante procedimientos técnicos o ingeniería inversa, circunstancia que ayuda a auditar los datos que fueron considerados y el nivel de importancia que la IA le asignó a cada variable al momento de tomar su decisión.

Tomando en consideración lo anterior, es posible establecer un enfoque asistencialista para el uso de la IA en el campo del derecho pro-

cesal, ya que un sistema de IA con mayor capacidad de procesamiento y almacenamiento es más poderoso como herramienta.

Sin embargo, existe el riesgo de que estos sistemas sean cajas negras fuertes debido a la gran cantidad de neuronas artificiales que se crean a medida que llegan nuevos datos, lo que hace imposible seguir manualmente todos los procesos de toma de decisiones y llegar a una o varias conclusiones. Esto se evidencia en el caso *State v. Loomis*, en el que el algoritmo utilizado, COMPAS<sup>4</sup>, no explicaba cómo y por qué se había llegado a la decisión, lo que hace que la decisión sea transgresora del debido proceso al no poder trazar el razonamiento detrás del algoritmo.

En consecuencia, al hacer uso de la IA para aspectos de búsqueda de información, seguimiento del proceso y toma de decisiones poco complejas, se puede asegurar mayor transparencia en los distintos procesos, pues en estos casos se podría presentar *black box débil*, en los que como ya se mencionó, sí es posible hacerle seguimiento, asegurando el debido proceso y permitiendo hacer uso de la IA como herramienta que hace al proceso más eficiente y eficaz. Resultando eficaz que se implemente en la IA la generación de un razonamiento escrito que indique los motivos, razones que la llevó a generar el resultado, sin embargo, esta herramienta no se ve viable para casos complejos.

Utilizando la IA para tareas como búsqueda de información, seguimiento de procesos y decisiones simples, se puede aumentar la transparencia en los procesos al presentar “cajas negras débiles” que permiten seguimiento y aseguran el debido proceso. Esto hace que la IA sea una herramienta eficiente y efectiva.

---

4 Esta herramienta de IA fue desarrollada con el objetivo de determinar el riesgo de reincidencia de un acusado por medio del análisis de distintas variables. Sin embargo, en el informe titulado *Machine* se halló que la herramienta tenía un evidente sesgo que discrimina a las personas por razones de raza y vulneraba el debido proceso, ya que no mostraba de manera transparente las variables utilizadas para el desarrollo de sus informes de riesgo. A dicha conclusión se llegó a partir del caso *State vs Loomis* en Estados Unidos, en donde la herramienta COMPAS identificó a un hombre afroamericano como un individuo de alto riesgo para la comunidad, en comparación con un hombre blanco con antecedentes penales significativamente más graves, quien fue calificado como de bajo riesgo.

## 6.2.2 Estandarización del precedente judicial

La implementación de la IA en el sistema judicial es un tema muy debatido debido a las posibles consecuencias que puede tener en la toma de decisiones judiciales y en la discrecionalidad del juez.

“Si bien es cierto que el uso de herramientas de IA puede estandarizar las decisiones judiciales y basarlas en cálculos estadísticos, es importante tener en cuenta que la labor del juez sigue siendo esencial en el proceso judicial” (European Commission for the Efficiency of Justice, 2022 p. 4).

La IA puede servir como una herramienta de apoyo que brinde parámetros para guiar al juez en la toma de decisiones y que esté en sintonía con la jurisprudencia. Sin embargo, el juez sigue siendo el responsable final de la decisión y debe utilizar su razonamiento legal y experiencia para interpretar y analizar el contenido del lenguaje del derecho, así como el contexto del caso.

Es importante destacar que la IA no debe ser vista como una solución única para resolver todos los problemas del sistema judicial. La implementación de herramientas de IA en el sistema judicial debe ser cuidadosamente evaluada y supervisada para garantizar que no se vea comprometida la justicia y la equidad en la toma de decisiones.

En resumen, la IA puede ser una herramienta útil en el proceso judicial, siempre y cuando se utilice de manera responsable y no se limite la discrecionalidad del juez. La labor del juez sigue siendo fundamental en la toma de decisiones judiciales, y la IA puede ayudar a mejorar la eficiencia y la efectividad del proceso, siempre y cuando se utilice de manera complementaria al razonamiento humano.

## 7 CONCLUSIONES

El uso de la IA en el proceso judicial puede proporcionar una serie de beneficios, como una mayor eficiencia y precisión en la toma de decisiones. Sin embargo, también puede conllevar una serie de riesgos que pueden comprometer los derechos y garantías procesales de las partes involucradas.

Por esta razón, es importante establecer una regulación garantista que proteja a todos los intervinientes en el proceso judicial de posibles fallos sistémicos que puedan derivarse de la utilización de la IA en el ámbito procesal. La transparencia en la elaboración de los algoritmos utilizados en

los sistemas inteligentes puede asegurar que todas las partes involucradas puedan entender y cuestionar las decisiones tomadas por estos sistemas.

También es importante tener en cuenta que, aunque la IA puede proporcionar una mayor eficiencia en la toma de decisiones, no debe utilizarse como sustituto de la autonomía humana. Por lo tanto, es necesario respetar el principio de autonomía humana frente a los sistemas inteligentes, fomentando la participación del ser humano en el desarrollo, despliegue y uso de estos sistemas.

Ya lo decía Tim Cook en los funerales del Steve Jobs en 2011, “Lo que todos tenemos que hacer es asegurarnos de que estamos usando la IA de una manera que sea en beneficio de la humanidad, no en su detrimento...”; con este pensamiento podemos concluir que el uso de la IA en el proceso judicial puede ser favorable siempre y cuando se establezcan las medidas necesarias para proteger los derechos y garantías procesales de todas las partes involucradas y se respete la autonomía humana frente a los sistemas inteligentes.

## REFERENCIAS

BARONA, Silvia. Cuarta revolución industrial (4.0) o ciberindustria en el proceso penal: revolución digital, inteligencia artificial y el camino hacia la robotización de la justicia. **Revista Jurídica Digital UANDES**, Valencia, v. 3, n. 1, p. 1-17, 2019. Disponible en <https://doi.org/10.24822/rjduandes.0301.1>. Acceso en: 22 abr. 2023.

BATHAEE, Yavar Bathaee. The Artificial Intelligence Black Box and the Failure of Intent and Causation. **Harvard Journal of Law & Technology**, v. 31, n. 2, 2018.

BONINA, Nicolás Inteligencia artificial y derecho ¿las máquinas van a reemplazar a los abogados?. Revista **Suplemento La Ley**, Buenos Aires, n. 220, 2020.

BORGES, Raquel. (2020). El sesgo de la maquina en la toma de decisiones en el proceso penal Revista **Ius et Scientia**, Valencia, v. 6, n. 2, p. 54-71, 2020. Disponible en: <https://doi.org/10.12795/ietscientia.2020.i02.05>. Acceso en: 22 abr. 2023.

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 20 abr. 2023.

BUJOSA-VADELL, Lorenzo M; PALOMO VELEZ, Diego. Mediación electrónica: Perspectiva europea. **Revista Ius et Praxis**, Universidad de Talca, Chile, v. 23, n 2, p. 51-78, 2017. Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/197/19754349003.pdf> Acceso en 20 abr. 2023.

CABRAL, Antonio do Passo. Proceso y tecnología: nuevas tendencias. Revista: **Civil Procedure Review**. Asociación Internacional de Derecho Procesal, Brasil, v.10, n 1, p. 112, 2019.

CARRIO, Genaro R. **Notas sobre Derecho y Lenguaje**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1976.

European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ). **European Ethical Charter on the Use of Artificial Intelligence in Judicial Systems and their environment**. 2018. Disponible en: <https://rm.coe.int/ethical-charter-en-for-publication-4-december-%20%202018/16808f699c> Acceso en 20 abr. 2023.

Grupo de Expertos de Alto Nivel en Inteligencia Artificial creado por la Comisión Europea de la Unión Europea. Regulation of Artificial Intelligence\_Regulación de la Inteligencia Artificial (europa.eu). Disponible en: <https://ec.europa.eu/futurium/en/system/files/ged> Acceso en 21 abr. 2023.

NIEVA, Jordi. **Inteligencia artificial y proceso judicial**. Colección proceso y derecho. Madrid: Marcial Pons, 2018.

OREMUS, Will. “Google’s AI passed a famous test — and showed how the test is broken.” **The Washington Post**, Estados Unidos, 17 abr. 2022. Disponible en <https://www.washingtonpost.com/technology/2022/06/17/google-ai-lamda-turing-test/>. Acceso en 20 abr. 2023.

RE, Richard; SOLOW- NIEDERMAN, Alicia. Developing Artificially Intelligent Justice. **Stanford Technology Law Review**, v. 22, n. 242, p. 249-250. 2019. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=3390854> Acceso en 22 abr. 2023.

RISSE, Mathias. Artificial Intelligence and the Past, Present, and Future of Democracy. **Harvard Kennedy School: Carr Center Discussion Paper Series**. 2021: Disponible en: <https://carrcenter.hks.harvard.edu/files/cchr/files/ai-and-democracy> Acceso en 23 abr. 2023.

RODRÍGUEZ, Jorge L. **Lógica de los sistemas jurídicos**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

SAN MIGUEL CASO, Cristina. Las técnicas de predicción judicial y su repercusión en el proceso. *In*: J. Conde Fuentes, y G. Serrano Hoyo, (Dirs.). **La justicia digital en España y la Unión Europea: Situación actual y perspectivas de futuro**. España, 2019. p. 41-49.

SCHWAB, Klaus. **La cuarta revolución industrial**. 1. ed. España: Debate, 2016.

SOURDIN, Tania. Judge v. Robot: Artificial Intelligence and Judicial Decision-Making. **University of New South Wales Law Journal**, v. 41, n. 4, p. 1114-1133, 2018. Disponible en: <http://www.unswlawjournal.unsw.edu.au/wpcontent/uploads/2018/12/Sourdin.pdf> Acceso en 22 abr. 2023.

SOURDIN, Tania; CORNES, Richard. Do Judges Need to Be Human? The Implications of Technology for Responsive Judging. **The Responsive Judge: International Perspectives**. Comp. Tania Sourdin y Archie Zariski. Singapore: Springer, 2018, p. 87-119.

TARUFFO, Michele. **Páginas sobre justicia civil**, trad. Maximiliano Aramburo Calle Madrid: Marcial Pons, 2009.

The Japan Times. In brave new world of China's digital courts, judges are AI and verdicts come via chat app. **The Japan Times**, 7 dez. 2019. Disponible en: <https://www.japantimes.co.jp/news/2019/12/07/asia-pacific/crime-legal-asia-pacific/ai-judges-verdicts-via-chat-app-brave-new-world-chinas-digital-courts/> Acceso en 21 abr. 2023.

VON WRIGHT, Henrick G. **Norma y acción**. Una Investigación lógica. Madrid: Tecnos, 1970.



# DEBIDO PROCESO DE GRUPOS VULNERABLES ACCIONES AFIRMATIVAS PARA SU TUTELA

JUAN ÁNGEL SALINAS GARZA<sup>1</sup>

LUIS GERARDO RODRÍGUEZ LOZANO<sup>2</sup>

---

## 1 INTRODUCCIÓN

Hoy día las nuevas tendencias de protección de los derechos procesales constitucionales, así como su desarrollo y evolución progresiva conducen a una especial tutela de los derechos de los grupos vulnerables. En todo tipo de procedimientos de cualquier índole donde interactúen personas pertenecientes a grupos vulnerables o de las consideradas partes débiles, incluso pertenecientes a categorías sospechosas, resulta imprescindible la utilización de componentes o garantías extras del debido proceso que equilibren la tutela judicial y el acceso pleno a la justicia. Para ello el debido proceso es la institución que desde sus diversas perspecti-

---

1 Juan Ángel Salinas Garza es doctor y licenciado en Derecho por la Universidad Autónoma de Nuevo León (UANL); máster en Derecho Privado y en Derecho Fiscal por la Universidad Regiomontana; investigador nivel 1 del Sistema Nacional de Investigadores (SNI) del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (Conacyt); maestro del claustro de posgrado de la Facultad de Derecho y Criminología de la UANL; ponente y maestro invitado en universidades nacionales y extranjeras, asimismo, es autor y coordinador de varias decenas de artículos, capítulos y libros de temas jurídicos.

2 Luis Gerardo Rodríguez Lozano es doctor en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) y licenciado en Derecho por la UANL, con estudios de maestría por la UNAM; investigador nivel 1 del SNI del Conacyt; maestro del claustro de posgrado de la Facultad de Derecho y Criminología de la UANL; ponente y maestro invitado en universidades nacionales y extranjeras, asimismo, es autor y coordinador de varias decenas de artículos, capítulos y libros de temas jurídicos.

vas permite conseguir los fines de la justicia inclusiva y equilibradora, lo que le convierte en la principal institución jurídica por cuya mediación el Estado desempeña una gran variedad de acciones positivas para otorgar a las partes procesales acceso pleno a la justicia.

El debido proceso es un derecho humano complejo compuesto por elementos esenciales que siempre deben estar presentes en todo tipo de proceso, así como de garantías y derechos denominados *elementos especiales*, cuya pertinencia y obligatoriedad dentro de un proceso dependerán del tipo de sujeto, derecho y de las vulnerabilidades o debilidades que puedan darse en un caso específico. En este artículo se analiza el debido proceso como el conjunto de actos positivos, componentes, elementos o instituciones especiales y aplicables específicamente a partes consideradas débiles o pertenecientes a grupos vulnerables, como los menores de edad, los discapacitados, los trabajadores, los ejidatarios, las mujeres en situación de violencia, los migrantes, los ejidatarios y los adultos mayores, entre otros.

Lo que se pretende es analizar los principales derechos y elementos propios del debido proceso especial que sirven como instrumentos equilibradores de las desigualdades procesales, y que por ende permiten la igualdad de armas y el acceso pleno a la jurisdicción a partes débiles o pertenecientes a grupos vulnerables en todo tipo de procesos, incluidos los administrativos. En este ensayo se establece la existencia de una prácticamente nula legislación procesal que regule de manera general estos derechos, lo que ha producido la necesidad de un constante control difuso y concentrado para el otorgamiento y respeto de los derechos, por lo que se propone la necesidad de actualizar las normatividades con la finalidad de obtener del reconocimiento y tutela del debido proceso con toda la progresividad y evolución que esto representa para una mejor protección de los derechos humanos; según lo anterior, se considera en este análisis la importante reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011 que constituyó toda una revolución para el ordenamiento jurídico, máxime si se toman en cuenta los evidentes grados de desigualdad observados en la sociedad mexicana en cuanto al desigual ejercicio de los derechos. En efecto:

Un estudio realizado en la Universidad Nacional Autónoma de México mostró que el acceso a la justicia supone cierto nivel educativo y socioeconómico; quienes carecen de él, quedan excluidos. En este terreno se proyecta también la desigualdad entre mujeres y

varones: el 73% de quienes acuden a los tribunales son hombres y el 27% mujeres. Además, este campo está “reservado” a las personas con mayores ingresos. En suma, concluye el estudio, los usuarios de los órganos de justicia y los impartidores de ésta opinan (literalmente) que la justicia en México “no es pareja para todas las personas”. (Garcí Ramires; Morales Sánchez, 2019, p. 15).

## **2 LA TUTELA DE LOS DERECHOS MEDIANTE ACTOS POSITIVOS O AFIRMATIVOS**

Uno de los principales problemas que han ocasionado el rechazo a las teorías de la igualdad material es la aparente transgresión contra la seguridad jurídica:

La igualdad formal, generada en el ámbito del pensamiento liberal moderno, y uno de los signos del Estado Parlamentario Representativo, como igualdad ante la Ley, se identifica con el valor seguridad jurídica. No se puede decir que tenga una entidad propia distinta de éste, lo que no cabe a la igualdad material. Así como la primera no ha sido impugnada y es un valor pacífico en el ámbito de la seguridad jurídica para fundamentar a muchos derechos, la existencia de la segunda no es tan plenamente pacífica. Es impugnada, como fundamento de derechos, por el pensamiento neoliberal. (Peces-Barba Martínez, 1995, p. 287-288).

No solo en el ámbito económico y político ha surgido un rechazo a la igualdad material como diferenciación; en el ámbito jurídico ha habido un rechazo a las derivaciones procesales y sustantivas de esta dimensión del derecho a la igualdad; existe la preocupación, infundada, sobre si el hecho de suplir deficiencias y aplicar herramientas, ajustes y mecanismos equilibradores de los derechos es una tarea del juez que puede llevarse a cabo sin vulnerar la equidad e imparcialidad; también se puede argumentar para el caso de los jueces que la defensa de las partes es una tarea que corresponde a sus abogados, que existe demasiada carga laboral como para “hacerles el trabajo”; éstas y otras consideraciones han sido expresadas por los juzgadores, pero también han señalado muchos casos concretos donde su propio deseo de equilibrar a las partes vulnerables los ha obligado a proporcionar una igualdad de armas, e incluso han objetado que se pudo hacer más.

El principal motivo de estos desentendidos en el ámbito procesal no es propio de un rechazo contra el sentido del derecho a la igualdad material en el proceso, ni de las cargas que pueda representar esta ardua tarea de los juzgadores; se estima que se trata de un problema de legalidad, o más bien de vacío legal, pues las leyes mexicanas carecen de regulaciones completas, ordenadas, sistemáticas y claras que posibiliten la eficacia del derecho, la igualdad material y la tarea de promoverlo y procurarlo, motivos por los que en su mayoría estos mecanismos equilibradores tienen que realizarse, ya sea por medio de la aplicación de criterios judiciales analógicos, o bien mediante un control difuso y concentrado de constitucionalidad o convencionalidad.

El control difuso de convencionalidad implica un cambio de paradigma en la manera de comprender, aplicar e interpretar el Derecho para los jueces de Latinoamérica. Se configura una innovación dinámica y extensiva porque las normas convencionales penetraron en el Derecho positivo de los Estados parte de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, los cuales, por mucho tiempo, se limitaron a desarrollar su actividad en un circuito jurídico cerrado. La evolución, en América Latina, del control difuso de convencionalidad pretende transformar a los jueces de todos los Estados parte en los primeros guardianes de las normas convencionales de protección de derechos humanos, constituyéndose así en la única estrategia eficaz para lograr ese propósito frente a las precarias posibilidades de que los problemas lleguen a solventarse ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Si bien es cierto que el control difuso de convencionalidad tiene su fundamento en la Convención Americana de Derechos Humanos y no en las decisiones de la Corte IDH, la jurisprudencia generada ha sido fundamental para entender su impacto (Lazcano, 2020, p. 250).

La desigualdad y la discriminación son factores reales que representan desventajas y barreras fácticas que impiden el acceso a la justicia no porque no se tenga derecho a acudir en igualdad de circunstancias a la jurisdicción, sino porque la propia igualdad ante la ley (la igualdad formal) es por sí misma insuficiente para proporcionar a los vulnerables el acceso pleno a la justicia; a veces por considerarlos iguales resulta un sinsentido otorgarles los mismos y derechos y obligaciones, sobre todo cuando los factores de discriminación o desigualdad son por sí mismos barreras u obstáculos que requieren acciones activas, afirmativas o positivas para otorgarles igualdad de posibilidades.

El proceso judicial es un combate, un litigio (*litigare*), es un pleito, una disputa que se realiza “civilizadamente” ante un juez, lo que implica considerar una analogía que resulta, de alguna forma, apropiada para vislumbrar la igualdad material. Se puede imaginar un combate (una guerra) donde cada una de las partes envía mil soldados, pero una de ellas los equipa con accesorios de alta tecnología, como fusiles de asalto, por decir algo, y la otra los envía con revólveres de seis tiros; aún y cuando los combatientes de ambos bandos se asemejan en su calidad de soldados, existe una marcada desigualdad que afecta la posibilidad de que quienes llevan revólveres puedan obtener la victoria. Si se tratara de un juego de apuestas nadie en su sano juicio apostaría por ellos.

Algo así ocurre en un proceso judicial donde las desigualdades y discriminaciones sectoriales, históricas, personales y de cualquier otro tipo que puede presentar una de las partes son tan notables y desproporcionadas, que constituyen verdaderos obstáculos para acceder a la justicia, aún si la ley otorga los mismos derechos sin distinciones a las partes, por ello resulta imprescindible la realización de ajustes procesales diferenciadores que permitan a los vulnerables o débiles (de manera procesal) una igualdad real (material) para obtener un juicio justo y un acceso pleno a la justicia; esto solo se puede lograr si se tutelan diferenciadamente los derechos de dichas partes. Como sostiene Peces-Barba:

La pertenencia a una raza, a un sexo, a una religión, a una clase social, son un dato de la realidad que contrasta a unos hombres con otros, y sobre ellos construiremos las normas que están influidas y a la vez influyen esa realidad, y no se considera que en ellos se pueda fundar un tratamiento normativo diferente. [...] Los hombres tienen otros muchos rasgos diferenciadores, y algunos no han entrado siquiera en el debate, por su irrelevancia evidente y por su falta de trascendencia en los comportamientos jurídicos (ser altos o bajos, calvos o con abundante pelo, tener un lunar, etc.). Sin embargo, otros elementos sí se consideran relevantes respecto a los efectos de las normas. En este caso, se produce una regulación jurídica distinta, que sin embargo tiene también la función de potenciar la igualdad ante la Ley, y aquí sí se mantiene incólume el viejo principio de que hay que tratar desigualmente a los desiguales, precisamente para hacer posible la igualdad. (Peces-Barba Martínez, 1995, p. 285-286).

Con lo anterior se puede inferir que la igualdad ante la ley es el principio general sustancial, pero es además el objetivo para alcanzar materialmente. Para conseguirla se debe partir de una igualdad general establecida en leyes que no hagan distinciones (sospechosas<sup>3</sup> e injustificadas), sino que otorguen un trato general y abstracto (igualdad ciudadana ante la ley como punto de partida, sin leyes ni tratos especiales), e igualdad material, y que concreten acciones positivas mediante normas y funciones que permitan que la ley sea efectiva igualmente para todos mediante un equilibrio de fuerzas donde se reconozcan las semejanzas y diferencias que constituyan barreras u obstáculos para lograr el objetivo de dicha ley; ¿cómo se puede y qué se necesita para dotar de igualdad o efectividad de la ley a quienes no pueden por sí mismos alcanzar dicho objetivo? Al respecto, aparecen muy acertadas y clarificadoras las afirmaciones de Peces-Barba:

Frente al igualitarismo, extremo que desconoce al individuo como ser moral, y frente a la justificación de la desigualdad, la igualdad material no es en tanto una igualdad en el punto de llegada, como dice Bobbio, frente a la igualdad formal que es un punto de partida, sino que es, parece, una igualdad para poder llegar a la meta. Es decir, que facilita el esfuerzo de cada uno haciéndolo posible, pero no lo sustituye. Pretende dar igual peso a todos para poder alcanzar el objetivo. (Peces-Barba Martínez, 1995, p. 289-290).

---

3 Una distinción en el trato normativo es sospechosa cuando carece de un sustento que justifique alejarse de un concepto de igualdad general, y por ende de un mismo trato, sobre todo cuando recae en supuestos que no necesariamente constituyen barreras que impidan a las personas un ejercicio igualitario de sus derechos, porque inclusive el motivo de distinción puede por sí mismo ser discriminatorio. Esto ha sido bien explicado por Bilbao Ubillos y Rey Martínez (2003, p. 111): “Por su parte, la doctrina de la clasificación (normativa) sospechosa se refiere solo a aquellos supuestos en los que el criterio o rasgo de diferenciación de trato jurídico es la raza, el sexo, la religión, la ideología, el nacimiento o cualquier otro que la experiencia histórica evidencie como gravemente odioso para la dignidad de la persona. En estos supuestos, admitido que el legislador pueda, en ocasiones, establecer diferencias jurídicas de trato en atención a tales criterios (en caso contrario, tendríamos que hablar de la doctrina extrema de la clasificación prohibida, predicable en nuestro ordenamiento, a nuestro juicio, solo respecto del ‘nacimiento’), el examen judicial de control de la diferencia normativa se deberá tornar mucho más riguroso. En la jurisprudencia norteamericana se aplican, en este sentido, los estándares del strict scrutiny test (para la raza) y el menos exigente del intermediate scrutiny test (en relación con el sexo)”.

El derecho no es tan solo un producto puesto al alcance de la sociedad, se debe tener presente la discriminación que atenta contra la efectividad del derecho, porque si no se atienden las vulnerabilidades las personas no podrán acceder plenamente a la justicia, y el derecho será inefectivo e ineficiente.

De manera bastante más realista, la perspectiva del acceso a la justicia quiere, en cambio, dar el puesto de honor a la perspectiva del consumidor del derecho y de la justicia: al individuo, a los grupos, a la sociedad en conjunto, y así, a las necesidades, a los reclamos, a las aspiraciones de los individuos, de los grupos y la sociedad, y sobre todo a los obstáculos de varia naturaleza —económicos, culturales, psicológicos, etcétera— que se interponen entre el derecho entendido como producto y el ciudadano que pretende tener acceso a ese producto. (Cappelletti, 1993, p. 111-112).

La cuestión es que, para lograr la efectividad de los derechos fundamentales, es necesario un modelo que reconozca la igualdad, pero que otorgue garantías para que no se trate de una mera proclamación y que sea asequible para quienes detentan diferencias que los colocan en un plano de inferioridad que les impide alcanzar el objetivo o valor intrínseco de la igualdad; en estos términos, Ferrajoli sostiene acerca de la igual valoración jurídica de las diferencias:

Pero existe también un cuarto modelo de configuración jurídica de las diferencias, el de la igual valoración jurídica de las diferencias, basado en el principio normativo de igualdad en los derechos fundamentales —políticos, civiles, de libertad y sociales— y al mismo tiempo en un sistema de garantías capaces de asegurar su efectividad. [...] De ello se sigue que las diferentes identidades pueden ser reconocidas y valorizadas en la misma medida en que, partiendo no de la proclamación de su abstracta igualdad, sino del hecho de que pesan en las relaciones sociales como factores de desigualdad en violación de la norma sobre la igualdad, se piensen y elaboren no solo las formulaciones normativas de los derechos sino también sus garantías de efectividad. (Ferrajoli, 2004, p. 75-76).

En estos términos, la igualdad procesal es un principio que de manera general consagra la igualdad formal y busca que las leyes no otorguen un trato diferenciado (sin justificación) a las partes de un juicio,

pero cuando hay desigualdades que constituyen barreras que impiden a una o varias partes de un procedimiento obtener la tutela judicial efectiva mediante un juicio justo, entonces entra en escena la igualdad de armas como una derivación del principio de igualdad, que además constituye una garantía para la consecución de la igualdad procesal, y por lo tanto, es una herramienta que facilita la igualdad material a los desiguales, (Peces-Barba, 1995) es decir, les otorga herramientas para conseguir igual peso que sus contrincantes y alcanzar el objetivo de la igualdad procesal en un juicio: el logro de la tutela judicial efectiva mediante el logro efectivo del derecho y la protección judicial otorgada a las partes contendientes.

Con la finalidad de obtener una mayor precisión y evitar equívocos innecesarios, la tutela judicial efectiva se propone hacer una distinción entre los principios de igualdad procesal (identificado con la igualdad formal y con el principio dispositivo)<sup>4</sup> y de armas, identificado con la parte de la igualdad material, con una garantía que tiende al equilibrio de partes desiguales para proporcionar igualdad “de posibilidades”, lo que le identifica con un principio publicista.<sup>5</sup> Se puede afirmar como regla

---

4 El principio dispositivo opera en procesos donde las partes son iguales en armas y no hay necesidad de equilibrar a una parte considerada débil o vulnerable; ya en diversa obra he sostenido lo siguiente: “El modelo dispositivo es también llamado adversarial, adversarial o acusatorio (este último en materia específicamente en materia penal. [...] En el modelo dispositivo son las partes quienes llevan el proceso, quienes lo dirigen; las partes tienen una igualdad formal en el proceso, les rige el llamado principio dispositivo, según el cual el juez no puede impulsar el proceso si las partes no lo hacen; el de instancia de parte según el cual es a las partes a quienes corresponde normar el proceso, dirigirlo, impugnarlo, solicitar su regularización, el juez no puede tomar determinaciones sin solicitud de parte; el principio de contradicción mediante el cual antes de resolver sobre cualquier cuestión (que no sea de mero trámite) el juzgador debe escuchar a la otra parte”; como sostiene Gómez Lara, en este modelo el juzgador es como un director del proceso, solamente vigila que se lleve conforme a las reglas preestablecidas en los códigos adjetivos, pero principalmente el juez no puede hacer sino lo que le está expresamente permitido. (Salinas Garza, 2017, p. 81-82).

5 En la misma obra del suscrito antes citada he manifestado lo siguiente respecto del principio o modelo publicista: “Como reacción contra la muy marcada pasividad del juez en los procesos de índole privatista (dispositivo en su antigua concepción), surge el modelo publicista que pretende rescatar la efectividad del derecho y la protección jurídica a los desprotegidos; otorgando a los juzgadores un papel más activo, dándole un encargo más social y de protección del contenido de la norma y de nivelación de las partes débiles en el proceso; otorgándose al juzgador la dirección del proceso, una actividad más oficiosa, completas facultades de consecución de la verdad, mayor contacto con los elementos objetivos y subjetivos del pleito, y privilegiando la oralidad forma procesal. [...] De esta manera, el actual modelo publicista

general que el principio de igualdad procesal implica otorgar un mismo trato y herramientas derivadas del debido proceso a las partes de un juicio,<sup>6</sup> pero cuando en algún procedimiento una de las partes sea (o deba ser) considerada débil o perteneciente a un grupo vulnerable, se deberá aplicar el principio de igualdad de armas mediante acciones positivas del Estado para proporcionar mayores elementos y componentes del debido proceso a las partes en dicha situación de desigualdad material, esto como garantía de igualdad en la procuración de un pleno acceso a la jurisdicción, esto es, un juicio justo.

### 3 EL DEBIDO PROCESO

El debido proceso tiene dos dimensiones generales: una sustantiva y otra adjetiva. La primera se refiere a la razonabilidad en las leyes, e implica obligaciones de los órganos creadores del derecho para que las normas que emitan sean respetuosas de los postulados del debido proceso, y además se dirige a todas las autoridades (como las judiciales) para que adopten una “razonabilidad” (Randón Huerta Barreara, 2018) al momento de emitir sus resoluciones, ya sea porque la ley lo establece, o al hacer el debido control difuso o concentrado de las normas.

En su aspecto formal o adjetivo, hoy día el debido proceso constituye la principal herramienta para procurar el pleno acceso a la justicia de las partes procesales; en un Estado constitucional de derecho (como el mexicano) el debido proceso debe ser justo o garantista, lo que puede traducirse en que deben maximizarse sus efectos y protección para permitir su desarrollo progresivo y la protección más amplia a los contendientes, y se le considera además como un derecho fundamental

---

tiene connotaciones sociales, pero no de parcialidad, el juez en cualquier modelo procesal que se adopte debe siempre ser imparcial, si bien no queda duda que en la sociedad existen clases desiguales o personas cuya defensa debe ser privilegiada o protegida, ello no significa de ninguna forma que para conseguir tales fines se subyugue a una de las partes por favorecer a otra. En este tipo de procesos se crean normas que permiten otorgar una mayor igualdad y protección de los derechos de los desfavorecidos. [...] En nuestra concepción no se trata solo de intervenir a favor de los desprotegidos, sino de procurar que la voluntad de la ley sea la que impere, y para ello tiene que intentarse igualar a las partes”. (Salinas Garza, 2017, p. 91-92).

- 6 Esto con las implicaciones que conlleva que el modelo procesal que impere en dicho procedimiento sea dispositivo, inquisitivo o publicista, en cuyo caso para mayor precisión puede referirse al capítulo tercero de la obra ya citada anteriormente, Salinas Garza, 2017, p. 81-82.

y humano. Se compone e integra a partir de ciertas instituciones, garantías, formalidades, derechos mínimos y otros especiales que deben ser procurados o desahogados comúnmente en cualquier tipo de proceso, lo que implica dos cosas: la primera que las leyes deben desarrollarlo en los procesos, y ante su ausencia puede obligarse al legislador a cumplir su función (por ejemplo mediante el amparo),<sup>7</sup> por otra parte, si estos derechos no han sido acogidos por la legislación, corresponde al juez procurarlos mediante el control ya difuso o concentrado de constitucionalidad o convencionalidad.

En resumidas palabras, el debido proceso trata de lograr un juicio justo (*fair trial*) para las partes capaz de permitir la tutela judicial del derecho mediante el acceso pleno a la justicia, y para ello se reconocen las igualdades y desigualdades de los sujetos procesales, las características del juez, así como también se establecen formalidades procesales para garantizar la audiencia, legalidad, alegación, contradicción, obtención de

---

7 Por cuanto a la posibilidad de interponer el juicio de garantías ante una omisión activa o pasiva de la autoridad (considerando omisión activa la creación de leyes incompleta o no ajustada por completo al derecho humano, no necesariamente contraria a él; y la pasiva la completa falta de emisión de leyes al respecto), es ilustrativo el siguiente criterio: “Omisión legislativa o reglamentaria. Hipótesis en que es procedente el amparo indirecto. El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sostuvo la tesis aislada de la improcedencia del juicio de amparo, cuando se impugna la omisión de la autoridad para expedir disposiciones de carácter general porque, en esos casos, podrían darse efectos generales a la ejecutoria vinculando no solo al quejoso y a las responsables, sino a todos los gobernados y autoridades relacionadas con la norma creada, contraviniendo el principio de relatividad de las sentencias. Dicho criterio fue emitido antes de la reforma constitucional en materia de derechos humanos de seis de junio de dos mil once, así como del decreto por el que se expidió la nueva Ley de Amparo de dos de abril de dos mil trece por lo que, adminiculando ambas reformas, actualmente es factible considerar que el amparo es procedente cuando se reclama la omisión legislativa o reglamentaria, por lo menos, cuando hay un mandato constitucional o legal que obligue a una autoridad y éste no se ha ejecutado. En tal virtud, cuando se impugna la omisión legislativa o reglamentaria debe demostrarse que el deber de actuar de la autoridad en cierto sentido existe, esto es, que un mandato legal obliga a una autoridad a expedir una disposición de carácter general; y quien tenga interés legítimo puede acudir a reclamar el inactuar de la autoridad. En esa circunstancia, el juicio de amparo sí es procedente cuando se trate de una omisión legislativa o reglamentaria, porque en ese supuesto no se pretende satisfacer un interés particular, sino uno legítimo para el cumplimiento de un mandato legal ya existente”. Décima Época. Registro: 2012767. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo de Tesis: Aislada. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, libro 35, octubre de 2016, tomo IV. materia(s): común. Tesis: I.18o.A.11 K (10a.). Página: 2995.

la verdad histórica mediante la presentación de pruebas y una sentencia fundada, motivada y ejecutable.

La Corte IDH ha dictado varias sentencias en las que México ha sido parte. Se ha establecido el criterio vinculante del control difuso de convencionalidad, en 4 sentencias en que nuestro país ha sido condenado por la CIDH por los siguientes procesos: Rosendo Radilla Pacheco vs. México (2009); Fernández Ortega y Otros vs. México (2010);<sup>3</sup>Rosendo Cantú y Otra vs. México (2010); y Cabrera García y Montiel Flores vs. México (2010) (Lazcano, 2013, p. 245).

Entre estas mínimas garantías se encuentran: la audiencia, que entre sus más preciados derechos incluye la necesidad de ser personalmente notificado del inicio de un procedimiento; el derecho de contradicción, es decir, la voluntad de oponerse a cualquier pretensión que pueda modificar o perjudicar derechos; la de ser oído y vencido, la posibilidad y oportunidad de ofrecer y desahogar pruebas que justifiquen las propias pretensiones o que resten valor a las de la contraparte; la de alegar; la de que se dicte una sentencia fundada y motivada en la que se toman en cuenta los medios de convicción, los argumentos y defensas, y que se determine si la ley debe ser actuada a favor o en perjuicio de alguien; la oportunidad de acceso a la segunda instancia, y por supuesto, la ejecución de la voluntad de la ley declarada en la sentencia.

En otro tipo de procedimientos (como el penal), dentro de las garantías esenciales se puede disponer de un abogado defensor, la oportunidad de no declarar y otras especiales acordes con la materia de que se trate. En general, el debido proceso esencial trata de establecer ciertas formalidades o requisitos mínimos que deben ser actuados para que se considere que las partes acceden plenamente a la justicia, por esto sus derechos y componentes no deben ser disminuidos, ni ante circunstancias como la criminalidad, la delincuencia organizada, cuestiones presupuestales, por falta de personal y ni siquiera por inadecuación legislativa, pues ello sería un retroceso, y el debido proceso al ser un derecho humano debe desarrollarse progresivamente, jamás retroceder en forma alguna, salvo de forma excepcional, para lo cual se deberá aplicar el principio de proporcionalidad.

Es sabido que las garantías esenciales del procedimiento que forman parte del debido proceso encuentran cabida en la Constitución mexicana en los artículos 14, 16, 17, 19, 20 y 21; en la Convención Americana sobre Derechos Humanos se encuentran previstas las garantías judiciales en el artículo 8, entre otros.

El debido proceso justo o garantista se conforma por un bloque constitucional<sup>8</sup> integrado tanto por derechos, principios y formalidades derivados de preceptos de los tratados internacionales, así como por los propios de la carta magna, a lo que se agrega que también pueden ser tratados como formalidades especiales de un procedimiento específico las normas, formalidades, derechos, etcétera, reconocidos por las propias constituciones, tratados internacionales, leyes procesales y principios generales, que aunque otorguen mayores derechos que las garantías esenciales, deberán ser respetadas por las autoridades y las partes al estar reconocidas por normas para tipos específicos de procedimientos, materias, personas y derechos. Se ha sostenido también que: “Los principios influyen en la interpretación de las restantes disposiciones (las que no son principios) alejando a los jueces de la interpretación literal (la más cierta y previsible) y propiciando una interpretación adecuada” (Guastini, 2013, p. 141).

La interpretación por principios tiene como mandatos la optimización en la medida que lo permitan las posibilidades fácticas, y tienen fuertes implicaciones en el sistema jurídico en cuanto a la forma de comprender al derecho, que rebasa sobradamente las posibilidades del formalismo jurídico: “Así, la existencia misma de los principios elimina las condiciones para el carácter de todo o nada que constituye el criterio de diferenciación entre estos y las reglas” (Alexy, 2019, p. 26). Es una realidad el cambio jurídico-político profundo que hace necesario un nuevo instrumental filosófico capaz de aportar una mejor comprensión y operatividad con visión de Estado a los operadores del derecho acerca de su nueva realidad como jueces interamericanos (Prieto Sanchís, 2018).

Pueden señalarse muchas formalidades en determinados procedimientos especiales, como la suplencia de la queja, y las cuestiones relativas al tipo de proceso adversarial, inquisitivo o publicista de que se trate. Sobre lo anterior cabe destacar que el proceso justo o garantista adjetivo contiene dos aspectos: 1) las formalidades esenciales del procedimiento, estáticas e inderogables del núcleo duro, y 2) las formalidades especiales del procedimiento, dinámicas, variables de proceso a proceso en atención al equilibrio procesal que se requiera otorgar para la igualdad de armas.

---

8 Sobre el concepto de bloque constitucional y sus implicaciones operativas en el debido proceso, véase Maldonado Sánchez, 2018.

## 4 ELEMENTOS ESENCIALES

Son esenciales todos los elementos de aquello de lo que no se puede prescindir sin alterar su esencia; los elementos esenciales del debido proceso se refieren a los que deben otorgarse en un procedimiento para considerar que existe efectivamente el debido proceso. Así, las formalidades esenciales son aquéllas que deben ser observadas por todos los tipos de procedimiento, sin importar la materia, el tipo de derecho a aplicar, y ni siquiera si son o no jurisdiccionales por ser garantías mínimas, derechos fundamentales, o derechos humanos reconocidos por las constituciones y tratados internacionales.

El debido proceso justo o garantista incluye varias garantías procesales otorgadas a las partes para asegurar el pleno acceso a la jurisdicción y a la tutela judicial efectiva de la norma y de los reclamos personales. Es común que en las constituciones avanzadas se encuentren plasmadas las mínimas garantías que debe contener cualquier acto de autoridad jurisdiccional para garantizar a las partes el acceso a una justicia efectiva derivada de un proceso que les permita defenderse en toda la plenitud de la palabra, pues como sostiene González Pérez: “La tutela solo será efectiva si el órgano jurisdiccional reúne ciertas condiciones y antes de dictar sentencia sigue un proceso investido de las garantías que hagan posible la defensa de las partes” (González Pérez, 2001, p. 63).

Es por ello por lo que las constituciones contienen precisamente un entramado de preceptos que garantizan aquel “proceso investido de garantías” (González Pérez, 2001, p. 63). En el artículo 17 de la carta magna se encuentra como eje central del acceso a la tutela judicial efectiva, la garantía de que siempre existirán tribunales para dirimir controversias y evitar la autotutela, y que la justicia que se impartirá será pronta, expedita, imparcial y gratuita. A partir de este precepto se puede interpretar la obligación de contar con acceso al recurso o juicio, lo que implica la existencia de vías adecuadas para la protección del derecho y de las partes.

Por otro lado, el artículo 14 establece la necesidad de que se respeten las garantías esenciales del procedimiento, precisamente las imprescindibles o *sine qua non* para la existencia del debido proceso. Este mismo precepto establece la exacta aplicación de la ley penal, que también resulta ser una garantía particular del procedimiento punitivo penal; si se preceptúa la garantía de legalidad civil y la interpretación conforme

a la ley y a los principios generales del derecho, destaca la obligación del respeto de las denominadas garantías especiales del procedimiento.

El artículo 16 obliga a la fundamentación y a la motivación, lo que también representa una garantía esencial del procedimiento, además de que contiene diversas garantías del procedimiento penal sin las cuales no puede existir un debido proceso penal, como los requisitos para una orden de aprehensión, la obligación de poner al inculcado a disposición del juez, la detención urgente por parte del Ministerio Público y el plazo de 48 horas para que éste ponga a disposición del juez a un detenido, y los requisitos para las órdenes de cateo, entre otros.

Asimismo, el artículo 19 preceptúa los diversos requisitos para el decreto del ahora llamado *de vinculación a proceso*; el artículo 20 establece formalidades esenciales del procedimiento punitivo, como la forma acusatoria y oral, y todas las garantías especiales que deben ser respetadas durante el proceso penal aplicables al imputado, al ofendido y a la víctima del delito; el artículo 21 trata de los requisitos de la averiguación previa y la consignación; una formalidad más del procedimiento es el derecho de petición, consistente en que a toda petición recaiga un acuerdo oral o escrito (de acuerdo con el tipo de procedimiento, ya sea oral o escrito), y que sea puesto a conocimiento del peticionario, según se desprende del artículo 8.

Debe precisarse nuevamente que cuando se refiere a elementos esenciales, se trata de una serie de garantías y componentes de todo juicio que representan la esencia misma del proceso, esto es, sin alguno de ellos no se trataría de un proceso debido o de un juicio justo, sino de un *cua-si proceso*, o un proceso propiamente inconstitucional o inconventional. Esta institución (el debido proceso) no se circunscribe a las legislaciones adjetivas, sino que forma parte de una serie de garantías y condiciones que se nutren de la Constitución mexicana, de los tratados internacionales y de los criterios jurisprudenciales que surgen de la aplicación de dichos instrumentos, lo que puede inferirse de lo dicho por Gonzáini:

El concepto de debido proceso es confuso en muchas legislaciones. Algunas lo coinciden con el derecho de defensa, otras lo relacionan con las garantías judiciales, y la tendencia más actual es completar el diseño de cuanto significa tener un “debido proceso”, con las condiciones que surgen de los tratados y convenciones que suman los requisitos de validez y eficacia (por ejemplo: el derecho al recurso y el plazo razonable). (Gonzáini, 2014, p. 301-302).

Las condiciones citadas son una serie de requisitos procesales que adicionan a las exigencias indispensables del proceso judicial por su tendencia expansiva, como la doble instancia, el acceso pleno a la justicia, la mínima exigencia de formalidades procesales que privilegien el ejercicio de la acción, esto es, la resolución del fondo del asunto acorde al principio *pro actione*, y otros más. Lo importante es que se trata de herramientas o instituciones que permiten asegurar un acceso pleno a la jurisdicción, y que paulatinamente se han adicionado a las legislaciones procesales nacionales y a los criterios jurisprudenciales sobre el debido proceso donde se moldean los procesos de forma tal que se afectan las condiciones de acceso a la justicia, situación que obliga a modernizar los códigos procesales, o a humanizarlos mediante la configuración de una justicia más plena, accesible y acorde con los derechos humanos.

## 5 ELEMENTOS ESPECIALES

Como se ha sostenido en las páginas anteriores, es posible identificar dos grupos o categorías de elementos pertenecientes al debido proceso: por un lado se ha hecho una muy breve referencia a los elementos esenciales identificados como pertenecientes a un núcleo duro, y que debe siempre contener sin excepción alguna todo proceso en el que se diriman derechos; por otra parte, existe lo que se denomina *debido proceso especial* caracterizado como una serie de derechos, componentes, herramientas e instituciones procesales (en adelante, *elementos y componentes*) adicionales al núcleo duro que deben ser satisfechos en determinados procesos para considerar que se respetó el debido proceso especial. Estos diversos elementos o componentes no siempre estarán incluidos en todo proceso, y además no siempre serán los mismos elementos o componentes adicionales, sino que su inclusión o necesidad variará de uno a otro proceso según las partes, modelo procesal o el tipo (categoría o importancia) del derecho en cuestión.

La versión o configuración especial del debido proceso se puede conceptualizar bajo la afirmación de que se trata de un cúmulo de garantías, herramientas, derechos o instituciones, que además de las propias del núcleo duro<sup>9</sup> deben ser respetadas, incluidas, o proveídas en diversos procesos para considerar que se respeta el debido proceso en atención a

---

9 Recordando que los elementos y componentes del núcleo duro o esencial siempre deben estar presentes y ser instituidos en todo proceso legal.

una o varias partes determinadas, o al tipo de derecho a aplicar, incluso al modelo procesal propio del proceso de que se trate. En este sentido, se debe precisar que el objeto o razón de otorgar mayores formalidades, derechos o garantías en determinados litigios como parte especial del debido proceso, se debe a que resultan necesarios para que las partes accedan plena e igualitariamente a la justicia, o para que cierto tipo de derecho sea tutelado prioritariamente.

Debe señalarse en este punto que generalmente alguna parte débil o grupo vulnerable además de las garantías del núcleo duro del debido proceso, deberá recibir otras más que procuren un acceso pleno e igualitario a la consecución de la justicia de los sujetos procesales especiales. Esto significa que siempre una parte considerada débil o perteneciente a un grupo vulnerable requerirá mayores herramientas o garantías procesales para lograr una igualdad de armas frente a su contrincante en el proceso judicial (todo dependerá del tipo de parte débil o vulnerable), y para identificar que otros componentes o elementos sean anexados a su catálogo especial de derechos derivados del debido proceso, por ejemplo, un menor de edad siempre deberá tener suplencia de la queja, pero un extranjero deberá contar con la asistencia de un traductor o cónsul, y probablemente también suplencia de la queja.

El debido proceso de tipo especial aporta mayores garantías o componentes de igualdad procesal a las partes con mayores desigualdades, por lo que se debe procurar la instauración de herramientas y derechos que permitan un equilibrio de oportunidades entre las partes; lo que se busca no es dar algún tipo de preferencia a la parte en desventaja, sino equilibrarla procesalmente para que tenga las mismas oportunidades que su contrario, ya que se trata de que los derechos no dejen de ser actuados o pierdan su eficacia por debilidad o desigualdad. Tampoco se trata de gestionar *per se* un derecho por la condición de desigualdad, sino que se debe procurar que no se pierda un derecho que probablemente le asiste procesalmente a una de las partes precisamente por su condición de inferioridad.

Se infiere entonces que el debido proceso de las partes desiguales busca preservar el derecho por la simple razón de vivir en un Estado de derecho,<sup>10</sup> y por lo tanto, lo que se pretende por el debido proceso (especial) aplicable a partes débiles o grupos vulnerables consiste en que esa debilidad o vulnerabilidad no interfiera ni sea un obstáculo insuperable

---

10 Sin hacer referencia a un concepto de derecho *ius positivista* o *ius naturalista*, a cualquiera de ellos se les aplicaría.

en la consecución de la efectividad del derecho, sin prejuzgar si este derecho les asiste o no, simplemente el juez debe estar en aptitud de poder juzgarlo de manera adecuada y lo más epistemológicamente viable,<sup>11</sup> y para ello se otorgan mayores componentes o elementos procesales a las partes en desventaja, para que se defiendan igual, para que se indague la veracidad u ocurrencia de la violación o actualización de un derecho de manera equitativa, para que no les afecte su desigualdad; por ejemplo: por falta de argumentación o demostración, incluso de petición de alguna prestación. En esencia, se tutela la eficacia del derecho mediante la configuración de un proceso que permita una igualdad de armas, y con ello el mejor y más nutrido conocimiento de los hechos por parte del juez para que el Estado de derecho se preserve mediante su sentencia.

La cuestión es que si no se otorgaran herramientas procesales extras a las partes débiles, podrían suceder diversas cosas que afectarían la prevalencia del derecho y el alcance o protección que se debe procurar a las partes. Una parte débil podría carecer de igualdad de medios para la consecución de la prueba y la búsqueda de la verdad (material), y si no se le dieran elementos para buscar la prueba habría una limitación procesal que a lo único que conduciría es a una interferencia en la eficacia del derecho, porque probablemente no se demostraría el hecho, o porque quien detenta la mayor fuerza procesal distorsionaría la prueba si se logrará imponer la mal llamada *verdad formal*, que no es otra cosa que una mentira o falacia revestida de validez jurídica, pero no lógica ni epistemológica. Al respecto, Ferrer Beltrán señala que:

Las distintas limitaciones procesales, y no procesales (como los intereses de las partes) que pueden interferir en la determinación de la verdad de los enunciados declarativos de hechos probados, producen que en algunas ocasiones se declaren probados enunciados falsos. De esta manera, se ha planteado la necesidad de dar cuenta de alguna forma de los casos en que el normal discurrir del proceso conduce, por una u otra de las razones estudiadas, a la declaración de hechos probados que se apartan de lo realmente ocurrido. (Ferrer Beltrán, 2005, p. 61).

---

11 En el sentido de contar con la verdad material de los hechos a la hora de juzgar, lo que se logra mediante la suplencia de las deficiencias procesales y sustantivas del sujeto débil necesarias en atención a diversos factores.

Por éstas y muchas otras aberrantes situaciones que interfieren con la eficacia del derecho y la naturaleza de la jurisdicción, el debido proceso debe buscar un equilibrio de fuerzas entre las partes contendientes: el que se consigue al otorgar las mismas herramientas a partes iguales y que conceda mayores instrumentos que procuren que los débiles o vulnerables realmente tengan posibilidades procesales ante un adversario más fuerte. La igualdad procesal no implica que todos posean los mismos derechos, herramientas y garantías, sino que todos deben disponer de las suficientes e indispensables para equiparar las oportunidades; en esencia, lo que se busca es la igualdad de armas.

En un proceso habrá partes que no requieran ninguna protección especial del debido proceso, solamente la esencial o perteneciente al núcleo duro, y en ese mismo proceso la parte contraria probablemente dispondrá de mayores garantías o herramientas procesales, o contará con una función tuteladora del derecho por parte del juzgador y aunque ello implique diferencias formales o adjetivas la protección especial de ninguna manera representará desigualdad sustancial, sino equilibrio, balance, proporción, coincidencia o equivalencia de oportunidades de acceso a la justicia, no como un mero acceso a la jurisdicción, sino como la posibilidad de lograr efectividad del derecho de acceso a la verdad del juicio vista la verdad, como sostiene Taruffo en una dimensión epistémica del proceso (Taruffo, 2012, p. 51-70). Sirvan de apoyo las siguientes palabras de Alexy:

El principio general de igualdad dirigido al legislador no puede exigir que todos deban ser tratados exactamente de la misma manera y tampoco que todos deban ser iguales en todos los aspectos. Por otra parte, no puede permitir toda diferenciación y toda distinción si ha de tener algún contenido. Cabe preguntarse si y cómo puede encontrarse una vía media entre estos extremos. Una clave al respecto la ofrece la fórmula clásica: “Hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual”. (Alexy, 2001, p. 386).

## **6 PARTES DÉBILES Y GRUPOS VULNERABLES EN LOS PROCEDIMIENTOS JUDICIALES**

La sociedad actual se compone de una multiplicidad de individuos y clases sociales que están muy lejos de ser homogéneos, y donde convergen millones de individuos con características tan disímiles que

cada uno se vuelve único y diferente, algunos con mayores o menores capacidades que otros, tanto económicas, culturales, políticas, físicas, psicológicas, educativas y otras muchas más. Sin embargo, todos los que viven en ellas se encuentran sujetos a las mismas leyes, y por lo tanto, dentro de dichas divergencias debe procurarse que la ley impere y tenga alcance para todos por igual, sin importar sus distinciones.

Cuando con todas estas diferencias se debe acudir ante la jurisdicción para reclamar la tutela de algún derecho, resulta claro que habrá supuestos donde las variables existentes en las partes contrincantes pueden dar lugar a desventajas *de facto*, que de no ser remediadas impedirían la recta impartición de justicia, y la efectividad del derecho, pues la desigualdad misma de alguna parte (frente a otra parte no débil) constituye una barrera que impide el acceso pleno a la jurisdicción, como sostiene Santes Magaña:

El acceso a la justicia como derecho humano es hoy uno de los temas medulares dentro de un esquema de fomento, respeto y garantía de los derechos humanos. De poco sirven los derechos sin la posibilidad de acceder a ellos de una manera eficaz. (Santes Magaña, 2013, p. IX).

El debido proceso se considera un derecho humano, y como instrumento equilibrador de capacidades procesales goza de un principio de efectividad, que además de estar consagrado en la Constitución mexicana se encuentra tutelado por muy diversos tratados internacionales de los que el país forma parte, de ahí que si todos los instrumentos internacionales contienen cláusulas que ordenan a los Estados adoptar medidas para la instauración progresiva de los derechos humanos que consagran, deviene indispensable que las mismas sean efectivas, esto es, que se adopten mecanismos, componentes, instrumentos e instituciones procesales que por sí mismos o por su combinación resulten aptos, eficientes y efectivos para lograr un equilibrio procesal de las partes, y como consecuencia una igualdad de armas procesales.

En este sentido, Añón Roig al mencionar los derechos humanos y las obligaciones positivas que de ellos se derivan refiere el principio de efectividad de las medidas adoptadas por los Estados para el desarrollo progresivo de los derechos:

Junto a estas modalidades temporales, a las obligaciones se les adscriben otras cualidades esto es, que las medidas sean efectivas y pertinentes. El requisito de efectividad establece la vinculación entre la medida adoptada y los objetivos perseguidos, por tanto, están orientadas a producir determinados resultados. El requisito de que las medidas sean pertinentes es una exigencia que pone en conexión las medidas y el contexto tanto desde el punto de vista jurídico como social. (Añón Roig, 2014, p. 57).

El problema en los procedimientos judiciales en general consiste en que son pocos los supuestos donde se ha reconocido normativamente la necesidad de componentes especiales del debido proceso para partes débiles o grupos vulnerables, en elementos tan esenciales como la suplencia de la queja, lo que ha dado lugar a que, mediante la interpretación, control difuso o concentrado se haya logrado procurar los derechos comentados.

A partir del supuesto del reconocimiento de desigualdades entre los individuos que componen la sociedad, el proceso y el debido proceso (sustantivamente) deben procurar herramientas y mecanismos capaces de generar un equilibrio de las partes en juicio con la finalidad de solventar las barreras ocasionadas por las desigualdades y en beneficio de la consecución de la justicia misma, porque si no fueran eliminados dichos obstáculos existiría una forma de discriminación jurisdiccional. Ante esto, el proceso administrativo debe ser dotado de un andamiaje procesal que reconozca la existencia generalizada de partes débiles y grupos vulnerables, y que racionalmente incluya en sus codificaciones los componentes extras necesarios para equilibrarlos y garantizarles una igualdad de armas; actualmente estas codificaciones no contienen normas equilibradoras, y ello es por sí mismo una violación al debido proceso especial.

Lo hasta aquí dicho significa que no es suficiente la existencia de las mismas oportunidades de defensa, acción y excepción para todas las partes que conforman un proceso: se necesita que las leyes reconozcan (expresa o implícitamente) las desigualdades humanas que requieren la implantación de medidas compensatorias que equilibren a las partes jurídicamente desiguales (frente a quienes no lo son), lo cual se consigue mediante el debido proceso especial, como sostiene Taruffo:

La ineficiencia e incapacidad de la jurisdicción en proteger nuestros derechos conduce a la parte más débil a aceptar las condiciones, a lo mejor incluso injustas que le impone la parte fuerte, ya que si acu-

diera ante un juez a defender sus derechos, seguramente obtendría una solución no eficiente, a lo mejor demasiado larga, o incierta al no saber cómo acabarían las cosas. (Taruffo, 2012, p. 51-70).

Resulta claro que en México existen muy marcadas clases de personas, que por sus características propias o por su pertenencia a un determinado grupo o sector se les considera sujetos procesalmente desiguales, y por tanto, sujetos de mayores componentes o elementos del debido proceso de tipo especial, como los menores de edad, que por falta de madurez son sujetos con derechos considerados superiores que deben ser procurados de oficio por las autoridades mediante la suplencia de cualquier deficiencia; lo mismo sucede con las personas que presentan algún tipo de discapacidad física, lingüística o mental que les ocasiona un impedimento de comprensión o actuación en el ejercicio de actos y procesos jurídicos.

También las mujeres en diversas circunstancias son objeto de especial protección, como las que se encuentran en situación de violencia, o aquellos que forman parte de un grupo calificado como vulnerable: ejidatarios, trabajadores, las personas pertenecientes a diversos grupos étnicos (o indígenas), los ancianos, los migrantes, las víctimas de delitos y los consumidores, que en general son personas que por sí mismas o por su pertenencia a un grupo ya considerado vulnerable requieren de un equilibrio procesal que les permita igualar sus armas u oportunidades procesales frente a los contrincantes que no poseen estas desigualdades; incluso las personas imputadas por la comisión de algún delito por la gravedad del consecuente (Guastini, 2016, p. 51) o sanción (posible privación de la libertad) requieren mayor protección derivada del debido proceso especial.

## **7 CONCLUSIONES**

Hoy día el debido proceso es la herramienta más importante para la consecución de la igualdad procesal formal y material en todo tipo de procedimiento. Cuenta con elementos esenciales cuya existencia es generalizada en todos los procesos y elementos especiales, los cuales son acciones positivas o afirmativas, vistos también como componentes, garantías, derechos e instituciones que deben ser adaptados a los procesos para garantizar un acceso pleno a la justicia que requieren las partes débiles y pertenecientes a grupos vulnerables. Sin embargo, en los procedimientos administrativos se ha transitado poco en el reconocimiento de estos componentes especiales, lo que hace imprescindible la razonabilidad de las leyes para que

los legisladores realicen su trabajo y en sus deficiencias los jueces apliquen el control difuso necesario para tutelar a las partes débiles y pertenecientes a grupos vulnerables para otorgarles un acceso pleno a la justicia.

## REFERENCIAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

ALEXY, Robert. **Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad**. Lima: Palestra, 2019.

AÑÓN ROIG, María José. Derechos humanos y obligaciones positivas. *In*: BERMÚDEZ BENÍTEZ, José; CALVO GARCÍA, Manuel. **La eficacia de los derechos sociales**. México: Tirant lo Blanch, 2014.

BILBAO UBILLOS, Juan María; MARTÍNEZ, Fernando Rey Martínez. El principio constitucional de igualdad en la jurisprudencia española. *In*: CARBONELL, Miguel. **El principio constitucional de igualdad**. México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2003.

Cámara de Diputados del Honorable Congreso de la Unión. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Diario Oficial de la Federación, 28 de mayo del 2021. Disponible en: [www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf). Acceso en: 23 abr. 2022.

CAPPELLETTI, Mauro. **Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo**. México: Porrúa, 1993.

Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 7 de mayo de 1981. Disponible en: [www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Programas/TrataPersonas/MarcoNormativoTrata/InsInternacionales/Regionales/Convencion\\_ADH.pdf](http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Programas/TrataPersonas/MarcoNormativoTrata/InsInternacionales/Regionales/Convencion_ADH.pdf). Acceso en: 23 abr. 2022.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**. La ley del más débil. Madrid: Trotta, 2004.

FERRER BELTRÁN, Jordi. **Prueba y verdad en el derecho**. Madrid: Marcial Pons, 2005.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio; MORALES SÁNCHEZ, Julieta. **Constitución y derechos humanos: La reforma constitucional sobre derechos humanos.** México: Porrúa, 2019.

GONZAÍNI, Osvaldo A. **Voz: Debido proceso,** en Ferrer MacGregor, Eduardo, Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional, et ál.. México: UNAM, 2014.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. **El derecho a la tutela jurisdiccional.** Madrid: Civitas, 2001.

GUASTINI, Riccardo. **Estudios de teoría constitucional.** México: Fontamara, 2013.

GUASTINI, Riccardo. **Las fuentes del derecho, fundamentos teóricos.** Lima: Raguél, 2016.

LAZCANO, Alfonso Jaime Martínez. Control difuso de convencionalidad: transición de la cultura jurídica en América Latina. **Revista Jurídica Mario Alario D’Filippo**, v. 12, n. 24, p. 250-270, 2020.

LAZCANO, Alfonso Jaime Martínez. Control difuso de Convencionalidad en México. **Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global**, v. 2, n. 1, p. 243-259, 2013.

MALDONADO SÁNCHEZ, Adán. **El bloque de constitucionalidad en México: Hacia su integración y aplicación.** México: Tirant lo Blanch, 2018.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Curso de derechos fundamentales.** Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995.

PRIETO SANCHÍS, Luis. **Constitucionalismo y positivismo.** Lima: Palestra, 2018.

RENDÓN HUERTA BARRERA, Teresita. **El canon constitucional de razonabilidad.** México: Porrúa, 2018.

SALINAS GARZA, Juan Ángel. **Tutela judicial efectiva.** Una visión constitucional y convencional de la teoría del proceso. México: Novum, 2017.

SANTES MAGAÑA, Graciela Rocío. Introducción, en Suprema Corte de Justicia de la Nación, Acceso a la justicia de grupos en situación de vulnerabilidad, México, SCJN, 2013.

TARUFFO, Michele. **Proceso y decisión:** lecciones mexicanas de derecho procesal. Madrid: Marcial Pons, 2012.



# LA JUSTICIA TRANSICIONAL EN PAÍSES POST-CONFLICTO. LUCES Y SOMBRAS

LUIS ALBERTO PETIT GUERRA<sup>1</sup>

---

## 1 INTRODUCCIÓN. DE LA JUSTIFICACIÓN DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL COMO (ÚLTIMO) RECURSO HACIA LA NORMALIZACIÓN POST-CONFLICTO

Que, el I Congreso Internacional de Doctores Iberoamericanos en ciencias jurídicas promovido por la Facultad de Derecho de la Facultad de Derecho de la Fundación Escuela Superior del Ministerio Público (MFP) y el Colegio de Doctores en Ciencias Jurídicas en Latinoamérica, lleve por nombre *para la «Vida»*, coincide en buena medida con el objetivo de nuestro ensayo. Precisamente porque la aplicación de la justicia transicional atiende o responde al *derecho a la «Vida»* –de víctimas sobrevivientes- o en su caso, de las «vidas» de los familiares de las víctimas fallecidas o desaparecidas.

No es posible una definición exacta de la noción, que se constituye de elementos transversales y realidades que no encuentran respuestas ni soluciones dentro de las nociones clásicas del derecho constitucional comparado, del derecho internacional convencional de derechos humanos, del derecho penal transnacional ni del derecho internacional públi-

---

1 Doctor (Cum Laude) y Magister en Derecho Constitucional, Universidad de Sevilla (España); (ii) Ph.D. (Cum Laude) en Justicia constitucional y derechos fundamentales, Universidad de Pisa (Italia); (iii) Profesor de postgrado en derecho procesal Constitucional, Universidad Monteávila (Caracas); (iv) publicaciones y/o conferencias en *Argentina, Bélgica, Brasil, Bolivia, Canadá, Colombia, Costa Rica, Ecuador, España, Estados Unidos de Norteamérica, Chile, Italia, México, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay, Vaticano (ciudad de); Venezuela*. Correo electrónico: [luispetitguerra@hotmail.com](mailto:luispetitguerra@hotmail.com).

co; al punto que organizaciones calificadas prefieren referirse en razón de esa complejidad, a una serie de cuestiones e instituciones más allá de “procesos” en sentido lato.

En ese orden de ideas, para International Center for de Transitional Justice (ICTJ):

La justicia transicional se refiere a cómo las sociedades responden a legados de violaciones masivas y graves de los derechos humanos. Plantea algunas de las preguntas más difíciles del derecho, la política y las ciencias sociales y representa innumerables dilemas. (ICTJ, 2023).

Es un tema actual, que, entre aciertos y avances –o luces y sombras- encuentra puntos tan complejos en contraste y tensión; ya que no todo puede ser realizado ni resuelto. Masivas violaciones derechos humanos con características similares pero contextos diferentes (períodos de las postguerras mundiales, conflictos étnicos, conflictos religiosos, conflictos bélicos convencionales, conflictos no convencionales, guerras civiles internas), han justificado mecanismos e instituciones (extraordinarias) como fundamento de la justicia transicional (extraordinaria y excepcional), para “responder” (dar respuestas fuera de la justicia ordinaria o común) ante semejantes situaciones excepcionales –*graves y casi perennes*- en donde convergen categorías y nociones bastante complejas; lo cual ha creado un variado número de problemas y contradicciones que motivan este ensayo. Preferimos hablar de “respuestas” en vez de “soluciones” en términos de resultados entre los varios posibles, cuando las cosas y circunstancias son tan complejas que ninguna alternativa (singular entre tantas) es completa en sí misma, sino aceptable en términos de valoración y conveniencia donde no caben soluciones unívocas.

Dentro de nuestros objetivos se plantea que, desde el estudio de casos, apreciar algunas notas resaltantes de las experiencias (reales) a partir de la toma de datos según la doctrina y organismos calificados; para al final hacer unas consideraciones conjuntamente con las fuentes comparadas y alguna propuesta. Y es que frente ante problemas *extraordinarios* que rebasen toda lógica y racionalidad ordinaria, se requiere igualmente de respuestas –*extraordinarias*-.

No es posible complacer o atender toda la gama de problemas (individualizados), sino aquellos más visibles o resaltantes (en lo colectivo) poniendo énfasis en la dignidad de las víctimas y/o sus familiares

junto a la reparación y compensación de los daños materiales, físicos, psicológicos sufridos) junto a las políticas de no repetición.

Implica, pasar de un marcado período (a veces años) de violencia social, política, militar, con graves abusos, desapariciones de personas, violencia física, sexual y psicológica, hacia una *transición* que permita la regularización de la normalidad dentro de la constitucionalidad interna y de respeto de los derechos humanos.

Si bien el acceso a la *jurisdicción* (en sentido lato o general) se tiene como un derecho humano (Álvarez Sacristán, 1999, p. 33); dicho concepto está limitado a la formulación de mecanismos ordinarios dentro de la división de poderes para la repartición de funciones dentro de cada Estado a sujetos (órganos o tribunales que componen el poder judicial) autónomos e independientes respecto del poder político que representan el poder legislativo (parlamentos, congresos, asambleas) y el poder ejecutivo (Presidente de la República, Primer Ministro, Rey, Emir, etc). Se trata entonces de un *concepto orgánico*, estático que opera con reglas en condiciones “normales”.

En este orden de ideas, ante situaciones “anormales” son interesantes los aportes del derecho penal transnacional con los intentos de desarrollar una *jurisdicción penal internacional* con características especiales que contribuyen a atender (en parte) de la problemática en temas puntuales (el establecimiento de las responsabilidades objetivas), donde resaltan la formulación del Tribunal Penal Internacional a partir de la Convención de Roma a los tribunales *ad hoc* de Ruanda o de la antigua Yugoslavia junto la realización de la Corte Penal Internacional, pero esa es solo parte del abordaje a este tipo de problemas. Pero también este tipo de justicia responde a situaciones puntuales desde la perspectiva sancionatoria; pero nada más. En fin, es posible reconocer la coexistencia de regulaciones nacionales e internacionales en grado de su complejidad<sup>2</sup>.

Es por ello más amplio e importante la concepción de la *justicia transicional* o *justicia de transición* –como lo llama ONU (Oficina del Alto Comisionado de Las Naciones Unidas, 2023) - que va mucho más allá de la existencia de algún órgano tipo tribunal penal o criminal (sancionador o punitivo) sino de la inclusión de otros actores (no necesariamente represivos). No se trata de una noción ni una situación singular, sino más

---

2 “The reports that Transnational Law establishes with National Law, with International Law or with Supranational Law, due to the attention given to its form, allows for the construction, refutation, and improvement of relations of greater objectivity, homogeneity, coexistence and unity”. (Staffen, 2021, p. 11)

bien del conjunto de estrategias y mecanismos que componen un proceso (nada lineal) para *transitar* hacia la superación de situaciones “extremas” (generalmente identificados con cambios de gobierno autoritarios o de facto) hacia la relegitimación de las autoridades junto la reconstrucción de sociedades (generalmente polarizadas por diversos conflictos).

Donde, si bien durante determinado conflicto interno, generalmente existe la promoción o impulso de ciertos actores internos (iglesias, Organizaciones no gubernamentales) o de terceras partes externas actuando de mediadores o interlocutores entre las partes en conflicto (aliados neutrales, organismos internacionales o terceros países); corresponde a cada país en lo interno el deber para diseñar las distintas estrategias, mecanismos y acciones políticas fuera de las condiciones “normales” hacia el funcionamiento de su propia forma de *justicia transicional*.

En líneas muy generales se puede identificar al menos varios propósitos o premisas a cumplir en este tipo de cuestiones que se hacen por etapas. Siguiendo a Van Zyl (2008, p. 47), son parte de esos objetivos “la búsqueda de la verdad, la reconciliación, el enjuiciamiento, la reparación de las víctimas y la reformas de las instituciones o reinstitucionalización”.

Entre varias acciones generales, la escogencia de una hoja de ruta hacia la reconciliación, el retorno de personas del exilio y/o liberación de detenciones ilegales, el desarme de la población, junto acciones más concretas desde la escogencia de los principales líderes de las partes en conflicto (partidos políticos, fuerzas armadas, policías, etc.) junto a la escogencia de miembros (independientes) de Comisiones de la verdad<sup>3</sup>, de grupos de expertos o de apoyo técnico financiero o la puesta en marcha de tribunales especiales *ad hoc* con el propósito de determinar responsabilidades; la expedición de leyes de amnistía o la provisión de indultos, como el establecimiento y formas de reparación y compensación a las víctimas y sus familiares cuando fuere posible.

Es por esta complejidad de ideas y situaciones, que la *justicia transicional* no es un concepto lineal, ni unívoco ni estático; que ha evolucionado desde sus orígenes o primeros casos, adecuándose a cambios en contextos y causas, con nuevos desafíos e incorporaciones de nuevas instituciones, mecanismos especiales y otros actores.

---

3 “(...) parece importante incluir en los mandatos de comisiones de la verdad el esclarecimiento del rol de todos los actores importantes para llegar a un entendimiento de las estructuras que hicieron posibles las violaciones y las responsabilidades detrás de ellas”. (MICHALOWSKY, 2022, p. 3).

## 2 ÓRGANOS ESPECIALES Y EXCEPCIONALES EN JUSTICIA TRANSICIONAL

Más allá de la teorización del derecho público básico, del derecho constitucional comparado y del derecho internacional de derechos humanos clásico; los casos reales de violaciones masivas de derechos humanos han superado las nociones e institutos (solo) aplicables en situaciones de “normalidad”.

La justicia transicional es un desarrollo del derecho internacional humanitario a partir de graves crisis con características de continuidad y sin soluciones, ocurridas en determinados contextos y períodos. Porque si bien en los primeros casos –inicialmente- fue una cuestión “impuesta” (por ej. en sus orígenes, el establecimiento de un Tribunal “militar” escogido por los aliados para castigar a los responsables del régimen nazi en los juicios de Núremberg), después se fueron sumando factores de integración para tratarse como una cuestión “negociada” en términos de acuerdos (ej. más recientemente, los acuerdos de Paz en Colombia evidencian distintos mecanismos como Comisiones de verdad, la determinación de responsabilidades junto la escogencia de tribunales especiales de carácter “civil”).

Es por todo, que se encuentran distintas experiencias y realidades según contexto histórico y épocas entre los casos de justicia transicional “*objeto de negociación*” (por citar algunos más notables en este recuento: Argentina, Colombia, Chile, Sri Lanka, Sudáfrica, Túnez) (Trujillo, 2021, p. 5).

Entre los entes y órganos especiales de la justicia transicional tenemos, los tribunales especializados (tribunales ad hoc) y las comisiones especiales de investigación, consulta o determinación de responsabilidades (Comisiones de verdad).

En tal sentido, sostienen Saffón y Tacha:

(...) las medidas de justicia suelen implementarse a través de juicios penales contra los responsables de los crímenes cometidos durante la transición o de juicios civiles o contencioso-administrativos para la obtención de reparaciones por los daños causados. Tales juicios son llevados a cabo por cortes o tribunales especializados tanto en el orden doméstico como en el orden internacional. (Saffón; Tacha, 2018, p. 60).

*-Respecto de los tribunales:*

Hay un punto de coincidencia entre la justificación de la jurisdicción penal internacional (en sentido orgánico) y la justificación de la justicia transicional (en sentido de proceso omnicompreensivo) respecto la responsabilidad (principalmente) del Estado en una serie de violaciones sistemáticas de derechos humanos por distintas causas. Cada vez más se abren nuevas fronteras y actores a los cuales, se puede extender los efectos de los mecanismos especiales de este tipo de justicia transicional (Michalwosky, 2022) (ej. el sector económico que coadyuvó con determinado régimen a potenciar sus acciones de masivas violaciones).

*-Respecto de las Comisiones:*

La justificación sobre la existencia de comisiones de verdad (con diversos propósitos y objetivos), pasa por responder si, existe –como se afirma– un derecho de saber la verdad. A cuyo punto, se explica mejor por un trabajo conjunto del Internacional Center for Transitional Justice; al momento de preguntar y responder (2013):

¿Qué es el derecho a la verdad? Las víctimas de graves violaciones de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, así como sus familiares, tienen el derecho a un recurso efectivo. Esto implica el derecho a saber la verdad acerca del abuso que han sufrido, incluyendo la posibilidad de identificar a los perpetradores, las causas que originaron tales violaciones y, de ser el caso, la suerte final o el paradero de las personas desaparecidas de manera forzada. Este derecho ha sido reconocido en decisiones legales tomadas por las cortes en varios países, así como por instituciones judiciales internacionales. (ICTJ, 2013, p. 7).

La forma y composición de estos entes colectivos es variada. Figuran con distintos propósitos para consultar, establecer evaluaciones y prepara informes en base a datos objetivos de distintos agentes. Según Amnistía Internacional (entre el período 1974 y 2007) se han documentado distintas comisiones de verdad (con distintos denominaciones y propósitos, contextos históricos y momentos determinados) cada una con mayor o menor éxito conforme evolución y mejoramiento –o no– en sus respectivos países:

*En Argentina (1983), Alemania Oriental (1992); Bolivia (1982), Chad (1991), Chile (1990), Filipinas (1996), República Democrática del Congo (2003); Ecuador (1996); El Salvador (1992); Ghana (2002); Guatemala (1997); Haití (1995), Indonesia (2004); Indonesia-Timor (2005); Liberia*

(2005); Marruecos (2004); Nepal (1990); Nigeria (1999); Panamá (2001); Paraguay (2003); Perú (2000); Serbia y Montenegro (2002); Sierra Leona (2002); Sudáfrica (1995); Sur Corea (2000); Sri Lanka (1994 y 1998); Timor Oriental (2002); Uganda (1974); Uruguay (1985); asimismo, al momento de escribirse aquella investigación, se estaban desarrollando los casos de Bosnia-Herzegovina; Nepal y Burundi (Amnesty Internacional, 2007). De esta última lista debe ser completada con otras experiencias más cercanas en el tiempo para ascender a 51 casos documentados en su totalidad: Burundi (1995); Brasil (2011); Canadá (2008 – 2013); Colombia (primera 2005, segunda en los recientes acuerdos de Paz, 2017); Ecuador (2007); Kenia (2008); Honduras (2010); Ruanda (1999); Yugoslavia (1993) (Comisiones de La Verdad, [s.d.a]). Es importante resaltar que cada país tiene su propia particularidad e incluso, con varias comisiones paralelas en determinados períodos (ej. Sri Lanka); de modo que hay que revisar la data que se tiene en forma detallada (Comisiones de La Verdad, [s.d.b]).

Debido a la actualidad del proceso de paz llevado en Colombia, se consiguen en ese país importantes estudios comparativos acerca de los distintos casos citados; donde se lee que “un país puede tener varias experiencias de justicia transicional cuando adopta un conjunto de medidas de verdad, justicia, reparación o garantías de no repetición”. (Saffon; Tacha, 2018, p. 106 y ss.).

En conclusión, es bien interesante los desarrollos de los trabajos de cada una de las Comisiones de la verdad citadas; porque hay otros casos de gobiernos cuestionados que siendo denunciados como “violadores” de derechos humanos; han elegido ellos mismos sus propias Comisiones de investigación, restando credibilidad y legitimidad al proceso. De allí que “La legitimidad de las Comisiones de la Verdad, ha dependió en gran medida del contenido de sus informes, de la creación, composición y de los procedimientos para la elección de sus miembros” (Díaz; Molina, 2017, p. 14).

### 3 ¿TRANSICIONAL O TRANSICIÓN A QUÉ?

Los distintos contextos y matices de los casos ocurridos en la práctica real (y no hipotético) sugiere precisar qué se buscaba en cada país o situación con la puesta en vigencia de determinados órganos especializados en hacer justicia (excepcional), sea en Comisiones de la verdad o en los propios tribunales *ad hoc*. Se pregunta si se trata de cuestiones homologables entre tantos matices y diferencias.

Es decir, porque no parece igual hablar de *transición* (de qué significaba para ese momento) en términos y contexto de la post guerra de la segunda confrontación mundial entre los **tribunales especiales (militares)** de Nüremberg; frente a los casos de los **tribunales especiales (civiles)** en los conflictos de Ruanda, la extinta Yugoslavia o Cambodia.

De igual modo, tienen sus particularidades los casos de las transiciones de las postdictaduras (de derechas) en Argentina, España, Chile, Uruguay; y más distinto en la situación de Colombia (con un conflicto armado interno con grupos de guerrilla de extrema izquierda y paramilitares de extraderecha) que llevaron a un complejo proceso de paz (avalado incluso con la participación de la Corte Constitucional en ese proceso).

Cada realidad distinta justifica distintos modos de atender el problema; de allí que las transiciones de Argentina, Chile, Uruguay, España y Sudáfrica se adecuaron a que el *status quo* entregara el poder en forma gradual, por etapas y estableciendo salvaguardas a sus privilegios como élite dominante por tanto tiempo con control e influencias en el aparato administrativo, judicial y militar. Las cosas lucen más complejas en las transiciones (menos espontáneas o forzadas) en Túnez, Egipto, Libia, Zimbawue.

Siendo que el principal objetivo de la justicia transicional, como lo evoca la expresión *transición*, indica pasar de un Estado dictatorial o autoritario a la “normalización” de las cosas, queda por resolver si es posible de encontrar otros modos de aplicar justicia transicional más allá del cambio de sistema, gobierno o estructura; para aplicar aquellos mismos mecanismos (comisiones de verdad, reparación, castigo de responsables, no repetición, reconciliación, perdón, etc.) pero manteniendo la misma estructura del Estado.

Veamos una hipótesis: El Vaticano es un Estado autónomo que, en teoría fue responsable (en connivencia de su cúpula) por no investigar debida y adecuadamente, ni denunciar en su momento, ni castigar debidamente los religiosos causantes del abuso de menores en los atroces casos de pederastía de la Iglesia católica (que solo fue posible descubrir por el trabajo de la prensa independiente).

Al respecto corresponde definir si solo se trata de una situación de “normal” violación de los derechos humanos (en irónicamente doble sentido) y no de orden propio de la justicia transicional. Se plantea la duda, si esa situación; cabe explicarla desde la perspectiva de la justicia transicional, es decir, si ha producido colapso del sistema político del (Estado) del Vaticano por ser práctica generalizada en contra de una pobla-

ción civil (con la gravedad de ser en forma reiterada y continua en contra de niños y niñas), o si por el contrario, solo se trata de una violación (más) de derechos humanos en situación de “normalidad” que el propio Vaticano debe enfrentar con los mecanismos propios de reparación y verdad que ofrece la justicia ordinaria y especial; e incluso con comisiones de “verdad” designadas por la misma Iglesia, junto a las reparaciones (confidenciales) a las que estamos acostumbrados en este tipo de temas.

Desde nuestro punto de vista, esta también constituye una violación sistemática, periódica y continua de derechos humanos de las víctimas por parte de los “miembros” de un Estado (con la dificultad de encausar judicialmente a tantos involucrados por la “movilidad” y cambios de países y zonas de su “ministerio”). Cabría preguntarse entonces si cabe aplicar términos propios de justicia transicional (general) para transitar hacia una normalización de un Estado (del Vaticano) en sus reglas y propósitos para el bien de las víctimas y sus familias. Con esta idea, se trata de una problemática compleja y patológica que debe ser abordada desde las nociones de justicia transicional en razón de tal extraterritorialidad de sus autores y víctimas, mediante comisiones de determinación de la verdad (independientes o ajenas a la Iglesia), para la identificación de los responsables y encauzamiento penal junto a la reparación e indemnización a las “víctimas” (que no han tenido voz ante el poder de ese Estado)

Sin embargo, esta tesis sugerida sería contraria a la conceptualización de O'Donnell y Schmitter (1986), que se centra en la concepción de la “*transición desde el autoritarismo*”; de modo de que, en esa perspectiva, solo es posible hablar de justicia transicional para provocar un cambio de régimen político y no una transición dentro de un mismo régimen para que pueda éste relegitimarse.

Pero el caso de la justicia transicional en Colombia, demuestra la noción y sus mecanismos de la justicia transicional puede aplicarse en situaciones (distintas a las pensadas por O'Donnell y Schmitter) *donde no cabe hablar de cambio de régimen autoritario por ninguno otro*; sino el mantenimiento del mismo status quo político; pero para permitir la desmovilización o desarme (aunque incompleta) de parte de los grupos irregulares armados para pacificar el país y reintegrarse a la competencia política de las ideas en democracia.

En fin, se abre el debate a nuestra inquietud. Al final, parece que el concepto de “víctimas” es mucho amplio y no limitante (que la visión que dedica la justicia transicional a cambios de régimen).

Tengamos entonces en cuenta las implicaciones de las Convenciones europea y americana sobre la responsabilidad del Estado (*independientemente del órgano o agente estatal causante*) como persona jurídica por violación de derechos humanos, para garantizar el ejercicio del derecho a los afectados junto al deber de reparar e indemnizar cuando corresponda (Nogueira Alcalá, 2000, p. 367).

#### **4 CONCLUSIONES O REFLEXIONES FINALES (JAMÁS DEFINITIVAS)**

Todo lo expuesto sugiere que no hay recetas únicas ni mágicas ni completas en la materia; (i) que ha habido transiciones “impuestas” por los ganadores en conflictos bélicos (el caso de la justicia militar de Nüremberg) frente a (ii) otras transiciones producto de negociaciones “pactadas”, con concesiones y acuerdos políticos luego del deterioro o muerte de sus dictadores (los casos de Chile y España los más emblemáticos); (iii) que hay transiciones que tienen en su fundamento violaciones sistemáticas de derechos humanos por cuestiones étnicas –*apartheid*- hacia la reapertura (Sudáfrica) y (iv) que casos especiales más, para investigar y castigar persecuciones por orientaciones religiosas y políticas de minorías (los casos de Yugoslavia, Ruanda). Asimismo, que si bien (v) hay casos de transiciones por cambios de régimen monárquico por republicano y guerra civil en ese tránsito con las posteriores amnistías y determinación de responsabilidades y reparaciones incompletas (Camboya); (vi) tampoco es absolutamente cierto que la justicia transicional únicamente aplica solamente para promover cambios de regímenes dictatoriales o autoritarios en “democracias” funcionales (ya que los acuerdos de Paz en el proceso de Colombia demuestra todo lo contrario).

De modo que las realidades de cada situación y contexto histórico ha venido variando entre la perspectiva punitiva o retributiva –*alrededor de la culpabilidad*- y compensatoria propia de la justicia retributiva –*alrededor de la responsabilidad*.

Se valora positivamente los resultados y esfuerzos puntuales hacia la estandarización de nociones e instituciones, como la convergencia de mecanismos y órganos internos de justicia transicional (comisiones de verdad y tribunales), de mecanismos externos de orden punitivo (Corte Penal Internacional y tribunales ad hoc o especiales) junto la promoción de mecanismos reparatorios y compensatorios a favor de

las víctimas contra los Estados responsables (Corte Interamericana de Derechos Humanos, [s.d.]).

Pero en temas de justicia transicional, más allá de los avances indicados, para atribuir responsabilidades y perseguir a los titulares de las violaciones masivas de derechos humanos; todavía estamos lejos de poder adecuar y compensar (realmente) a las víctimas ante sus victimarios, porque en muchos casos los factores de poder real o de facto (victimarios), todavía tienen margen de negociación o control de recursos económicos, de información sensible, de cuotas de poder y, gran influencia en las estructuras de poder en sus países y sobre todo en el exterior.

Y, lamentablemente, siguen ocurriendo más conflictos en este recuento; de modo que “las experiencias de justicia transicional seguirán sucediéndose en los próximos años” (Gil Blasco, 2018, p. 124). En efecto, al momento de escribir este paper y, sin siquiera haber una solución “política” a la guerra en pleno desarrollo con la invasión de la Federación Rusia a Ucrania, ya hay reacciones de lo que sería la búsqueda de respuestas hacia una eventual justicia transicional (Kelli Muddel; Roccatello, 2023); de manera que es un tema actual en prospectiva.

Es poco probable que quienes detentan el poder político y el control militar y policial de la población y de las instituciones del Estado (incluyendo los tribunales controlados que no gozan de independencia ni autonomía), en países tan “singulares” como Cuba, Corea del Norte, Nicaragua, Siria o Venezuela, cedan a sus formas de control absoluto del poder y persecución a la disidencia, cuando basados en la falso argumento del mundo multipolar, han creado un lobby internacional con países tan influyentes como China y Rusia (sentados en el Consejo de Seguridad de la ONU) para controlar e influir en buena medida ciertas estructuras y comisiones en organismos.

Con esa narrativa del mundo “multipolar” se ha permitido con propaganda, lobby e influencia que, en teoría, países violadores de derechos humanos tengan especial actuación ante organismos internacionales: Los casos más evidentes son Cuba –que es una dictadura- y Venezuela –con un gobierno autoritario que ha sido denunciado ante la Corte Penal Internacional por supuestos crímenes de lesa Humanidad-, los cuales han sido parte del Comité de DDHH de la ONU.

Las ciencias jurídicas no pueden verse desde un tipo de ideologías (en favor de derechas o izquierdas, de populismos y extremismos) o credos religiosos; pues todos los radicalismos son precisamente el germen de los regímenes más atroces violadores de los derechos humanos.

No podemos olvidar que históricamente los Estados Unidos de Norteamérica han influido negativamente en proteger las dictaduras latinoamericanas de los años 70' (Argentina, Chile, Uruguay, Cuba con Batista, República Dominicana, Guatemala, El Salvador; Venezuela) y de la misma negativa influencia la anterior URSS y luego la Federación de Rusia para promover regímenes despóticos (China, Cuba con Fidel Castro, Angola, Siria, Corea del norte, Libia, Egipto). Ambos bloques, han promovido indistintamente dictaduras a su conveniencia y han denunciado al “otro”; cuando dicha dictadura es contraria a sus posturas.

De modo que, no obstante, los avances de la justicia transicional, todavía hay muchas sombras y penurias; como, por ejemplo, en Latinoamérica, que pionera en temas de justicia transicional, en general “el cambio de régimen no significó la implementación inmediata de los mecanismos de justicia transicional y, en algunos países, los crímenes cometidos por las dictaduras siguen impunes” (ICTJ, 2009).

Muchas víctimas sufriendo (torturas, exilio, detenciones ilegales y persecución) y una élite que controla los hilos en una geopolítica del poder en un concierto internacional tomando *champagne* con los mayores violadores de derechos humanos. Los juristas debemos seguir denunciando estos regímenes para ser coherentes con la pluralidad e institucionalidad que enseñamos en las universidades. Debemos seguir gritando por las víctimas.

## REFERENCIAS

ÁLVAREZ SACRISTÁN, Isidoro. **La justicia y su eficacia. De la constitución al proceso**. Madrid: Colex, 1999.

AMNESTY INTERNATIONAL. **Truth, justice and reparation: Establishing an effective truth commission**, 2007. Disponible en: <https://www.amnesty.org/es/documents/pol30/009/2007/es/>.

COMISIONES DE LA VERDAD. **Un repaso por las comisiones del Mundo**. Bogotá, [s.d.a]. Disponible en: <https://web.comisiondelaverdad.co/especiales/comisiones-verdad-paso-reconciliacion/repaso-comisiones-verdad-mundo.html>.

COMISIONES DE LA VERDAD. **Museo de la Memoria y derechos humanos**. Chile, [s.d.b]. Disponible en: <http://comisiones.museodelamemoria.cl/pais/>.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Cuadernillo de Jurisprudencia: Justicia Transicional**, Cuadernillo, n. 15. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo15.pdf>.

DÍAZ, Ivonne; MOLINA, Nelson. Comisiones de la Verdad en América Latina. La esperanza de un nuevo porvenir. *Revista Logos, Ciencia y Tecnología*, 2017. Disponible en: <https://revistalogos.policia.edu.co:8443/index.php/rlct/article/view/368/pdf>.

GIL BLASCO, Martha. Justicia transicional: conceptos claves y aspectos normativos, Ediciones Complutense, Res publicas. **Revista de Historia de las Ideas políticas**, 2018.

INTERNATIONAL CENTER FOR TRANSITIONAL JUSTICE. **Justicia transicional en América Latina: enfrentando los dilemas del presente a partir de los legados del pasado**. Enfoque, 2009. Disponible en: <https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-Global-TransitionalJustice-in-Latin-America-2009-Spanish.pdf>.

INTERNATIONAL CENTER FOR TRANSITIONAL JUSTICE, **En busca de la verdad. Elementos para la creación de una comisión de la verdad eficaz**. 2013. Disponible en: <https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-Book-Truth-Seeking-2013-Spanish.pdf>.

KELLI MUDDLELL, Anna; ROCCATELLO, Myriam. **Reflections on Victim-Centered Accountability in Ukraine**. International Center for Transitional Justice, 2023. Disponible en: [https://www.ictj.org/sites/default/files/2023-02/ICTJ\\_Briefing\\_Ukraine\\_web.pdf](https://www.ictj.org/sites/default/files/2023-02/ICTJ_Briefing_Ukraine_web.pdf).

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Consideraciones sobre soberanía, derechos humanos y Tribunal penal internacional. *In: Constitución y constitucionalismo hoy*. Caracas: Fundación Manuel García Pelayo, 2000.

O'DONELL, Guillermo; SCHMITTER, Philippe. Transitions from Authoritarian Rule, tentative conclusions about Uncertain democracies. *In: G. O'Donell, P. Schmitter, L. Whitehead (Ed). Transition from Authoritarian Rule: Souther Europe*. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 1986.

OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS. **Acerca de la justicia transicional y los derechos humanos**. 2023. Disponible en: <https://www.ohchr.org/es/transitional-justice/about-transitional-justice-and-human-rights>.

MICHALOWSKY, Sabina. **Reflexiones sobre el papel de actores económicos en los procesos de transición ¿Por qué es relevante reflexionar sobre el papel de actores económicos en procesos de transición?** Max Planck Institute, Editorial UCAB, 2022. Disponible en: <https://ln5.sync.com/dl/59a0f5530/c8gkq7jp-xkx4ivbd-xjmwew5-jpdc7jrf/view/doc/7999393550014>.

TRUJILLO, Eduardo. Índice. *In*: Eduardo González Cueva (Coord). **La justicia transicional: escenarios y debates**, Ediciones UCAB, 2021. Disponible en: <https://ln5.sync.com/dl/c51ecf440/ieda6x37-ag34qtjh-kppp5xyt-8ihktsf8/view/doc/7874076850014>.

STAFFEN, Marcio Ricardo; PETIT GUERRA, Luis. A forma do Direito Transnacional. **Sequência Estudos Jurídicos e Políticos**, v. 42, n. 87, p. 1-18, 2021. Disponible en: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/82466>.

SAFFON SANIN, María Paula; TACHA GUTIÉRREZ, Viviana. La participación en las medidas de justicia transicional. Un estudio comparado. **Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad**, Bogotá, 2018. Disponible en: <https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2019/06/La-participaci%C3%B3n-en-las-medidas-de-justicia-transicional.pdf>.

VAN ZYL, Paúl. **Promoviendo la justicia transicional en sociedades post conflicto**. Costa Rica. CIDH, 2008. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r29755.pdf>.



# DE LA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA A LA DEMOCRACIA DELIBERATIVA EN MÉXICO

LUIS ANTONIO CORONA NAKAMURA<sup>1</sup>

---

## 1 INTRODUCCIÓN

La presente investigación tiene como finalidad el estudio de la democracia en México, su alcance y las repercusiones que ha tenido la aplicación de la participación ciudadana. Emplea como objetivo general evidenciar que la efectividad de la democracia participativa no radica en su realización sino en una connotación de una identidad democrática para que logre la vinculatoriedad haciendo un estudio al caso en México.

Para demostrarlo se utiliza un método descriptivo, así como explicativo que permite evidenciar el origen de la democracia tanto su desarrollo jurídico como social en México que deviene de una democracia participativa, por consiguiente el resultado confirma el poco interés que tienen los ciudadanos por participar en este mecanismo obteniendo como consecuencia que no se genere una vinculatoriedad, requiriendo un cambio de paradigma que se puede lograr con la transformación a una democracia deliberativa.

---

1 Abogado y Maestro con orientación en constitucional y amparo por la Universidad de Guadalajara, Doctor en Derecho por la Universidad de Aguascalientes, Maestro y Doctor en Derecho Electoral por el Instituto Prisciliano Sánchez; Profesor – Investigador Titular B, adscrito al CUCSH, en la Universidad de Guadalajara; Miembro del Sistema Nacional de Investigadores nivel I, Director de la Revista Jurídica Jalisciense, Presidente de la Academia de Derechos Constitucional en la División de Estudios Jurídicos en el CUCSH; Cuenta con publicaciones en ámbito nacional e internacional de capítulos de libros y en revistas indexadas sobre temas de Derechos Humanos, Derecho Constitucional, Derecho Electoral y Metodología de la Investigación; antonio.corona@academicos.udg.mx

Es un tema de suma importancia para que mediante el derecho humano a la participación ciudadana se logre la vinculatoriedad de los mecanismos de participación ciudadana y mantener un equilibrio entre la normativa; así mismo la construcción del Estado que garantice la participación de los gobernantes y del gobernado en temas que son de trascendencia para los ciudadanos.

En México desde el año 2018 al 2022 se ha tenido un avance en el reconocimiento legal de algunos mecanismos de participación ciudadana. En su aplicación se ha determinado con base en los resultados que no han conseguido la aprobación suficiente de la ciudadanía al no mantener un interés por ser parte de estos procesos democráticos. Es por ello la importancia de enfatizar en ciertos elementos que son necesarios para la efectividad de la democracia participativa en el país.

Estos elementos se convierten en retos que deben atenderse para alcanzar la efectividad de la democracia participativa, el primordial es obtener la participación ciudadana porque a pesar de que existen diversos mecanismos de participación como las consultas populares o la revocación de mandato al realizarse se han obtenido una participación de la ciudadanía muy baja. Lo anterior puede derivarse en que no existe un proceso de difusión que permita informar a la sociedad de la certeza en el desarrollo del mecanismo de participación y la influencia de la toma de sus decisiones.

En el contexto del país es importante resaltar que otro de los retos a enfrentar es la desigualdad socioeconómica afectando la participación desde la identidad democrática, esto se debe a que no toda la población tiene acceso a la educación menoscabando la parte cívica, dificultando el involucramiento en los procesos políticos.

Otro elemento es la corrupción, este factor es un problema que ha permanecido de manera persistente en el país generando una afectación negativa en la efectividad de la democracia participativa. Esta falta de transparencia que no solamente es de los recursos que se utilizan sino del mismo proceso socavan la confianza de la ciudadanía en los procesos democráticos dejando como resultado un desinterés por informarse.

También se transforma en un desafío la violencia y la inseguridad en la que se encuentra el país, estos actos pueden inhibir la participación ciudadana. A lo largo de la historia se puede observar la evolución que han tenido los niveles de criminalidad en algunas de las entidades federativas, afectando la capacidad de los ciudadanos a involucrarse activamente en la democracia.

Y como último de los factores se encuentra la identidad democrática, los resultados que se han obtenido de los ejercicios de mecanismos de participación ciudadana no han sido favorables porque la participación a sido poca por parte de la ciudadanía convirtiéndose este elemento en el principal para mantener la efectividad de la democracia participativa.

Como se ha manifestado estos son algunos de los retos que afronta México en la democracia participativa, la manera de superarlos va a requerir de esfuerzos no solamente del Estado, sino de la ciudadanía y las instituciones electorales para fortalecer la participación ciudadana. Es indispensable lograr fomentar la confianza en las instituciones electorales que a pesar de tener un proceso muy riguroso basado en principios como la certeza, legalidad, justicia y equidad se ve permeado su funcionamiento a partir del contexto social en el que se encuentra el país.

Se debe considerar reducir las desigualdades y abordar estrategias para la violencia e inseguridad, como se ha analizado anteriormente estos elementos son necesarios de combatir para lograr la efectividad en la democracia participativa, a su vez, se convierten en elementos fundamentales para sustentar que no solamente se requieren de estos, sino que, deben complementarse con un diálogo constructivo. El diálogo constructivo solamente se llegará a lograr a través de una democracia deliberativa, porque permite mantener de manera informada a la ciudadanía de todo el proceso y además consigue hacer parte a los ciudadanos de estos mecanismos de participación permitiendo mantener la confianza y el interés de participar en dichos procesos electorales.

## **2 LA RELACIÓN DE LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA CON LA DEMOCRACIA**

La participación ciudadana tiene una correlación con los mecanismos de participación ciudadana, entre ellos se encuentra la revocación de mandato. Mario Justo López (1975, p. 11) lo define como un procedimiento institucional que permite la remoción de los representantes electos por parte de sus electores. Por medio de este mecanismo la ciudadanía tiene un interés activo que permite mantener una comunicación con los funcionarios públicos elegidos otorgando a la población la facultad de dejar sin efecto el mandato del titular en cargo.

El proceso se realiza mediante una consulta popular que especifica ciertas características, entre ellas se determina que es un derecho

político que se reconoce de manera constitucional, tiene como principal objeto la destitución de un servidor público de elección popular antes de que expire su periodo de cargo, se requiere de la participación de la mayoría de los electores en el porcentaje que establece la Constitución que es del 40%, la determinación constitucional de mantener el carácter vinculante se puede promover con determinación de causa o sin ella lo importante es la decisión ciudadana, es un procedimiento político porque los ciudadanos tienen el derecho en ejercicio de su soberanía para deponer a sus gobernantes electos a través de una consulta organizada.

El constitucionalismo en México se ha mostrado en su aplicación muy poco sensible o abierto a los procesos cívicos de la población, teniendo como resultado una limitación en la participación donde debería priorizarse el fomento de las capacidades ciudadanas que versan sobre la decisión y el control de las autoridades. La ciudadanía tiene un involucramiento que se refleja en México a partir de la desconfianza hacia las virtudes políticas de la ciudadanía.

Esta desconfianza es alarmante porque contraviene a la finalidad del Derecho que es la de ponerse al servicio de los ciudadanos buscando el bienestar general en un sentido de igualdad, el asentimiento de todos para que pueda lograrse la respetabilidad, legitimidad o el respaldo de las personas es necesario que exista un sentido de identificación que permita el proceso de reconocimiento y aceptación.

Al no existir estos factores de interés por la mayoría de los ciudadanos la democracia sufre una distorsión, que se refleja en cuanto a su propósito ya que un grupo minoritario encuentran la efectividad de este mecanismo de participación ciudadana (Ferrajoli, 2005, p. 98)

El tiempo ha sido un elemento preponderante en agravar esta situación, en vez de moderar el problema se ha transformado para reflejarse en una perspectiva; que es repercutiendo en las instituciones porque la sociedad ha reforzado esta desconfianza por lo cual no generan un reconocimiento ni aplicación a las dificultades en las que se enfrentan o a los conflictos en los que se ven inmiscuidos; sin embargo, en el país se han suscitado actividades de alta intensidad democrática donde la ejecución de las consultas populares debería de responder a los ciudadanos desde una arista empoderada que permita asumir de una manera razonada y capacitada en las intervenciones democráticas, trayendo como resultado una participación en la toma de decisiones en todos los asuntos públicos que les conciernen.

### **3 EL DESARROLLO DE LA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA EN MÉXICO**

En México el proceso de la democracia participativa ha tenido avances en la última década, pero también a enfrentado ciertos desaciertos. El principal es la falta de vinculación efectiva que se ve reflejada en los resultados de los mecanismos de participación como lo son las consultas populares o de la implementación de la revocación de mandato. Los resultados a estos procesos no se vincularon de manera efectiva por la incidencia de las decisiones políticas que interferían hasta en el origen de la solicitud del mecanismo.

Lo anterior generó un descontento entre los ciudadanos ya que no se les consideró como parte del proceso, se evitó el diálogo deliberativo y además no se tuvieron cambios significativos del mismo.

Desafortunadamente estos procesos participativos se han utilizado como herramientas políticas para legitimar decisiones de los actores políticos, en lugar de permitir un diálogo y participación de los ciudadanos, esto a lo largo de los años a vulnerado la confianza y la legitimidad de la democracia participativa.

Aunque se han implementado mecanismos de participación sigue persistiendo una desigualdad tanto en el acceso como en la capacidad para participar, la falta de recursos y de capacidades de las autoridades y de los ciudadanos limitan la efectividad de los procesos participativos.

La insuficiente información, transparencia en los procesos participativos, la desconfianza de las instituciones, la apatía de la ciudadanía son desafíos importantes que México tiene a vencer para lograr la efectividad de la democracia participativa. Es importante empoderar a los ciudadanos para que puedan participar de una manera informada y significativa en los asuntos de interés.

### **4 DESAFÍOS DE LA IMPLEMENTACIÓN DE LA DEMOCRACIA DELIBERATIVA EN MÉXICO**

En la democracia mexicana es indispensable que existan los mecanismos de participación ciudadana ya que actúan como un control que permite revisar el desempeño de los gobernantes. Se ha realizado una incorporación al texto constitucional y la elaboración de una ley específica sobre la revocación de mandato convirtiéndose en un avance significati-

vo en el reconocimiento jurídico para el involucramiento del gobernado con la finalidad de evaluar a los que ejercen el poder político.

Es considerado un procedimiento de democracia participativa donde la participación es esencial; sin embargo, es eminente que en el país esta evaluación ciudadana en su aplicación puede considerarse un mecanismo que pretende debilitar a las autoridades.

Lo anterior se sustenta en el origen de su práctica desde una democracia participativa porque acontece a partir de una instrucción presidencial y no desde la exigencia de los ciudadanos, además fueron evidentes la intervención de diversos partidos políticos para lograr el registro ante el Instituto Nacional Electoral.

Agregando que la autoridad hizo una reducción del impuesto obligando al instituto a la organización, desarrollo y ejecución con recursos propios mediante acuerdos y sentencias judiciales.

Se obtuvo como consecuencia una disminución del presupuesto injustificada, manteniendo como fecha de ejecución el 10 de abril del 2022, el concepto de la revocación de mandato que León Nava (2020) menciona se sustenta con la Ley Federal de Revocación de Mandato en su artículo 3, señala que es un instrumento de participación ciudadana que tiene como objeto solicitar por medio de la ciudadanía mediante su voluntad determinar una conclusión anticipada de una persona titular el desempeño de su cargo por la pérdida de la confianza.

La revocación de mandato no es solamente la participación de los ciudadanos mediante el voto donde se respeta la decisión de la mayoría que es la concepción que tiene Schumpeter (1962, p. 269) sobre la democracia, este instrumento de participación ciudadana exige que el gobernado y el Estado se encuentren en relación manteniendo una participación activa comenzando por la discusión desde la igualdad sin ningún tipo de coerción, expresando los intereses de los ciudadanos y justificándolos mediante argumentos.

Partiendo del contexto en que se origina en el país es visible que las circunstancias no parten de una exigencia por parte del gobernado, sino que el mismo surge de una instrucción presidencial que pretende preguntar la validez de su permanencia en el desempeño de su cargo.

La democracia deliberativa es considerada desde un enfoque constructivo que resalta la importancia de la deliberación en conjunto con el diálogo permanente entre los ciudadanos para tomar decisiones políticas. En el caso de México la democracia deliberativa ha sido un tema de interés que también genera debate en la última década.

En México se han implementado mecanismos de participación resaltando entre estos a las consultas populares y la revocación de mandato, pero no se han generado espacios que fomenten la deliberación, la intención de estos mecanismos es fomentar una mayor participación de la ciudadanía en los asuntos públicos y promover la toma de decisiones informadas y consensuadas.

El principal problema que se tiene es que la aplicación efectiva de la democracia participativa ha enfrentado desafíos y el primordial es la falta de confianza por parte de la sociedad hacia con las instituciones políticas, se resalta también la desigualdad de acceso a la participación y a que no existe un interés por parte de los particulares en los procesos democráticos.

A pesar de estos desafíos la democracia deliberativa se convierte en un ideal que muchos aspiran en México para que complemente a la democracia participativa. Se considera que la deliberación funge como el fortalecedor de la legitimidad y calidad de las decisiones políticas al permitir la inclusión de los ciudadanos, de sus perspectivas y de poder promover el consenso.

Es indispensable resaltar que la democracia deliberativa no es un modelo que únicamente se debe reconocer ante los ordenamientos jurídicos, sino que conlleva que su implementación sea un compromiso constante por parte del Estado y de las instituciones electorales hacia con la sociedad en general.

La promoción de una identidad democrática se reflejará en una cultura de diálogo y la creación de estrategias y espacios inclusivos que sean accesibles para la deliberación y lograr avanzar hacia una democracia más participativa y deliberativa en México.

La democracia deliberativa también enfrenta varios desafíos importantes iniciando por la desigualdad de participación por falta de acceso, esta brecha que deriva del acceso y participación a los diferentes grupos de la sociedad en los procesos deliberativos, si se pretende realizar conlleva mantener la universalidad y no dejarlo a un sector de personas que no representan a la totalidad de la sociedad. Algunos sectores pueden verse vulnerados por la dificultad de acceder a la educación y la ubicación geográfica esto puede repercutir en la limitación de la participación dificultando la equidad en la toma de decisiones de asuntos públicos.

La desconfianza y el escepticismo hacia las instituciones políticas son otros factores que influyen en la desconfianza de los ciudadanos, generado por la corrupción, esto sin duda puede obstaculizar la participación de la ciudadanía en los debates públicos.

La política es otro tema en el que se debe prestar atención porque permite crear las condiciones para que exista el riesgo de que los procesos deliberativos sean tomados por actores políticos o grupos de interés. Esto puede vulnerar la imparcialidad y la equidad de las discusiones que se realicen transgrediendo la legitimidad de las decisiones que se efectúen.

En este sentido la cultura política también es importante tomarla como un obstáculo en la implementación de la democracia deliberativa porque se encuentra caracterizada por la polarización, la confrontación y la descalificación con los otros partidos. La construcción de una cultura de diálogo deliberativo es fundamental desde este contexto.

Para tener una implementación efectiva de la democracia deliberativa en México requiere enfrentar estos desafíos, dotar de estrategias y procesos que faciliten la aplicación efectiva de los mecanismos de participación ciudadana en conjunto con espacios de deliberación lo cual es necesario en un marco legal claro, dotar de recursos adecuados y teniendo una voluntad política para conseguir garantizar los procesos deliberativos de manera transparente y vinculante.

Superar estos desafíos requiere de esfuerzos continuos para obtener y seguir promoviendo una mayor participación ciudadana, mantener el fortalecimiento de las instituciones democráticas, fomentar una cultura de diálogo deliberativo y garantizar la transparencia de información, así como, de recursos en los procesos democráticos.

## **5 LA DELIBERACIÓN COMO ELEMENTO FUNDAMENTAL PARA LA EFECTIVIDAD DE LA DEMOCRACIA**

Los factores necesarios para el pleno ejercicio del derecho humano a la consulta Norberto Bobbio (1986, p. 30) comprende que la participación se encuentre aparejada de la realización de aquella; es decir, el Estado debe tener la obligación de ejercerla con anticipación a la creación de una política o de un acto público que tenga una incidencia social pertinente, respetando el derecho a la libertad de tomar decisiones que repercuten tanto en la esfera individual como pública, se pone en práctica la aplicación de la teoría de la comunicación de Habermas (2013, p. 301), ya que, se origina de una interacción entre gobernado y gobernantes que tiene como objeto el bienestar social.

Este mismo filósofo menciona que la deliberación es primordial para el inicio del intercambio de ideas, porque se realiza la reciprocidad

de voluntades de todas las personas transformadas en manifestaciones democráticas que se conforma por medio de una organización social con la intención de dialogar sobre un tema específico que repercute en las conductas jurídicas-sociales de la nación, logrando mediante una comunicación razonada, coherente y precisa, la deliberación de un asunto público que debe estar unido a la preposición de plantear propuestas.

No solamente conlleva la afirmación o negación sobre asuntos que ya han sido planteados por el gobierno como necesarios, permitiendo a los ciudadanos la elección de decisiones basadas en sus propias experiencias y necesidades para lograr el objeto del Estado de Derecho, que es el bienestar social. Así, se generan una perspectiva del derecho humano a la participación ciudadana, en el sentido de confirmación o negación de decisión por el ciudadano y que tienen una repercusión para mejorar su entorno.

La participación ciudadana, los principios de libertad, igualdad y justicia tienen una permanencia en el Estado. El Estado permite mediante los elementos y componentes de la democracia deliberativa, el adecuado funcionamiento de la participación, los cuales se pueden encontrar reflejados en los instrumentos de participación, fortaleciendo una comunicación entre el Estado-sociedad.

El autor de esta teoría es Norberto Bobbio e incide favorablemente a fortalecer al definir la democracia como un conjunto de reglas que determinan quién autoriza las decisiones colectivas y bajo qué procedimientos.

Las decisiones se contemplan en grupo, asumiéndolas como colectivas, las cuales deben ser aceptadas por medio de normas reconocidas por la mayoría. Recalca que el poder democrático debe regularse por medio de límites constitucionales y respetando los derechos individuales predominando la libertad, igualdad y la participación social y generando un Estado constitucional de naturaleza liberal-garantista.

Bobbio enfatiza en su teoría que es primordial los principios y valores que se permean en la democracia compuesta por la legalidad, siendo esencial su ejercicio y la conformación de instituciones equilibradas.

Para que domine la voluntad general se debe legitimar el derecho de la ciudadanía, pues esta se encuentra cada día más involucrada en hechos sociales y políticos; es la exigencia de la permanente interacción entre gobernado y gobernante, debe ir orientada a una comunicación que dé como resultado una decisión donde se vincule la mayoría de los votos de la ciudadanía.

Destaca que la democracia está compuesta por un conjunto de reglas procedimentales para formar decisiones colectivas, permitiendo

una plenitud de participación social, visualizándola como un método de convivencia igualitaria, asegurando los procedimientos necesarios para la participación ciudadana.

Defiende la legitimidad al sostener que las normas actúan como límites del poder y garantía de los ciudadanos; es mediante la ley como se obtiene la objetividad, seguridad e institucionalización, determinando que el principio de legalidad es el origen de la legitimidad del Estado; la ley es la soberanía y esta a su vez es la voluntad general, porque donde no hay derecho de libertad es inexistente la democracia.

Para Bobbio la democracia debe estar relacionada como “liberal-garantismo, así como igualitarista-justicia social redistributiva, unidas por la participación política popular”. A su vez afirma, que la democracia real es un modelo menos injusto de gobierno y necesaria para la relación armoniosa de la política y la sociedad. Menciona al respecto que los “Derechos del hombre, democracia y paz son tres momentos necesarios del mismo movimiento histórico: sin derechos del hombre reconocidos y protegidos no hay democracia; sin democracia no se dan las condiciones mínimas para la solución pacífica de los conflictos.”

Desde una perspectiva filosófica política la democracia deliberativa se sustenta en John Rawls (2002, p. 62) haciendo una distinción de principios precisando en la igualdad y la libertad buscando favorecer a la sociedad general; es decir, mantiene una postura que se encuentra sustentada en la verdad moral que es válida y aceptable a través del razonamiento de los individuos que tengan un interés en el hecho. En consecuencia, se tiene que se llega a esa verdad moral solamente a través de la reflexión individual que se llega mediante la discusión con otras personas buscando llegar a esa verdad de manera cooperativa.

Otro autor es Jürgen Habermas (2000, p. 93) que coincide con la existencia de los principios de igualdad y libertad haciendo énfasis en la imparcialidad, convirtiéndose en reglas las cuales dirigen y se convierten en prácticas sociales, resaltando la importancia de la discusión que se origina de manera colectiva para lograr la verdad moral.

Entonces desde esta visión la verdad moral se consigue mediante el consenso siendo el resultado de la discusión colectiva, porque si se toma en cuenta solamente la decisión del individuo se puede permear por los intereses propios, por lo tanto, el consenso es el único medio en que se consigue la verdad moral, porque ha pasado por un proceso de debate descartando manipulaciones y dejando de lado las desigualdades.

En este modelo normativo ideal de democracia deliberativa, Jürgen Habermas (2007, p. 67) demuestra que debe ir aparejada de la ética para lograr que se respete la opinión pública y la participación de la ciudadanía; la ética ayuda a sustentar que el actuar del ser humano sea adecuado, otorgando plenitud y eficacia, reflejada en la normatividad y consiguiendo actos regulados y enfocados a derecho.

Habermas (2007, p. 72) señala tres elementos en su teoría que son indispensables en el desarrollo de este escrutinio, siendo: 1) la ciudadanía y opinión pública, 2) esfera pública y 3) participación.

El axioma que Habermas (2007, p. 73) plantea en su teoría se basa en que el sistema político se especializa en la toma de decisiones colectivas vinculantes y que la opinión pública es el medio que dirige el uso de poder del Estado en un interés determinado, manteniendo su vinculación; así, la ciudadanía, a través de la opinión pública, requiere de mecanismos para garantizar su participación en temas que sean de interés social.

El segundo elemento radica en la esfera pública, aludiendo que el Estado debe tener una cooperación social donde se deje persuadir por intereses colectivos, efectuando un intercambio de opiniones; los espacios públicos se convierten en el medio idóneo donde los ciudadanos coadyuvan frecuentemente mediante un diálogo racional.

La participación es el tercer elemento que Habermas contempla exponiendo la facticidad en la legitimación de normas que surgen de la participación ciudadana y la aceptación de los que tienen un interés legítimo; y la validez, siendo necesaria en la voluntad del ciudadano a las normas establecidas.

Derivado de lo anterior ambos autores coinciden con lo que sustenta Carlos Nino (1997, p. 154) manifiesta que la verdad moral no solamente parte de los principios de igualdad, libertad e imparcialidad, sino que son una práctica dialógica que se dirige a conseguir una cooperación social para evitar y concluir con los conflictos. Afirma que la discusión es el único medio en el cual se determinan las decisiones razonadas bajo el intercambio de ideas ampliando el razonamiento y detectando los errores en el mismo, confirma que realizarlo de una manera individualizada trae consigo una carencia de imparcialidad y certeza, por ello, no debe considerarse como un método confiable.

Robert Alexy (2003, p. 20) concibe las reglas como “normas que obligan, prohíben o permiten algo en forma definitiva”. Bajo este criterio

se busca reglar la adherencia, accesibilidad y eficacia de los mecanismos de participación que pueda garantizar el derecho humano a la consulta.

La democracia es la composición de estos principios la igualdad, libertad e imparcialidad mediante un proceso político que incluye a todas las partes que tengan un interés ejerciendo la deliberación. El solamente contemplar lo que decidió la mayoría mediante el voto no es suficiente porque no se incluyen a todos los sectores para deliberar y después tomar una decisión razonada dándoles orden a sus intereses desde lo colectivo. Los intereses y necesidades que se tengan en conjunto buscan tener una justificación mediante la argumentación, la discusión permite evidenciar los errores en los que se puede mantener la decisión buscando una solución alterna desde un enfoque de empatía y por último es necesario también que el proceso de participación sea incluyente y deliberativo.

## 6 CONCLUSIÓN

En México es necesario implementar una aplicación de la democracia participativa de manera efectiva que permita obtener resultados factibles en cuanto a la vinculatoriedad de los mecanismos de participación ciudadana a través de las tomas de decisión a las que se llegan.

El contexto social, económico, político y jurídico mantienen una participación fundamental en la eficacia de la democracia participativa. Se han conseguido avances en cuanto al reconocimiento jurídico de diversos mecanismos de participación ciudadana como las consultas populares y la revocación de mandato; sin embargo, los resultados que se han obtenido se han visto permeados por una baja participación que no alcanza el límite de porcentaje de la población que debería involucrarse en el proceso.

Lo anterior se deriva porque no se tiene una confianza en las instituciones del país, a pesar de que en México el Instituto Nacional Electoral ha sido reconocido como una de las mejores instituciones electorales, recibiendo el premio “Cátedra de la Democracia” que fue otorgada por el Tribunal Supremo de Elecciones de Costa Rica por su contribución al fortalecimiento de la democracia.

El Instituto Nacional Electoral se rige por los principios de certeza, legalidad, independencia, imparcialidad, objetividad y máxima publicidad lo cual permite tener una transparencia de los recursos y del desarrollo de los procesos en los que la ciudadanía forma parte. El problema no es tanto de la institución sino del contexto en el que se encuentra el país

la ciudadanía no tiene confianza porque se desarrollan acciones en la vida cotidiana que generan desinterés, falta de una identidad democrática y la duda de que las cosas se desarrollen conforme al principio de legalidad.

Por ello los principales retos a los que se enfrenta la democracia participativa en el país es a convencer a la ciudadanía mediante un diálogo constructivo de que es necesario su involucramiento resaltando la importancia de la toma de decisiones por ello se debe contemplar la democracia deliberativa. Tanto la democracia participativa como la democracia deliberativa se complementarán en el proceso de la efectividad, el diálogo debe ser algo permanente con los ciudadanos, los mecanismos de participación tienen que mantener su origen de la exigencia de la sociedad alcanzando la accesibilidad y la aprobación de estos.

En México como en cualquier otro país, existen estos retos en la democracia buscando promover y fortalecer la democracia participativa, de manera sucinta es indispensable crear las condiciones del diálogo para que se cree la participación ciudadana, a pesar de que se poseen los mecanismos de participación como las consultas populares y la revocación de mandato el involucramiento ciudadano se ha convertido en un desafío total. Muchos de los ciudadanos no se sienten motivados o informados para estar activamente involucrados en los procesos electorales.

La desconfianza en las instituciones es otro desafío derivado de la corrupción que ha existido al largo de la historia del país en sus diversos niveles de orden de gobierno, este tema de corrupción ha erosionado la confianza de la población en el sistema democrático lo que a su vez dificulta la participación activa.

La desigualdad socioeconómica es otro obstáculo para la democracia participativa porque las personas con menor acceso a recursos, educación y oportunidades de desarrollarse en el país les genera dificultades para participar de manera activa en los procesos democráticos.

Para concluir la violencia y la inseguridad es otro de los retos a los que se enfrenta México estos producen intimidación y miedo que de manera indirecta limitan la participación activa de los ciudadanos, especialmente en aquellas regiones donde la violencia es más frecuente.

La democracia participativa y deliberativa se tiene que originar de la publicidad y la transparencia del actuar del Estado y de la sociedad, ya que esto impacta en la cotidianidad de la ciudadanía y favorece a su vez un control para atender a conflictos que la condición humana requiera.

Realizar la aplicación de este modelo implica que se tenga una concepción de una constitución contemporánea de un proceso abierto, que mantiene un valor a los procesos democráticos aumentando la posibilidad de la participación de la ciudadanía otorgándole legitimación al proceso.

La intervención concluye en que un Estado moderno está integrado por individuos que se rigen por normas y principios institucionalizados, donde los ciudadanos ejercen su capacidad de participación, discusión y decisión en temas de interés colectivo.

Prevé que los ciudadanos puedan tener un conocimiento pleno y oportuno sobre los asuntos públicos que se realizan, encumbrando el derecho a la información y siendo aún más latente el derecho humano a la consulta.

En la utilización de los mecanismos que incentivan la participación social y garantizan el derecho humano a la consulta e información, sociedad y gobierno se reconocen recíprocos beneficios mediante un aporte colectivo, donde la voluntad política y social es realizada de manera racional; es una interacción del Estado con la sociedad y viceversa generando un medio de diálogo y comunicación apropiada.

Una vez que se logró realizar este vínculo de comunicación y acercamiento de ambas partes, se creará un interés en la sociedad para participar, otorgándoles un empoderamiento que fortalecerá la credibilidad del actuar del Estado y reforzando las decisiones de las autoridades de los distintos órdenes de gobierno, al tomar en cuenta la voluntad de los ciudadanos, reconociendo los derechos tanto individuales como colectivos con que cuentan.

Es indispensable resaltar que se requiere de consensos para evitar el enfrentamiento entre grupos siendo fundamental el diálogo y la cooperación para el funcionamiento efectivo de la democracia.

## REFERENCIAS

ALEXY, Robert. **Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad**. 2003.

BOBBIO, Norberto. **El futuro de la democracia**. México: Fondo de Cultura Económica, 1986.

BOVERO, Michelangelo. **Una gramática de la democracia**. Trotta, 2002.

DEL TRONCO, José. **Democracia participativa**. México: UNAM, 2021.

DOMÍNGUEZ, Héctor. **Democracia Deliberativa en Jürgen Habermas**. Colombia: Analecta, 2013.

FEARON, James. **La deliberación como discusión**. Barcelona: Gedisa, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. **La crisis de la democracia en la era de la globalización**. Madrid: Trotta, 2005.

HABERMAS, Jürgen. **Aclaraciones a la ética del discurso**. Madrid: Trotta, 2000.

HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y validez**. Trad. de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 1998.

HABERMAS, Jürgen. **Verdad y justificación**. España: Trotta, 2007.

JUSTO, Manuel. **Qué es la revocación de mandato**. México: UNAM, 1975.

NINO, Carlos. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona: Gedisa, 1997.

RAWLS, John. **La Justicia como equidad**. España: Paidós, 2002.

SCHUMPETER, Joseph. **Capitalism, Socialism and Democracy**: New York: Harper and Row, 1962.





# ONLINE DISPUTE RESOLUTION (ODRS) CHALLENGES IN PRIVACY LAW. A COMPARATIVE ANALYSIS MEXICO-USA

PAOLA JACKELINE ONTIVEROS VAZQUEZ<sup>1</sup>

---

## 1 INTRODUCTION

A new era of justice is developing, so changes in the protection of personal data must be generated while the human being creates conflict resolution platforms, known as Online Dispute Resolution (ODR). The fact of having access to a network where you can exchange communications, buy, and sell products, publicize the provision of a service, generate work meetings, take classes, carry out a judicial process, as well as managing and resolving conflicts through electronic means has caused the change in how a society prevent and solve conflict with the use of technologies.

This new ways of solving conflicts have been developing in the last few years by ODR providers in different parts of the world giving us access to civil, family and commerce negotiations with people around the world that are not located in the same jurisdiction, this represented new challenges in the way of exercising justice, as well as the changes in the protection of personal data that will be generated in online dispute resolution software's.

---

1 PhD in Universidad Nacional Autonoma de Mexico, Mexico, Post doctorate fellow in Mediterranean Legal Research Institute, Calabria, Italia; Candidate for the National System of CONACYT Researchers. Master in Conflict Resolution and Mediation at the European University of the Atlantic in Santander, Spain. Master of Laws (LLM) Magna Cum Laude, from Syracuse University, New York. Private Mediator number 525 certified with public faith by the Center for Alternative Justice in Mexico City. Email: mprivada525@gmail.com.

Online and offline offering different mechanisms as automated decisions online mediation or arbitration services; can help to formalize settlement agreements, and their automatic execution.

While the distinction ODRs and ADR's in the use of technologies for the development in each service, regarding the term ADR (Alternative Dispute Resolution) for all alternative resolution procedures that can implement information and communication technologies as a tool to manage and resolve conflicts, the proper term for the use of technologies in mediation should be online mediation and not ODR (online dispute resolution), the latter is considerate a sophisticated dispute resolution systems, which can make automated decisions or can handle disputes within its expert system (ODR Europe).

The above are some issues observed from a specialized field on the use of modern technologies that will cause effect in the regulatory field focused on privacy rights. Nowadays privacy policies to protect personal information, intellectual property in private consumer services as the ODR services are necessary in the development and preparation of digital platforms. In this subject, the evolution of the right to privacy will be analyzed, since 1980 to the present and how the right to privacy is understood.

Additionally, American and Mexican legislation had established some regulatory precedents for the access, control and processing of personal data depends on the jurisdiction and the responsible/controllers that will collect the information, but never under the scope of all the handle of the above-mentioned technologies.

In the United States of America (USA), the “consumer protection law safeguards expansively defined individual rights in the context of commercial transactions. While consumer protection law does not address privacy from government intrusion, it does provide a flexible and broad basis for policing the handling of personal data by businesses.” (McGeveran, 2016) In USA, privacy law covers only certain practices, or some types of data.

Although in the United States consumer protection regulators generally have the most wide-ranging mandate to govern privacy and information security. At the national level, the Federal Trade Commission (FTC) is the most significant of these regulators (McGeveran, 2016).

In USA, the “Federal Trade Commission has been the chief federal agency on privacy policy and enforcement since the 1970s”. This agency “uses law enforcement, policy initiatives, and consumer and business

education to protect consumers” personal information and ensure that they have the confidence “to take advantage of the many benefits of the ever-changing marketplace” (Federal Trade Commission, [s.d.]).

On the other hand, in Mexico for the protection of personal data held by individuals there are two regulations at the national level: a) The Federal Law on the Protection of Personal Data held by Private Parties (LFPDPPP) and b) The Regulation of the Federal Law on the Protection of Personal Data held by Private Parties.<sup>2</sup>

This last regulation will apply to the “processing of personal data” that is in physical or electronic media, which make access to personal data possible “in accordance with certain criteria, regardless of the form or modality of its creation, type of support, processing, storage, and organization” (art. 3).

Mexico is also member of the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data (CETS No. 108), this is the first legally binding international instrument in the data protection field. Under this Convention, “the parties are required to take the necessary steps in their domestic legislation to apply the principles it lays down to ensure respect in their territory for the fundamental human rights of all individuals about processing of personal data”.

After reviewing the actual available legislations in both countries, in the last section objectives for privacy law on the ODR’s platforms are established, requirements for private policies that will regulates ODR services not only to solve e-commerce conflicts, but to solve e-justice conflicts through negotiation, mediation and arbitration process; the implications of the use of new technologies applied to ODR that will generate a new view in processing personal information and in regulating contract management; maintaining confidentiality and security of the transactions, communications and personal information; the understanding in the privacy terms and future changes and the rights and obligations of the users and controllers (authorities, obligates subjects and particular subjects).

---

2 The Regulation of Federal Law for the Protection of Personal Data Held by Private Parties (LFPDPPP) *supra.*, its purpose is to regulate the provisions of the Federal Law on Protection of Personal Data Held by Private Parties.

## 2 ONLINE DISPUTE RESOLUTION (ODR)

### A) ODR: Origins and Definitions

Certain events contribute to the origin of ODRs, ever since 1970's research on computer-mediated negotiation or eNegotiation began, the first prototype negotiation support systems were built during the 1980s, named CONSENSUS, it's purpose was to improve negotiation efficiency and coordinate opinion conflict.<sup>3</sup>

In 1993 Ernie Thiessen, founder of *SmartSettle*, developed a computer program whose purpose was dispute resolution, which “elicits and manages preferences for any number of parties with conflicting objectives on any number of issues and generates potential agreements based on party preferences” (Samrtsettle, [s.d.]).

In May 1996, a conference on ODR was held in Washington DC, convened by the National Center for Automated Information (NCAIR) to discuss, evaluate and design online dispute resolution systems.<sup>4</sup> Some ODR projects were developed at this time like the Virtual Magistrate, the Online Ombuds Office at the University of Massachusetts and a family dispute ODR project at the University of Maryland (Katsh, [s.d.]).

From 1997 to 1998, greater development in ODR began, with the Center for Information Technology and Dispute Resolution (later the National Center for Technology and Dispute Resolution) in the University of Massachusetts, where professors of legal studies Ethan Katsh and Janet Rifkin, worked in disputes arising out of online activities, one of these projects was a pilot project for eBay to see whether disputes between buyers and sellers could be mediated online. Over 150 disputes were handled in a two-week period.<sup>5</sup>

---

3 Following the structural design of CONSENSUS, users build a combined negotiation process by themselves during the design period. Once this is done, the software agents are allocated to each individual transaction in a shared trading process and implement the progression. See: Shi, 2010.

4 “The National Center for Automated Information Research (NCAIR) established this fund in 1998 to create the International Center for Automated Information Research (ICAIR) at the University of Florida Fredric G. Levin College of Law (Internaticonal..., [s.d.]).

5 The National Center for Technology and dispute Resolution, founded in 1998 by University of Massachusetts (NCTDR, [s.d.]).

Since then, blogs, research articles and electronic forums were developed where ideas regarding the use of ODR were developed, but it is not until 2001, when a phase of institutionalization of the ODR finally begins and they begin to be elements applied in the courts and by administrative authorities in United States.<sup>6</sup>

ODRs are used to think as software that improves the automatization in the resolution of conflicts, with double blind bidding<sup>7</sup> or visual bidding<sup>8</sup> services, sometimes taking options from a decision tree, with the help of a virtual assistant, or selecting different choices of dispute resolution services allow in the same platforms, where it is possible to write proposals, take collective decisions, use videoconference, internal messages, calendars, management and resolution of conflicts, all in the same platforms. Alternative Dispute Resolution mechanisms (ADR)<sup>9</sup> sometimes works with the facilitation of a third neutral party mediator, conciliator, or arbitrator<sup>10</sup> that can apply technologies to their services to improve job specialization, cost

---

6 See, for example, *Zippo Manufacturing Co. v. Zippo Dot Com, Inc.*, 952 F. Supp. 1119 (W.D. Pa. 1997) and *Bensusan Restaurant Corp. v. King*, 126 F.3d 25 (1997).

7 In double blind bidding parties are unaware of the options that the other party offered, the computer analyzes the option and through an algorithmic method offer a deal to solve the conflict. See Thiessen, [s.d.], p. 343.

8 One of the visual bidding services is the visual blind tender, in which each of the bidders makes proposals and suggestions in view of all the other parties. The computer operates as an intelligent agent keeping the acceptances made by each party secret. The computer is the one who announces that the parties have reached an agreement when there is a coincidence between the secret acceptances. See Thiessen, [s.d.], p. 343.

9 The negotiation, mediation, conciliation, and arbitration are known as alternative dispute resolution mechanisms. ONU, United Nation Charter (signed on 26 June 1945), Chapter VI: Pacific Settlement of Dispute (Article 33, first paragraph).

10 Negotiation, mediation, and conciliation are self-composing mechanisms, by virtue of being the parties who decide the best solution to their conflict. Only the people in conflict participate directly in the negotiation; while in the mediation, in the arbitration and in the conciliation a third party participates and helps the parties to find solutions. The role of the mediator and the conciliator entails a difference, in relation to the performance they have. First one, the mediator has the responsibility of helping persons to share information and listen to each other to identify the aspects that allow them to find solution options to their problem; in the case of the conciliator, he has the power to propose solutions. As for the last alternative mechanism mentioned, the arbitration, there is an arbitrator who imposes the solution on the parties known as an award, through a flexible process in accordance with the rules or arbitration clauses previously established by the parties. See Paola Ontiveros, 2020.

and time savings, relocation and eliminate barriers to access to justice or complex process. ADRs can be part of ODR systems as a collaborative tool like a climbing system or a “combination of all three” (Jain, 2015) including tools for brainstorming, prioritizing options, drafting, understanding emotions, prediction of compliance or strategic effectiveness.<sup>11</sup>

Currently, the use of ODR is more frequent, as well as the development of virtual platforms that facilitate online conflict resolution with more sophisticated technology, like smart contracts or artificial intelligence. For example, ODR systems can work with smart contracts either a) to solve conflict arise from the obligations and rights considered within the smart contract, or b) a way to automatized enforceability of a transaction between parties’ derivative of the ODR process<sup>12</sup>. In the case of artificial intelligence, this can help to identify patterns in which information is classified, and through the use of neural networks, select the valid solutions to be applied; to automate translation (Lodder, 2010) in case parties speak or have documents in a different language, automated summarizing to brief the main points of the conflict or precedents; and computer-mediated legal argument (Gordon; Märker, 2003) by lawyers that analyses the correct application of the law for a mediation agreement or an arbitration award<sup>13</sup>; and applied to biometrics, can make facial recognition emotions to attend during an ODR process; authenticate and reverify users with facial biometric technology by matching a person’s face to an identity official document; it can determine if users look confused or lost in certain stage of the process informing the mediator to take actions that produce more positive experiences (Top..., 2023).

## B) USA Online Dispute Providers

One of the leading providers of online trade dispute resolution in the U.S was *Squaretrade Portal* (Allstate..., [s.d.]) in 1999, filling out

---

11 “Software developed at the University of Massachusetts facilitates brainstorming at a distance, reduces the need for some face-to-face meetings and has the added benefit of allowing, if the mediator so desires, brainstorming to be conducted anonymously”. (Katsh; Wing, 2006).

12 See ONTIVEROS VÁZQUEZ *et al.*, [s.d.].

13 *e.g.*, the Zeno system developed by Thomas Gordon, “is a internet discussion forum that facilitates the public inquiry procedure in municipalities, it structures the discussion by showing the arguments pro and con. The system does not decide, but the information is used by the municipality to decide on the issue in dispute.” (Gordon; Karacapilidis, 1997).

a complaint form, then the dispute resolution method will be indicated, party must accept the electronic service resolution, the other party will choose option to solve the problem, if there is no agreement, a mediator will attend the conflict by email (Lodder; Zeleznikow, 2010).<sup>14</sup>

Cybersettle, another web-based negotiation technology, facilitates settling monetary disputes in insurance, financial services, law firms, etcetera. It uses a system of “double-blind bidding” for single-issue negotiations providing no more than 3 proposals for solving the conflict, also has support mediation services that communicate out of the system.

Another provider of ODR services in the U.S was the portal Modria.com, for online negotiation between the parties, provide access to a mediator, if needed, and refer the case for an evaluative outcome”, it also provides access to arbitrators, mediators or other experts if needed in the same platform (Modria, [s.d.]).

Gradually, since the beginning of the 21st century, these systems are progressing, generating many online conflict resolution platforms, with different services that can be independent from the software or can be use as part of the software services in the same platform as we can see in these different ODR providers mentioned above.

### C) MEXICAN ONLINE DISPUTE PROVIDERS

Since 2008 there has been an evolution in Mexico in the use of technology in the alternative resolution processes. Particularly in Mexico City, where the regulation of electronic means was implemented as part of the mediation services that are offered, (as an example it is possible to provide consent by media means using electronic signature). In 2013, in the State of Coahuila<sup>15</sup> the possibility to file evidence through electronic means for arbitral tribunals was enabled. In the State of Tlaxcala<sup>16</sup> it is regulated the use of electronic media to accomplish Legal notices and the monitoring performed by the facilitator to enforce compliance

---

14 “Squaretrade is no longer a service provider for eBay, in 2008 ebay introduced its own dispute resolution system.”

15 Law on Alternative Means of Dispute Resolution for the State of Coahuila de Zaragoza, (*Ley de Medios Alternos de Solución de Controversias para el Estado de Coahuila de Zaragoza*), Article 88.

16 Law of Alternative Dispute Resolution Mechanisms of the State of Tlaxcala, (*Ley de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias del Estado De Tlaxcala*), Article 72, Fracc. V.

with agreements reached by the parties. In the States of Hidalgo<sup>17</sup> and Quintana Roo<sup>18</sup> it was approved in 2014 the use of technology within the mediation process.

In Mexico there are two ODRs systems: PROFECO CONCILIANET<sup>19</sup> and CONDUSEF online platform<sup>20</sup>. Before describing how the platform operates, is important to review some hard data related to its efficacy. Attending the statistics provided in CONDUSEF's website, it can be demonstrated the effectiveness of this platform as in the first quarter of 2019 the 90% of the cases were solved in a period of less than 10 days (PROFECO, [s.d.]).

To present a claim in *CONCILIANET platform* it is necessary to

- a) Create a user with email and password, b) Identify yourself by digitizing an official ID, c) Describe the reason for the claim and attach the digitized documents that prove the consumer relationship, the statement must have the following personal data: Name and address of the person reported or, data for their location and the name and address of the complainant, d) If the complaint is appropriate, the day and time will be set for the virtual conciliation hearing through the platform, in real time between the consumer, the provider and PROFECO, e) The resolution is given within a period of 10 business days via email (PROFECO, [s.d.]).

On the other hand, CONDUSEF online has available an electronic complaint portal with a privacy notice that is necessary to sign before solicitation of the service, accordingly the user must 1) register their personal data, such as: full name, Email (validation), contact telephone numbers and full Address. Email will be the way to establish contact between the user and this agency, 2) select the User Service Unit closest to

---

17 Law on Alternative Dispute Resolution Mechanisms for the State of Hidalgo (Ley de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias para el Estado de Hidalgo), article 17, 18 and 19.

18 Alternative Justice Law for the State of Quintana Roo (Ley de Justicia Alternativa para el Estado de Quintana Roo), article 57, 69, 84, 137-157.

19 "Is an online dispute resolution module, in which conciliation hearings are conducted via the Internet with those suppliers of goods and services that have entered into a collaboration agreement with the Attorney General's Office for this purpose", Concilianet: this service is provided by the Federal Consumer Protection Agency (PROFECO, [s.d.]).

20 "It is a portal created by the National Commission for the Protection and Defense of Financial Services Users (CONDUSEF) to file complaints against any Financial Institution electronically." (Portal., [s.d.]).

their home, which will be responsible for following up on their claim, 3) select the financial sector, the financial institution, financial product, the cause of conflict and describe in detail the facts of the claim, 4) attach the support documentation (in PDF and/or images), an official identification and the complaint form, 5) the user will obtain a pre-registration number, 6) the complaint is expected to be solved within 4 days through email, 7) if the user does not agree with the solution, it is possible to request a conciliation hearing with the authority.<sup>21</sup>

That is to say that ODRs systems could be used as an offline dispute resolution, either for the public or private sector, to streamline the internal processes of claims or complaints in different legal areas avoiding going to court and investing in legal counseling. The ODRs providers have proven their efficiency in the number of cases and the time spend solving conflicts, that is why it is necessary for institutions to promote the use of these systems. These systems cannot work coercively, it is necessary that the parties come voluntarily and register in said systems so that the authorities facilitate the resolution of conflicts and avoid courts litigation.

### 3 PRIVACY REGULATION FOR ODR

In order that an ODR proceeding may begin, it is desirable that the claimant read privacy notice, accept cookies, and then proceed to “provide personal data to the ODR administrator<sup>22</sup>”. The foregoing will imply that the administrator has the necessary measures for the protection of personal data, the preparation of privacy notices and the forms of notification to users of the existence of these regulations.

ODR platforms evolving in a digital era will be a challenge in the handling and protection of personal data, it will be necessary to be aware of the minimum information necessary within these systems for conflict resolution, the use of personal information, the share of personal information and how to secure this information. Moreover if we analyze right to privacy as a human right (García Gonzáles, 2007).

From the issuance of the Convention for the protection of individuals about the processing of personal data, a different connotation to the right of privacy was given (Convention 108+, 2018). United States is an

---

21 CONDUSEF: ([https://phpapps.condusef.gob.mx/margo.0.1/avisos/Guia\\_Margo.pdf](https://phpapps.condusef.gob.mx/margo.0.1/avisos/Guia_Margo.pdf)).

22 *Id.*

observer of this treaty and Mexico is a signing member. The purpose of this Convention is the protection of every individual regarding the processing of their personal data (art. 1), the guidelines of the common model of protection were established (arts. 5, 7, 8, 12 and 13<sup>th</sup>), establishing for this purpose the right of the owner to oppose the dissemination of their records (art. 9).

Likewise, articles 7 and 8 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union<sup>23</sup> signed in Nice on December 7, 2000, provides the protection of personal data used for specified purposes and based on the express consent of the person. At the same time, everyone has the right of access their own data and rectified it. It was established the compliance of protection of persona data to be control by an independent authority.

We can see this right established under two visions a) as a limitation of the state and the authorities to interfere in a right related to privacy, with exceptions to national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others, or b) as an essential right of the human being, of protection of their own personal data, expression of consent, cancellation and rectification of the same. These two visions will be developed in the next section.

#### A. The right to privacy in Mexico

The reception and recognition of the right to protection of personal data in Mexico took place until 2002, with the Federal Law of Access to Public Government Information. It was the first regulation to recognize the right to protection of personal data from the public sphere, which was shown as a limitation of the state to the exercise of the right of access to private information.<sup>24</sup>

---

23 Article 7. "Respect for private and family life. Everyone has the right to respect for his or her private and family life, home and communications."

Article 8. "Protection of personal data. 1. Everyone has the right to the protection of personal data concerning him or her. 2. Such data must be processed fairly for specified purposes and on the basis of the consent of the person concerned or some other legitimate basis laid down by law. Everyone has the right of access to data which has been collected concerning him or her, and the right to have it rectified; 3. Compliance with these rules shall be subject to control by an independent authority."

24 Federal Law of Access to Public Government Information: ([https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFTAIP\\_200521.pdf](https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFTAIP_200521.pdf)).

In 2009, constitutional reforms were made to articles 16 (second paragraph)<sup>25</sup> and 73 (section XXIX-O) of the Constitution, through which was granted full recognition to the protection of personal data as a fundamental and autonomous right. Similarly, these reforms gave the Congress of the Union powers to legislate on the matter (Enriquez, 2018).

In Mexico, privacy consists in a constitutional recognition of the right to protection of personal data, developed under the framework of the European doctrine and regulation, in the self-regulation and sectorization schemes of the common law system. Later in 2010, a new panorama of regulation was provided to process personal data in the private sector, through the Federal Law on Protection of Personal Data held by Private Parties.

Moreover, the protection of personal data of everyone has become a common practice of control and storage by both public and private sectors. These privacy rights must be protected and guaranteed by suitable protection mechanisms, now in the modern commerce industry regulations should be reviewed.

Finally, in 2013 a paragraph in the section A of article 6<sup>th</sup> of the Mexican Constitution (CPEUM) was added, it declares the protection of the information related to “private life and personal data”, the guaranteed of access to their personal data “without having to prove interest or justify their use”, and the “accuracy” as a right of data protection.

Also, first paragraph of article 6, imposes the liberty of expression, except if it attacks morality, private life, or the rights of third parties, provokes a crime, or disturbs public order. This article correspondingly states that the right to reply must be exercised in the terms provided by law.

Paradoxically, Mexico is a country that could be identified as one that has on over regulation in matter of privacy<sup>26</sup>. Despite the constitutional provisions at the federal level and the regulations that exist regarding the protection of personal data, both at the federal level for public and

---

25 Article 16. Second paragraph. “Every person has the right to the protection of their personal data, access, rectification and cancellation of the same, as well as to express their opposition, in the terms established by law, which will establish the assumptions of exception to the principles that govern the data processing, for reasons of national security, provisions of public order, public safety and health or to protect the rights of third parties.”

26 Mexico counts at least with two Federal Laws and 32 local laws related to privacy data.

private entities<sup>27</sup>, and at the local level<sup>28</sup>, the evolution of technologies and the various software that are being developed in the field of ODR, as well as the numerous ways of providing services never had a regulatory framework that protects and defends the right to data privacy effectively in this technology era.

For example, there is concern about protecting privacy against the technological developments that could allow the circulation of private information without any restriction of time, place or nature of the person or individual. In Mexico it is relatively easy to acquire personal databases in the informal market by companies that exchange or sell databases with private information without any limitation other than the usefulness that this represents to fulfill an objective. These behaviors have generated that the Call Centers of the companies harass individuals with the sale of goods or services or the collection of some type of credit or pending debt, as well as from the information that is sold or disclosed without any type of restriction, this has encouraged illicit conduct such as robbery, extortion or kidnapping, which in some cases is based on erroneous or false information from databases that are part of a black market, without authorization and updating. For this reason, it is necessary to have an effective regulation that allows the protection of privacy.

The use of technologies against individual freedoms and rights have left aside the awareness and responsibility of the potential dangers that the use of these can cause against the exercise of our rights in terms of privacy. Due to the foregoing, there is a constant need for Mexican legislation to be reviewed so that the legal mechanisms that allow the adequate regulation of the use of new technologies are incorporated into it.

In this regard, the Mexican researcher María Cristina Sánchez Ramírez indicates that the challenges presented by the treatment and protection of personal data and sensitive personal data are linked to the right to privacy and the right to intimacy of Internet users and social networks before obligated subjects, whether public or private. In addition to the fact that the information of the holders can be violated not only in the aspects that the laws legislate, because the technological advance and

---

27 Federal Law on Protection of Personal Data held by Private Parties (federal regulation applicable in the private sector) and the General Law on Protection of Personal Data held of Obligated Subjects and in the Federal Criminal Code.

28 Mexico is a federation made up of 32 sovereign states. Each of them has its local constitution and its local law that includes provisions on data privacy.

the use of digital platforms makes it necessary to have protection against the indiscriminate handling of personal data. and sensitive personal data such as images, biometric, genetic, credit information, in the guidelines of the services provided by the platforms and electronic media. Thus, protecting the right to privacy and intimacy has become a necessity for users of digital platforms and an obligation both in the services provided by the federal and state governments (Sanchez Ramírez, 2021).

It is also necessary to know some documents, like the Guide for the secure deletion of personal data, the Guidelines for attention to requests for ARCO rights<sup>29</sup>, as well as the criteria and resolutions issued by the National Institute of Transparency, Access to Information and Protection of Personal Data (INAI), which is the is the autonomous constitutional authority that guarantees compliance with two fundamental rights: access to public information and personal data protection.

Every individual has the right of access to public information, and it must be guaranteed that any authority at the federal level, autonomous bodies, political parties, trusts, public funds, and union; or any natural or legal person who receives and exercises public resources or performs acts of authority must deliver the public information when it is requested.<sup>30</sup>

The foregoing is important, by virtue of the access to public information through a national authority in a homogenized manner, with which the performance of the government, its internal organization and the management of public resources can be known. For example, you can learn about: statistical data, laws, and regulations applicable to a dispute, documents, and requirements to carry out a procedure or request a service, programmatic progress, results of studies or audits, the various citizen participation mechanisms generated government. This will generate the analysis, criticism, discussion, and evaluation of the acts of the

---

29 ARCO are the right to access, rectification, cancellation, and opposition. “The Right of ACCESS is the modality in which you prefer that the requested personal data be reproduced; the Right of RECTIFICATION are the modifications you request to be made to your personal data, for which, you can provide the documents that support the request; the Right of CANCELLATION are the causes that motivate the request to have your personal data deleted from the archives, registers or databases; the Right of OPOSITION: the causes or situation that lead you to request the end of the processing of your personal data, as well as the harm or damage that would be caused to you if said processing continued; or, you must indicate the specific purposes for which you wish to exercise this right”.

30 Political Constitution of the United Mexican States, article 6.

government, which will allow accountability and, where appropriate, the accusation of arbitrariness or the recognition of the proper functioning of the government (INAI, [s.d.]).

For that reason, the personal information generated on software's controlled by public judiciary institutions must be considered within the guidelines of the regulatory authority (in the case of Mexico known as the INAI), to obtain statistical and specific results regarding access to justice, efficiency, the number of cases handled, the types of conflicts, etc. This information may be of public access to any person who requests it to the regulatory authority or establishes it within the judiciary activities reports (INAI, [s.d.]).

But the access to public information is not the only important requirement for government or private institutions, the protection of data allows a functional, reliable, and secure government system. The protection of personal data provides the assurances that anyone in the public and private sector must be covered to use properly personal data. These provisions offer as well, the correct exercise and, if need the protection of the rights of access, rectification, cancellation, and opposition that everyone has with respect to their own information that it is in hands of a third party.

In this sense, Federal Law for the Protection of Personal Data Held by Private Parties (LFPDPPP), establishes definitions, remarks who are the obligated subjects, the rights, sanctions, and procedures to comply with its purpose: "To regulate legitimate, controlled and informed treatment of personal data, in order to guarantee the privacy and the right to informative self-determination of people"<sup>31</sup>

On the other hand, the General Law on Protection of Personal Data held by Obligated Subjects (LGDPPSO) is based on section 6 of article 6, and second paragraph of the article 16 of the Mexican Constitution. It states "the obligated subjects, with respect to the protection of personal data, are at the federal, state and municipal level, any authority, entity, body and agency of the Executive, Legislative and Judicial Powers, autonomous bodies, political parties, trusts and public funds, as well as unions and any other natural or legal person that receives and exercises public resources or performs acts of authority in the federal, state and municipal spheres will be responsible for personal data, in ac-

---

31 Federal Law for the Protection of Personal Data Held by Private Parties (LFPDPPP), article 1. (Approved by the Mexican Congress on April 27, 2010).

cordance with the applicable regulations for the protection of personal data held by individuals”<sup>32</sup>

Therefore, public, and private sectors have the responsibility to protect personal data, while it is generated by electronic means or in specialized software’s, like ODR platforms. As it has been explained to request the services it is necessary to provide sensitive personal information. Additionally, the service providers must be responsible for the management, conservation and accountable of any data breach.

### B. The right to privacy in USA

At the beginning of the definition of privacy in 1859, Stuart Mill considered that the aspects concerning the individual comprised of the right to absolute independence, over himself, his body and mind, the individual was sovereign.<sup>33</sup>

On the other hand, Warren and Brandeis, in 1890 carved an analysis called “The Right to Privacy”. It developed the idea that everyone must have complete protection of his person and his property as a principle of common law, but that it must be in continuous redefinition to set the limits of the above-mentioned protection. They determined that from the general right of personality arises the right of Privacy and it was considered a right to solitude, a faculty “*to be let alone*”, as a guarantee of the individual to the protection of his person and his security against any invasion of his private and domestic life, a right to privacy could be recognized as “the right to one’s personality”. “Like the invasion by modern interception or recording mechanisms that threaten the indiscriminate dissemination of private information” they recognized a legal right to privacy via common law tort that would protect individuals against prying by members of the press, photographers, and gossips.<sup>34</sup>

The common law secures to everyone the right of determining, ordinarily, to what extent his thoughts, sentiments, and emotions shall be communicated to others. The right of privacy is not a right arising from contract or from special trust, is a right against the world<sup>35</sup>.

---

32 General Law on the Protection of Personal Data in Possession of Obligated Subjects, approved by the Mexican Congress on 26 January 2017, Article 6.

33 See Mill, 1859.

34 *Id.*

35 See McGeeveran, 2016.

Later a dissenting opinion of judge Brandeis, in the Supreme Court of the United States in *Olmstead v. United States*, he described “the wiretapping performed by the government agents as an instrument of tyranny and oppression”<sup>36</sup> and “to protect that right, every unjustifiable intrusion by the government upon the privacy of the individual, whatever the means employed, must be deemed a violation of the Fourth Amendment.”<sup>37</sup> In this regard, it guaranteed citizens the safety of your person, your home and your effects against any undue interference.<sup>38</sup>

Resulting from technological advances, intimacy is no longer limited to an individual and private matter, but to regulation in the public and collective sphere, which faces many challenges and leads to case-by-case interpretation, it will depend in national security matters, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others, for the defense of rights before authorities and for the fulfillment of legal obligations or any other exception established by law.

Related to the commercial websites and online services, California is the first state that promulgated a law in the United States of America about privacy policy. The California Online Privacy Protection Act (CalOPPA) went into effect in 2004, it is addressed “to anyone running a commercial website and it requires new privacy disclosures regarding tracking of online visits (amended in 2013). It applies to any person or company in the United States (and conceivably the world) whose website collects personally identifiable information from California consumers.” (CalOPPA, 2015).

This regulation will apply to Online Dispute Resolution services ODR, when they collect personal information about the consumers for register and use of the platform. This platform should fulfill the data privacy requirements as establish in any online service provider, but also must protect this information to be accurate and to not suffer illegal disclosure to any other service provider or third person.

CalOPPA also requires: a) to feature a conspicuous privacy policy stating exactly what information is collected in the website and with

---

36 See *Olmstead*, 277 U.S. at 476 (Brandeis, J., dissenting)

37 *Id.* at 478-79.

38 See Warren & Brandeis, *The Right to Privacy*, *supra* note 59, at 216.

whom it is shared; b) requires the operator of the website or online service to comply with the site's privacy policy. Failure to comply may result in civil liability under the state's Unfair Competition Law.<sup>39</sup>

CalOPPA by itself, does not provide for a private right of action or public prosecution for violations, courts repeatedly have permitted claims predicated on CalOPPA violations to be filed under California's Unfair Competition Law (UCL).<sup>40</sup> Under the UCL the California Attorney General's Office, district attorneys, and some city and county attorneys can file suit against businesses for acts of "unfair competition"<sup>41</sup>, which are considered to be "any act involving business that violates California law".<sup>42</sup>

"Government officials bringing suit for violations of CalOPPA may seek civil penalties and equitable relief under the UCL".<sup>43</sup> The California Supreme Court additionally held that courts have broad discretion

---

39 See 2003 Cal ALS 829, 2003 Cal AB 68, 2003 Cal Stats. ch.829.

40 Located in the Business and Professions Code §§ 17200-17209.

41 Unfair competition defined as "any unlawful, unfair or fraudulent business act or practice" "create a right to sue for violations of other statutes even when those statutes do not themselves confer any standing for private actions or, perhaps, even when they create more limited standing for actions" Bus. & Prof. Code § 17200. Bus. & Prof. Code § 17204 formerly granted standing in "[a]ctions for any relief pursuant to this chapter to any person acting for the interests of itself, its members or the general public."

42 "A private person may bring an action under Business and Professions Code Section 17200 et seq. only if the person has suffered injury in fact and has lost money or property as a result of unfair competition." Bus. & Prof. Code § 17204; See, e.g., *Sarun v. Dignity Health* (2014) 232 Cal. App. 4th 1159, 1167–1169, 181 Cal. Rptr. 3d 545; *Hale v. Sharp Healthcare* (2010) 183 Cal. App. 4th 1373, 1383–1384, 108 Cal. Rptr. 3d 669.

A governmental entity is not a "person" for purposes of establishing standing to sue under the unfair competition statute. "The term person shall mean and include natural persons, corporations, firms, partnerships, joint stock companies, associations and other organizations of persons." See Cal Bus & Prof Code § 17201.

However, "an action for any relief under Section 17203 may be prosecuted in the name of the people of California by the Attorney General, by any district attorney, by any county counsel authorized by agreement of the district attorney in actions involving violation of a county ordinance, by any city attorney of a city having a population in excess of 750,000, by a county counsel of any county within which a city has a population in excess of 750,000, or by a city attorney in any city and county and, with the consent of the district attorney, by a city prosecutor in any city or county having a full-time city prosecutor who has the consent of the Attorney General." See Cal Bus & Prof Code § 17204.

43 *Nationwide Biweekly Admin, Inc. v. Superior Court*, 9 Cal. 5th 279 (2020).

in setting civil penalty amounts (of up to \$2,500 per violation by statute), and that defendants may not insist that a jury set the penalty.<sup>44</sup>

In addition, the UCL provides that private plaintiff may assert private claims for violations of CalOPPA under the UCL. The UCL expressly permits claims to be brought by any “person”<sup>45</sup> which it defines to include “natural persons, corporations, firms, partnerships, joint stock companies, associations and other organizations of persons.”<sup>46</sup>

Operators who violate CalOPPA may also be susceptible to actions by the Federal Trade Commission<sup>47</sup>, “which may bring enforcement action against businesses whose posted privacy policy is deceptive – that is, where a business fails to comply with its posted privacy policy.”<sup>48</sup>

Operators of a commercial websites or online services that collect personally identifiable information from California consumers violate the CalOPPA’s privacy policy provisions by a) knowingly and willfully or b) negligently and materially failing to post their CalOPPA-compliant privacy policies.<sup>49</sup>

Furthermore, in California there is another regulation there is a provision with greater control regarding the handling of personal

---

44 *Id.*

45 To have standing to bring a UCL claim, plaintiffs must allege an economic injury from the CalOPPA violation (e.g., overpayment or diminution in value of a mobile device). Misappropriation of personal information and other data (by itself) is not sufficient to state an economic injury under the UCL. *See Hart v. TWC Product & Tech. LLC* (ND CA 2021) F.Supp. 3d, (2021 WL 1032354, \*7-8).

46 *See* Cal. Bus. & Prof. Code §§17201, 17204.

47 “Protect consumers and competition by preventing anticompetitive, deceptive, and unfair business practices through law enforcement, advocacy, and education without unduly burdening legitimate business activity.” Federal Trade Commission: (<https://www.ftc.gov/about-ftc>).

48 Other court of appeal opinions have adopted a test in consumer actions that is patterned after the test applicable in similar cases brought under the Federal Trade Commission Act. Under this test, a consumer must show: (1) substantial injury; (2) that the injury is not outweighed by any countervailing benefits to consumers or competition; and (3) that the injury is not one that consumers themselves could reasonably have avoided. *See* 3 California Torts § 40.150 (2022) *See e.g.* *Davis v. Ford Motor Credit Co. LLC* (2009) 179 Cal. App. 4th 581, 597–598, 101 Cal. Rptr. 3d 697; *Camacho v. Auto. Club of S. Cal.* (2006) 142 Cal. App. 4th 1394, 1403, 48 Cal. Rptr. 3d 770; *see also* *Klein v. Chevron U.S.A., Inc.* (2012) 202 Cal. App. 4th 1342, 1376 & n.14, 137 Cal. Rptr. 3d 293.

49 *See* CA Bus & Prof Code § 22576 (through 2012 Leg Sess)

data collected by the business, the California Consumer Privacy Act of 2018 (CCPA), which “provide guidance on how to implement the law and secures new privacy rights for California consumers, including the right to know about the personal information a business collects about them and how it is used and shared; the right to delete personal information collected from them (with some exceptions); the right to opt-out of the sale of their personal information; and the right to non-discrimination for exercising their CCPA rights” (CCPA, 2023).

The difference between the CalOPPA and the CCPA, is that the second one “applies to for-profit businesses that do business in California and have a gross annual revenue of over \$25 million; buy, receive, or sell the personal information of 50,000 or more California residents, households, or devices; or derive 50% or more of their annual revenue from selling California residents personal information” (CCPA, 2023), also for data brokers whose primary business is in sharing and selling consumers’ personal information.

#### **4 PRIVACY LAW AND ODR. OBJECTIVES**

There are several objectives in the creation and management of ODR platforms, such as the issue of data management and privacy, the applicable legislation, the authorities in charge of verifying the operation of these systems, the minimum requirements to be met for the protection of information, the ways to resolve conflicts arising from the misuse of personal information, as well as the possible sanctions in this regard.

Regarding the information requested and provided in an ODR system, certain issues must be considered in general, such as: the necessary registration and service request information, direct and indirect users (for example, lawyers, mediators, conciliators, arbitrators and/or clients), the purpose of data processing, specific uses, how and where it will be protected, how its confidentiality is guaranteed, how it is protected, the rights of users in handling their information.

Specifically, the exercise of certain rights should be considered, such as the ARCO, applicable to online services provided in Mexico, the guidelines established in the regulations regarding the protection of personal data held by individuals, or regulated entities depending on the private or public entity that handles the personal information. In this case, the authorities in case of conflict will resolve according to the interpretation and argumentation of the provisions established in the legislation.

In the case of countries such as the USA, where laws such as CalOPPA and California Consumer Privacy Act (CCPA) passed in 2018, and the California Privacy Rights and Enforcement Act (CPRA) passed in Nov. 2020 (California Proposition 24) have been issued, the requirements established within these legislations for the protection of personal data should be considered. It will be the authorities with powers that guarantee the effective exercise of rights and security of these systems, such as the UCL or the FTC. The courts will generate the precedents to establish the powers of the authorities in the regulation of privacy rights in case of conflict.

Meanwhile, in the United States, regulation focuses on data protection issues for entities that provide commercial services, such as e-commerce. In Mexico, ODR platforms have not only struggled to seek to address or resolve conflicts focused on trade or financial issues, but also on questions arising from other areas of law such as civil, family, community, condominium, labor, to name a few of them.

Consequently, the protection of personal data should base its regulation on two main aspects a) as service systems for consumers and b) as systems of access to justice for individuals in the different areas of law. This proposal will be analyzed below.

#### a. ODR as e-commerce platforms

One of the issues to be analyzed is whether ODR platforms will be considered under the regulation of E-commerce platforms, by virtue of the purchase and sale of a professional conflict management and/or resolution service, or will it be considered a justice system, as an E-justice, where the management of personal information and the documentation requirement must have more sophisticated security and privacy notices.

In the first case, if the ODR platforms are considered as an electronic commerce system, the requirements established in the privacy notices will follow the CalOPPA, which states that privacy notice should be post on the commercial website or online services that collect personally identifiable information (“PII”) through the Internet from individual consumers residing in California:

1. “The categories of personally identifiable information that the entity collects about users;

2. The categories of third-party persons or entities that the entity discloses PII to;
3. A description of any process by which users may review and request changes to their PII;
4. A statement about how the operator notifies consumers about material changes to its privacy policy;
5. An effective date;
6. A description about how the operator responds to web browser's Do Not Track signals; and
7. A disclosure about whether other parties may collect personally identifiable information about an individual consumer's online activities over time and across different websites when a consumer uses the operator's website or service.”<sup>50</sup>

The title 1.81.5 of the California Consumer Privacy Act of 2018 (CCPA) in section 1798.110 describes the right to request the disclosure of the personal information that a business collect as the following:

“(a) A consumer shall have the right to request that a business that collects personal information about the consumer disclose to the consumer the following:

- (1) The categories of personal information it has collected about that consumer.
- (2) The categories of sources from which the personal information is collected.
- (3) The business or commercial purpose for collecting or selling personal information.
- (4) The categories of third parties with whom the business shares personal information.
- (5) The specific pieces of personal information it has collected about that consumer.”

In section 1798.105 there is a right to delete any personal information about the consumer:

- “a) A consumer shall have the right to request that a business delete any personal information about the consumer which the business has collected from the consumer.
- b) A business that collects personal information about consumers shall disclose, pursuant to subparagraph (A) of paragraph (5) of

---

50 California Online Privacy Protection Act – Do Not Track Amendment (January 1, 2014).

subdivision (a) of Section 1798.130, the consumer's rights to request the deletion of the consumer's personal information.

c) A business that receives a verifiable request from a consumer to delete the consumer's personal information pursuant to subdivision (a) of this section shall delete the consumer's personal information from its records and direct any service providers to delete the consumer's personal information from their records."

In Mexico, as mentioned above, there are two legislations that provide the necessary elements in a privacy notice, in depends in who possess the information; the Federal Law on the Protection of Personal Data Held by Private Parties (articles 16, 24 and 25) and the General Law on the Protection of Personal Data in Possession of Obligated Subjects (articles 27, 28 and 43).

Regarding the Federal Law on the Protection of Personal Data Held by Private Parties, both individuals and private entities, who collect data, are required to deliver to the user a privacy notice to inform them of the purposes for which their data is requested and the treatment that will be given to them. The user must provide his consent<sup>51</sup>. On the other hand, General Law on the Protection of Personal Data in Possession of Obligated Subjects have two privacy notice modalities: simplified and integral. The first one must be published when a) the personal data is obtained directly from the owner prior to their treatment and b) when the personal data is obtained indirectly from the owner prior to the use or exploitation thereof. The second is the integral privacy notice that must contain in addition to the simplified notice, the address of the person in charge, the means and/or sources of obtaining personal data, the transfers that do not require consent, and the description of the ARCO rights.

In Mexico, there will be causes of sanction for non-compliance with privacy notice, starting with a fine up to a prison sentence.

## B. ODR as e-justice platforms

In the second case, as E-justice systems, it will not only be necessary to consider these elements, but also to have a more specialized

---

51 "Express consent" in Mexico is understood "when the owner expresses verbally, in writing, by electronic, optical means, unequivocal signs or by any other technology, in order to obtain this type of consent, the person in charge must provide a simple and free means to be able to express the will and that such a situation is unquestionably accredited, where appropriate, it must document that the owner granted his consent either through a declaration or a clear affirmative action." (EL abc..., [s.d.]).

administration and coordination system in terms of fidelity, security, and accreditation. Regarding to this, in Mexico City the judicial power issued some Guidelines for the implementation and use of the virtual mediation and facilitation service in the alternative justice center of the judiciary of Mexico City. Article 5 of the Guidelines establishes that all data and information contained in the documents, electronic signatures and video recordings should be protected in accordance with the law of the matter, being prohibited any use for purposes other than those described in them. At the same time, article 7 establishes that service provide for virtual mediation and facilitation must guarantee the conditions of security and legality between the parties that make use of this service.<sup>52</sup>

Accordingly, in relation to security, the personal data provided within these platforms will not only consist of general information such as name, address, bank account, social networks, but will also be focused on the analysis related to the narrative of personal or professional conflicts, where they will be necessary certain legal documents that prove the facts mentioned and the obligations not fulfilled or to be fulfilled.

Regarding accreditation, within these ODR services, it is an essential requirement that the person requesting the conflict resolution service on digital platforms be the owner of the right or have legal authorization to represent a company. Hence, biometric information or personal identification documents will be requested to carry out the process, as well as the accreditation of consent through advanced electronic signature in the agreements resulting from the process. Therefore, the degree of security in the protection of this information must have a much higher protection standard.

Finally, another objective of the regulation of personal data is to have state-of-the-art regulations that consider the implementation of the technologies that impact the creation of personal data through intelligent systems.

In this case, internal management will be necessary; the creation of privacy policies, that spur companies to audit their information collection and handling practices to assess how they handle personal data in everyday operations and to make changes as needed. Also establish clear internal procedures that can serve as a basis for training employees

---

52 Guidelines for the implementation and use of the virtual mediation and facilitation service in the alternative justice center of the judiciary of Mexico City, Agreement 11-18/2020, issued by the plenary session of the Judiciary Council of Mexico City, June 5<sup>th</sup>, 2020: (<https://www.poderjudicialcdmx.gob.mx/cja/wp-content/uploads/mediacion-y-facilitacion-virtual-11-18.pdf>).

and designing computer systems that reflect the organization's activities. And, if something goes wrong, having a clear policy helps to manage the aftermath of the problem.<sup>53</sup>

As obligated subjects, they are allowed to transfer personal data without the need to require the consent of the owner, in the following cases: when is provided for in this Law or other laws, agreements or International Treaties signed and ratified by Mexico; when is made between controllers, as long as the personal data is used for the exercise of own powers, compatible or analogous with the purpose that motivated the processing of personal data; a) when is legally required for the investigation and prosecution of crimes, b) for procurement or administration of justice; c) for the recognition, exercise or defense of a right before a competent authority, as long as there is a request from the latter; d) for the maintenance or fulfillment of a legal relationship between the person in charge and the owner; e) by virtue of a contract concluded or to be concluded in the interest of the owner, by the person in charge and a third party; f) for reasons of national security.<sup>54</sup>

For the ODR's platforms manage by subjects, in their privacy notice must contemplate the guidelines contemplated in the law<sup>55</sup> or by the regulatory authority for the processing of personal information, which allow comprehensive statistics to be made in the country's judicial system. It must even have adequate security measures for the sensitive handling of personal data for cases of national security, defense of rights before authorities and for the fulfillment of legal obligations<sup>56</sup>.

---

53 See McGeeveran, 2016.

54 See General Law on the Protection of Personal Data in Possession of Obligated Subjects, Article 70.

Updating some of the exceptions provided for in this article does not exempt the person responsible for complying with the obligations set forth in this Chapter that are applicable."

55 See Federal Law for the Protection of Personal Data Held by Private Parties (LFP-DPPP): Article 36. "When the person in charge intends to transfer the personal data to national or foreign third parties, other than the person in charge, they must notify them of the privacy notice and the purposes to which the owner subjected their treatment."

56 LFPDPPP, Article 37, establishes the assumptions in which the information can be transferred without the consent of the user.

## 5 CONCLUSIONS

The ODR's is the new system to resolve conflicts in part of the world and with any person that have access to internet, these systems will be an essential tool to improve access to justice, allow effective judicial protection and allow individuals to have instruments and information to manage and resolve conflicts.

ODR service platforms offer several advantages in terms of accuracy, cost and time, allow automated document management, interoperability with other systems such as video call meetings, immediately executable solutions; You can count on the traceability of operations and the support of expert facilitators in case the conflict escalates.

To date there are no specific regulations regarding ODRs such as e-commerce or e-justice platforms, the use of electronic, optical or any other technology has been contemplated to carry out mediation or arbitration processes within of Mexican legislation and in some regulations of alternative dispute resolution mechanisms in the American institutions that provide these services.

At the international level there is already an agreement, which aims to establish an harmonized legal framework for the right to enforce settlement agreements and the use of technologies, named the United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation (New York, 2018), Singapore Convention on Mediation; United States of America is part of this convention since July 8th, 2019, but in Mexico the congress continue working in different initiatives for a General Law in alternative dispute resolution and may in the addition to this international treaties.

New technologies as blockchain, smart contracts and artificial intelligence will bring changes in the processing of data and in the personal data that will be needed to use in this expert systems, it will be necessary to contemplate the minimum requirements established in the matter for the use of these platforms, however special provisions for control and security must be considered, given that this information can provide data of public interest and effectiveness in access to justice in the various justice systems.

Digital technologies present a constant challenge for international jurisdictions. The development of legal figures to regulate ODR's should be performed taking in consideration the principles of legal harmonisation in the use of alternative dispute resolution mechanisms. This will increase the

level of success of law enforcement strategies, delivering legal protection to law abiding users regardless of their geographical location.

Even though, the ODR's can be considered a tool for access to justice and a service that anyone in the world can access to prevent, manage, and resolve their conflicts. In both systems, both civil law and common law, must consider the will of the parties in the way of resolving their conflicts, giving it adequate recognition and control so that the agreements have legal validity and effectiveness.

The use and implementation of ODR services implies specialized skills and training to handle this type of software's. This probably will generate changes in national legislation and international harmonization of principles and minimum requirements; in business policies; in the provision of services by privacy notices, security of personal data and processing of sensible data.

The right to privacy in the ODR's will no longer be a matter of jurisdiction, it will be a matter of protection at a universal level, so that any user, regardless of their location, has the possibility of accessing systems for managing their conflicts.

## REFERENCES

ALLSTATE Protection Plans. Serviced by SquareTrade, an Allstate Company. [s.d.]. Available: <https://www.squaretrade.com/>. Access: 16 abr. 2022.

ARAUJO CARRANZA, E. El derecho a la información y la protección de datos personales en México. México: Porrúa, 2009.

CalOPPA. California Online Privacy Protection Act. Education Foundation. Consumer Federation of California. 29 jul. 2015. Available: <https://consumercal.org/about-cfc/cfc-education-foundation/california-online-privacy-protection-act-caloppa-3/>. Access: 14 apr. 2022.

CASTELLS, M. La era de la información: economía, sociedad y cultura. La sociedad red. 6. ed. México: Siglo XXI Editores, 2007. v. 1.

CCPA – California Consumer Privacy Act. State of California Departamento f Justice. 10 mayo 2023. Available: <https://oag.ca.gov/privacy/ccpa>. Access: 14 apr. 2022.

CONVENTION 108+. Convention for the protection of individuals with regard to the processing of personal data. **Dataprotection**, [s.d.]. Available: <https://rm.coe.int/convention-108-convention-for-the-protection-of-individuals-with-regar/16808b36f1>. Access: 14 apr. 2022.

PROFECO. ¿Qué es Concilianet? [s.d.]. Available: <https://concilianet.profeco.gob.mx/Concilianet/comoconciliar.jsp>. Access: 14 apr. 2022.

CYBERSETTLE. [s.d.]. Available: <https://www.cybersettle.com/>. Access: 16 apr. 2022.

EL abc del aviso de privacidad. Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales. [s.d.]. Available: [https://home.inai.org.mx/wp-content/documentos/DocumentosSectorPublico/\\_ABC-AP-S-Publico.pdf](https://home.inai.org.mx/wp-content/documentos/DocumentosSectorPublico/_ABC-AP-S-Publico.pdf). Access: 14 apr. 2022.

ENRIQUEZ, Andrea Mendoza. Marco jurídico de la protección de datos personales en las empresas de servicios establecidas en México. **Revista Ius**, n. 2, v. 41, p. 267-291, ene./jun. 2018.

GARCÍA GONZÁLEZ, A. The protection of personal data: a fundamental right of the 21st century. A comparative study. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, v. 1, n. 120, 2007.

GARROCHO, Sergio Rangel. Hacia un ecosistema en México que fomente el uso legítimo y seguro de los datos personales digitales. *In*: TÉLLEZ, Evelyn; RAMÍREZ, Alberto; CASILLAS, Miguel (Coords.). *El abogado actual frente al derecho informático y su enseñanza*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2019.

GÓMEZ LÓPEZ, Isis Citalli; MONTOYA HERNÁNDEZ, Nalleli. **Propuesta de implementación y cumplimiento de la LGPDPPSO a través de la plataforma de protección de datos personales en posesión de Infotec**. 2018. Proyecto Terminal (Maestría en Derecho de las Tecnologías de la Información y Comunicación) – Infotec Centro de Investigación e Innovación en Tecnologías de la Información y Comunicación, Ciudad de México, 2018. Available: [https://infotec.repositorioinstitucional.mx/jspui/bitstream/1027/273/3/INFOTEC\\_MDTIC\\_ICGL\\_NML\\_24102019.pdf](https://infotec.repositorioinstitucional.mx/jspui/bitstream/1027/273/3/INFOTEC_MDTIC_ICGL_NML_24102019.pdf). Access: 18 apr. 2022.

GÓMEZ VÁSQUEZ, C. La autorización del titular del dato como expresión del derecho fundamental al Habeas Data en el ordenamiento legal colombiano y perspectivas desde el derecho comparado. **Revista de Derecho**, n. 51, p. 141-162, 2019.

GORDON, T.F; O. MÄRKER Mediation Systems. *In*: O. MÄRKER; M. TRÉNEL (Eds.). **Neue Medien in Der Konfliktvermittlung** - Mit Beispielen Aus Politik Und Wirtschaft. Sigma, 2003.

GORDON, T.F; KARACAPILIDIS, N. The Zeno Argumentation Framework. **Proceedings of the sixth International Conference on Artificial Intelligence and Law**. New York, ACM, p. 10-18, 1997.

INAI – Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales. [s.d.]. Available: [https://home.inai.org.mx/?page\\_id=1626](https://home.inai.org.mx/?page_id=1626). Access: 14 apr. 2022.

INTERNATIONAL Center of Automated Information Research. **Giving opportunities**. [s.d.]. Available: <https://www.uff.ufl.edu/givingopportunities/007097-international-center-for-automated-information-research/>. Access: 16 apr. 2022.

JAIN, Sankalp. Online Dispute Resolution: Mechanism, Modus Operandi and Role of Government. **SSRN**, 11 oct. 2015. Available: <https://ssrn.com/abstract=2779901>. Access: 16 apr. 2022.

KATSH, Ethan. **ODR: A Look at History – A Few Thoughts About the Present and Some Speculation About the Future**. p. 21-33, [s.d.]. Available: <http://www.ombuds.org/odrbook/katsh.pdf>. Access: 18 apr. 2022.

KATSH, Ethan; WING, L. The years of online dispute resolution (ODR): Looking at the past and constructing the future. **University of Toledo Law Review**, n. 38, 2006.

LODDER, A.R; ZELEZNIKOW. Enhance dispute resolution through the use of information technology. **Cambridge University Press**, Combrigde, 2010.

MCGEVERAN, William. **Privacy and Data Protection Law**. West: Foundation Press, 2016

MÉXICO. Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de Los Particulares. 05 jul. 2010. Available: <https://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfProcesoLegislativoCompleto.aspx?q=ni0ZTJvgtDQ2W7Em2qvUp-vlkcaiqRseqnrSxbEpcJNsXt0eT37871b1p3trHFBU8nHCwOec54m+ff3FfAnK-CDg==>. Access: 14 apr. 2022.

MILL, Stuart. **Sobre la libertad**. Madrid: Alianza Editorial, 1859.

MODRIA. **Online Dispute Resolution**. Tuler Technologies. [s.d.]. Available: <https://www.tylertech.com/Portals/0/OpenContent/Files/4080/Modria-Brochure.pdf>. Access: 14 apr. 2022.

NCTDR – The National Center for technology & Dispute Resolution. **History**. [s.d.]. Available: <https://odr.info/history/>. Access: 16 apr. 2022.

ONTIVEROS VÁZQUEZ, Paola *et al.* Smart Contracts: The New Method of Interaction Between the Law and Technology. Artificial Intelligence in The New Millennium. *In: Mediterranea International Centre for Human Rights Research*, Italia, [s.d.].

ONTIVEROZ VÁZQUEZ, Paola Jackeline. **Visión holística del conflicto y la aplicación de los mecanismos alternativos de solución de controversias**. 2020. Tesis (Doctorado en Derecho) – Programa de Posgrado en Derecho Facultad de Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, 2020.

PORTAL de Queja Electrónica. Gobierno de México. [s.d.]. Available: <https://tramites.condusef.gob.mx/QuejaElectronica/index.php>. Access: 14 abr. 2022.

SANCHEZ RAMÍREZ, María Cristina. The protection and processing of personal data. The human right to privacy and intimacy. **Mirada Legislativa**, Senado de la República, n. 20, abril 2021.

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. **Privacidad**. La publicación de las sentencias emitidas por los órganos del poder judicial de la federación, no conculca ese derecho. 2014

SCHI, Hanxiao. A negotiation supportings system based on characteristic of negotiators. **Information Technology Journal**, v. 9, n. 2, p. 312-319, 2010.

SMARTSETTLE. Beyond win-win. **About us.** [s.d.]. Available: <https://www.smartsettle.com/about-us>. Access: 18 apr. 2022.

THIESSSEN, Ernest. **ODR and eNegotiation.** [s.d.]. Available: <https://www.mediate.com/pdf/thiessen.pdf>. Access: 14 abr. 2022.

TOP 7 use cases for facial recognition in 2023. **FaceMe**, 24 mar. 2023. Available: [https://www.cyberlink.com/faceme/insights/articles/228/How\\_is\\_Facial\\_%20Recognition\\_Used\\_in\\_2021?affid=2581\\_-1\\_80&keyword=Sitelink-Blog&gclid=C-j0KCQiAjc2QBhDgARIsAMc3SqSN\\_thFteVMTc1u2yl6yG8Wp13CuDsXVhT-nrug98\\_EhLPQlwYaHfVsaAvbGEALw\\_wcB](https://www.cyberlink.com/faceme/insights/articles/228/How_is_Facial_%20Recognition_Used_in_2021?affid=2581_-1_80&keyword=Sitelink-Blog&gclid=C-j0KCQiAjc2QBhDgARIsAMc3SqSN_thFteVMTc1u2yl6yG8Wp13CuDsXVhT-nrug98_EhLPQlwYaHfVsaAvbGEALw_wcB).



# DISCURSO CONSTITUCIONAL COLONIAL: DESAFIOS E PERSPECTIVAS DECOLONIAIS NO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO<sup>1</sup>

RAQUEL FABIANA LOPES SPAREMBERGER<sup>2</sup>

---

## 1 INTRODUÇÃO

Este artigo trata de algumas perspectivas conceituais dos chamados colonialismo, neocolonialismo pós-colonialismos, aborda o conceito de constitucionalismo e sua influência colonial, exploradora e genocida, que se justificou e se consolidou a partir de categorias “universais”, como Constituição e Estado. Aborda também o constitucionalismo latino-americano e a sua relação necessária com a decolonialidade e do quanto as Constituições latino-americanas, de maneira geral, sempre expressaram os interesses das elites hegemônicas, influenciadas pela cultura europeia advinda da elevada carga da colonização sofrida por todos os países da América Latina, e raramente foram atendidas as necessidades dos segmentos sociais minoritários, como povos indígenas, afro-americanos,

---

1 Alguns trechos deste texto tiveram como base o artigo de minha autoria SPAREMBERGER; DAMAZIO, 2016.

2 Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná- UFPR. Pós-doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC. Professora dos cursos de graduação e do Programa de Mestrado em Direito da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público-FMP Rio Grande – RS – Professora adjunta da Universidade Federal do Rio Grande -FURG, professora do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Federal do Rio Grande -FURG -Brasil. Email: fabiana7778@hotmail.com.

campesinos. Por fim, assevera que talvez ainda viva-se em momento momento de transição e que embora já se tenha muito de decolonial no Constitucionalismo Latino-Americano, ainda assim há muitos desafios a serem alcançados. Trata-se de um processo descolonial do constitucionalismo que pode representar uma mudança de época com diferentes forças atuantes a partir de diferentes formas de pensamento que não almejam se estabelecer como universais. A pesquisa realizada é do tipo qualitativa, de abordagem hipotética-dedutiva, descritivo-exploratório de base essencialmente bibliográfica.

## **2 COLONIALISMO, NEOCOLONIALISMO E PÓS-COLONIALISMO**

O colonialismo é uma prática de dominação, exclusão e silenciamento que envolve a subjugação de um povo por outro. Frantz Fanon (1961), em sua obra *Os condenados da Terra*, assevera que a origem da dominação exercida pelos opressores sobre os oprimidos nas sociedades capitalistas está nas coloniais. Segundo Quijano (2014) a relação entre exploradores e explorados nada mais é do que a continuidade da relação entre colonizadores e colonos. É ainda a permanência de uma sociedade separada, por relações de espoliação e de dominação, que legitimam sociedades capitalistas neocoloniais.

O neocolonialismo é uma versão indireta do antigo colonialismo, consistente em uma forma de dominação por meio de mecanismos econômicos e não necessariamente políticos. Colonialidade e colonialismo não se confundem. Conforme Aníbal Quijano (2014, p. 206, 209), o primeiro é conceito e o segundo é noção. Assim, para Damazio (2011), “o Colonialismo é uma relação político-econômica, em que há a soberania de um povo alojada dentro do poder de outro povo ou nação”.

Outro bom conceito de matriz colonial é de que ela aparece como um sistema ordenador e acumulativo da ação colonial-imperial, atuando como padrão subjacente e permanente que restringe continuamente nossas ações da vida cotidiana e está diretamente relacionada com as estruturas de poder. A matriz colonial de poder constitui-se em si mesma como um instrumento orientador da colonialidade do poder e do poder da colonialidade desde suposições epistemológicas e interpretações históricas que reafirmam o dogma das concepções lineares do progresso universal e de um imaginário de desenvolvimento construído basicamente

mente tendo como referente a Europa (Restrepo, 2014, p. 225). Assim, o conceito de colonialidade surge em contraposição a esta noção: diz respeito a um padrão de poder que emergiu como resultado do colonialismo da modernidade, mas, ao invés de limitar-se a uma relação de poder entre povos ou nações, refere-se, acima de tudo, à forma como o trabalho, o conhecimento, a autoridade e as relações intersubjetivas se articulam entre si por meio do mercado capitalista mundial e da diferença colonial. Mesmo, portanto, que o colonialismo proceda cronologicamente à colonialidade, esta última, enquanto matriz de poder, sobrevive ao fim do colonialismo (Pereira, 2017, p. 138), é uma verdadeira “expropriação epistêmica” que segundo Castro Gomes começou a ser descrita por Said e outros autores:

Casi todos los autores mencionados han argumentado que las humanidades y las ciencias sociales modernas crearon un imaginario sobre el mundo social del ‘subalterno’ (el oriental, el negro, el indio, el campesino) que no solo sirvió para legitimar el poder imperial en un nivel económico y político sino que también contribuyó a crear los paradigmas epistemológicos de estas ciencias y generar las identidades (personales y colectivas) de colonizadores y colonizados (Castro-Gómez, 2005, p. 20).

O pós- colonialismo, por sua vez, diz respeito aos estudos teóricos e movimentos acadêmicos originados de estudos culturais e literários colocados em evidência a partir dos anos 1980 e que denunciam a continuidades do sistema colonial e das alianças regionais. Dentro do debate pós-colonial há diversas teorias e dinâmicas sociais que dialogam ou questionam as premissas desse guarda-chuva conceitual e de práxis, passando por filiações teóricas mais ou menos próximas do feminismo negro, do marxismo anticolonial, da insurgência indígena, das confluências contracoloniais, dentre outros. Por fim, sobre o termo decolonialidade, em inglês “*decoloniality*”, existe um consenso entre os autores vinculados a essa perspectiva de estudo. Já com relação à tradução para espanhol e português não há uma posição unânime. Preferimos, entretanto, o termo decolonial pelos mesmos motivos que Walsh (2009, p. 15-16), ou seja, a intenção não é desfazer o colonial ou revertê-lo, ou seja, superar o momento colonial pelo momento pós-colonial, mas provocar um posicionamento contínuo de transgredir e insurgir. O decolonial implica, portanto, uma luta contínua (Damazio; Colaço, 2018). Assim, a decolonialidade pauta-se na resposta do *anthropos* aos projetos universais a partir de suas

próprias histórias e saberes locais e, portanto, do pensamento de fronteira. O *anthropos* (ele ou ela) começa a criar seu próprio espaço; um espaço que foi invisibilizado e silenciado. O pensar decolonial não aparece de repente com os estudos pós-coloniais e decoloniais, tampouco é um tipo de atividade e conhecimento que se dá somente a partir das universidades; torna-se visível a partir da variedade de respostas que se deram em distintos continentes ao longo do processo de formação e consolidação da modernidade/colonialidade. Diante de tal contexto, faz-se necessário compreender como se configurou o constitucionalismo moderno de matriz colonial/tradicional e conhecer as consequências práticas desse contexto e o quanto contribuiu para as discussões acerca do encobrimento do Outro, que teve seu conjunto de saberes subalternizado (saberes em um sentido amplo, incluindo práticas, memórias, subjetividades, etc.). O foco é um olhar para o Constitucionalismo latino-americano, sua colonialidade, sua dependência aos projetos do capitalismo, bem como o caráter contraditório da modernidade.

### **3 O CONSTITUCIONALISMO MODERNO/COLONIAL/TRADICIONAL E SUA CONFIGURAÇÃO**

O caráter moderno/colonial do constitucionalismo mostra que ele se constrói a partir de uma retórica moderna de civilização e progresso, porém encobre a lógica colonial de sujeição e exploração.

Mesmo diante das mudanças do constitucionalismo, surgidas a partir do século 20, em geral foram deixadas de lado as críticas relativas às relações coloniais e à universalidade epistêmica. Nesse cenário, não se questionou o monismo, o Estado-nação e o sujeito de conhecimento do constitucionalismo; tampouco foi debatida sua fundamentação contratualista baseada na racionalidade dos seres humanos a partir do modelo racional ocidental (Sparemberger; Damazio, 2016).

Segundo Sparemberger e Damazio (2016), a imagem simbólica, que o Direito e o constitucionalismo contemporâneos continuam a propor, é a de uma pirâmide jurídica. No topo, de forma hierárquica, localiza-se a constituição. Esse simbolismo é amplamente difundido e utilizado como recurso pedagógico no ensino do Direito para explicar as características do sistema jurídico, entendido como um sistema hierárquico logicamente coerente e fechado, e a função da constituição como fundamento de validade das normas inferiores (Médici, 2010, p. 96).

De acordo com Restrepo (2009, p. 109), “a constituição estabelecerá, desse modo, a si mesma, e seria válida conforme sua própria sistematicidade, fora da realidade”. “A validade da normatividade jurídica não estaria assentada na legitimidade das pessoas, do povo, mas em sua particularidade autônoma e apolítica” (Restrepo, 2009, p. 109).

A constituição estabelecerá, desse modo, a si mesma, e seria válida conforme sua própria sistematicidade, fora da realidade. A validade da normatividade jurídica não estaria assentada na legitimidade das pessoas, do povo, mas em sua particularidade autônoma e apolítica (Restrepo, 2009, p. 109).

Da mesma forma que o sujeito do conhecimento estaria separado da realidade histórica e política, também assim se encontrariam suas ideias e instituições. Esse modelo (a constituição como algo que paira acima da realidade) reflete os ideários racionalistas e a universalidade epistêmica, porém não é mais que uma abstração fictícia que oculta a modernidade/colonialidade. O “universal” é definido pelo homem branco e ocidental em um processo colonial de inferiorização dos demais povos e saberes (Sparemberger; Damazio, 2016). Verifica-se, nesse sentido, que as Constituições dos países latino-americanos devem trazer questões próprias e típicas do seu povo que, obviamente, não poderiam estar nas Cartas Constitucionais europeias por total incompatibilidade cultural. “Esse olhar sobre si que, por conseguinte, acaba cortando com o cordão umbilical europeu sugere uma emancipação cultural, social e jurídica, engrandecendo as raízes latino-americanas” (Laurino; Veras Neto, 2016, p. 29). A partir do exposto, é possível asseverar que o constitucionalismo moderno, tradicional, de teor político-liberal e de matriz eurocêntrica, não é mais satisfatório e suas bases precisam ser repensadas.

#### **4 O CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO E A NECESSÁRIA RELAÇÃO COM A DECOLONIALIDADE**

As Constituições latino-americanas, de maneira geral, sempre expressaram os interesses das elites hegemônicas, influenciadas pela cultura europeia advinda da elevada carga da colonização sofrida por todos os países da América Latina, e raramente foram atendidas as necessidades dos segmentos sociais minoritários, como povos indígenas, afro-americanos, camponeses, etc.

Segundo Antonio Carlos Wolkmer (2013, p. 19), “a Constituição não deve ser uma matriz geradora de processos políticos, mas uma resultante de correlações de forças e de lutas sociais em um dado momento histórico do desenvolvimento da sociedade”. Para este autor (2013), não é possível reduzir-se toda e qualquer Constituição ao mero formalismo normativo ou ao reflexo hierárquico de um ordenamento jurídico estatal que destoa das realidades do povo.

Nesse sentido, repensar as suas bases é reconstruir pilares que respondam satisfatoriamente à sua história, ao seu modo de vida, à sua cultura, à sua verdadeira essência. Faz-se necessário repensar as bases desse processo e considerar as mobilizações sociais e a inclusão daquele sujeito que era e é considerado subalternizado.

Para romper esse constitucionalismo tem-se um “novo” constitucionalismo, caracterizado pela presença de sujeitos e de saberes entendidos como subalternizados pela universalidade epistêmica. O “novo” constitucionalismo latino-americano tenta ressignificar a ideia de constituição, viabilizando, assim, a descolonialidade constitucional.

A descolonialidade, no âmbito do constitucionalismo, implica problematizar a construção epistemológica que permitiu que a constituição, nos moldes liberais burgueses, se estabelecesse como válida universalmente, subalternizando qualquer outra forma de organização social. Trata-se, sobretudo, de uma busca por ressignificar a ideia de constituição, mesmo tendo consciência de que esta foi, em suas raízes liberais burguesas, uma retórica moderna para encobrir a lógica colonial.

De acordo com a analítica da modernidade/colonialidade, a constituição, como um universal, não é nada mais que um discurso particular localizado, que se impõe a partir de um imaginário ponto zero do conhecimento, o qual tem como função primordial subalternizar a diferença. A constituição não seria a origem do poder ou a base que estabelece o Direito, mas, sim, o resultado de um momento histórico e de determinadas relações de poder (Sparemberger; Damazio, 2016).

Nesse cenário problematizador da lógica colonial, podemos destacar alguns elementos do “constitucionalismo latino-americano” que, visivelmente, abrem as portas para uma descolonialidade constitucional.

Conforme Laurino e Veras Neto (2016, p. 135), “a redemocratização dos países latino-americanos no início dos anos 80 do século 20, trouxe novos traços constitucionais em que se verifica a ruptura com o modelo eurocentrista e a descontinuidade de relações tipicamente colo-

niais”. Inaugura-se um novo modelo de ordem econômica e social, inclusiva, participativa e solidária, contrapondo-se ao modelo que se desenvolveu nos primórdios da colonização, em que se excluiu dos benefícios da produção econômica, social, cultural e política a grande parte do povo latino-americano. De acordo com Raquel Yrgoyen Fajardo (2011), essa “redemocratização” pode ser identificada a partir de três ciclos do constitucionalismo pluralista contemporâneo: o constitucionalismo multicultural, que abrange o período de 1982 a 1988, no qual se encontra a Constituição brasileira vigente; o constitucionalismo pluricultural, que abarca o período de 1989 a 2005, quando se destaca a Constituição da Venezuela; e o constitucionalismo plurinacional, entre 2006 e 2009, marcado pelas Constituições boliviana e equatoriana.

No entendimento de Rubio (2010, p. 24), esse constitucionalismo incorpora em suas Cartas Magnas os direitos de caráter coletivo relacionados com os povos indígenas e/ou grupos afrodescendentes, como o direito à terra, à autodeterminação e à autonomia, direitos culturais, educação, idioma, usos e costumes. Tratam-se de direitos sistematicamente negados ao longo de uma trágica história de resistência, exploração, genocídio e barbárie. Além disso, são incorporados os direitos ambientais, que protegem a biodiversidade e o meio ambiente, conforme estes são entendidos pelas culturas milenárias. Nesse sentido, a Constituição equatoriana contempla a natureza como sujeito de direitos, e, como tal, deve ser tratada e cuidada.

A Constituição, da mesma forma que a ideia de Estado, não é considerada uma verdade universal que paira acima das relações humanas – ela provém do povo (povo não como algo fixo e inerte). O estudo do Direito constitucional, portanto, não é fechado e limitado, mas algo complexo.

Segundo Médiçi (2010, p. 121), mais que estar no topo de uma pirâmide, a Constituição é horizontal e representa o centro de sentidos no qual se sobrepõem os saberes e práticas de uma pluralidade de culturas.

Esse constitucionalismo latino-americano, consoante Rubio (2010, p. 25), distingue-se do constitucionalismo moderno/colonial por vários elementos potencialmente descoloniais. Destacam-se, aqui, cinco deles.

**Primeiro** – surge a partir de lugares tradicionalmente subalternizados, ou seja, considerados inferiores sob a lógica colonial do conhecimento; lugares de não pensamento (lugares de mitos, de religiões não ocidentais, de folclore, sem educação formal, de subdesenvolvimento) que hoje estão despertando do processo de colonialidade e demonstran-

do a existência de diferentes formas de compreender o mundo. Ou seja, essas novas constituições não visam apenas a favorecer e incluir as diferentes culturas, mas surgem a partir dessas próprias culturas historicamente consideradas incapazes de produzir conhecimento.

**Segundo** – o discurso constitucional não é considerado privilégio dos constitucionalistas formados em universidades, mas das pessoas, dos povos, da mobilização indígena, por exemplo. Rompe-se, desse modo, com o discurso constitucional que historicamente disfarça sua lógica colonial por meio do discurso moderno da neutralidade, objetividade e cientificidade. Questiona-se, portanto, a exigência colonial epistêmica de que os saberes, para se constituírem como verdadeiros e válidos, devem partir de um imaginário ponto zero do conhecimento, seja este o Estado, a academia ou outros.

**Terceiro** – o constitucionalismo latino-americano não pretende ser algo construído separado do tempo e do espaço e das relações políticas e históricas. Pelo contrário, reflete, principalmente, as diversas culturas andinas e não aspira ser um modelo único para todos os povos do planeta. Os objetivos modernos de encontrar fórmulas para definir e “salvar” a humanidade como um todo, são substituídos pela pluriversalidade epistêmica, por diferentes sujeitos de conhecimento, por variados locais de enunciações e por diversas propostas que surgem, muitas vezes, a partir da ressignificação de uso contra-hegemônico de conceitos universalistas moderno/coloniais, como Estado, democracia, direitos humanos, entre outros.

**Quarto** – diferentemente do constitucionalismo tradicional, que tem como núcleos o Estado-nação e a uniformidade de todas as culturas a partir de uma cultura pretensamente mais avançada, o novo constitucionalismo latino-americano pretende refundar o Estado por meio da construção de Estados plurinacionais. O Estado plurinacional, para Garcés (2009, p. 176), é um “estado de consorciação onde as coletividades políticas opinam, expressam seu acordo e tomam decisões sobre as questões centrais do estado.” A ideia de que o Estado tem soberania única e absoluta sobre seu território é desfeita, e, desse modo, possibilita-se o exercício do autogoverno (para dentro) e do cogoverno (em relação ao Estado central e com as outras entidades territoriais) (Garcés, 2009, p. 176).

**Quinto** – o constitucionalismo latino-americano incorpora diversas epistemologias tradicionalmente silenciadas e marginalizadas pela modernidade/colonialidade. Essas outras formas de conhecer os projetos modernos de civilização, progresso e desenvolvimento, não fazem muito

sentido, pois se busca a vida em harmonia, o *sumak kawsay* (quechua) e o *suma qamaña* (aymara) (Rubio, 2010, p. 25).

O constitucionalismo latino-americano, desse modo, representa uma perspectiva decolonial que vai além do constitucionalismo tradicional, mostrando que é possível fraturar os modelos universalistas da modernidade/colonialidade; surge a partir dos sujeitos tradicionalmente subalternizados; problematiza o imaginário do ponto zero do conhecimento e a universalidade epistêmica; pauta-se na ideia de Estado plurinacional e, assim, questiona o âmbito da subalternização de culturas; e, principalmente, abre espaço para diferentes epistemologias, práticas e tradições historicamente silenciadas.

Tais elementos descoloniais presentes nesse novo constitucionalismo latino-americano, entretanto, não significam uma mudança imediata e total do imaginário moderno/colonial para um modelo de Estado e constituição descolonial; evidenciam, sobretudo, rupturas cruciais que podem propiciar o início de um processo descolonizador, localizado e pluriversal, que, provavelmente, se estenderá ao longo deste século para todos os âmbitos do pensamento político e jurídico.

## **5 UM MOMENTO DE TRANSIÇÃO: PERSPECTIVAS E DESAFIOS E O QUE HÁ DE DECOLONIAL NO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO**

Diante de tais abordagens, há, sim, nas novas Constituições, características da perspectiva decolonial. O “novo constitucionalismo latino-americano” oferece e ofereceu para o tema pluralismo uma resposta original e distinta do caminho tradicional europeu, reconhecendo a necessidade de modelar instituições a partir da própria experiência latino-americana, valorizando a singularidade da história do continente (Teixeira; Sparemberger, 2016). Segundo os autores, isso implicou romper com os padrões europeus tradicionalmente estabelecidos e buscar formas alternativas de tutela de direitos fundamentais. Se o modelo europeu aposta na “efetividade constitucional” e na percepção de que as constituições representam o compromisso fundamental da proteção da “dignidade humana”, o referencial adotado pelo constitucionalismo latino-americano, a partir da segunda metade dos anos 2000, aponta para uma concepção radicalmente distinta de bem-viver, orientado, sobretudo, à percepção de que o ser humano é parte de uma totalidade que com ele não se confunde (Teixeira; Sparemberger, 2016).

Justamente por isso, as categorias do constitucionalismo clássico, orientadas por um padrão universalista e totalizante, ao adotarem referenciais ideais deixam escapar a riqueza da diversidade cultural, sendo incapazes de enfrentar problemas referentes à tutela dos direitos fundamentais de povos originários na América Latina (Teixeira; Sparemberger, 2016). Nesse sentido, o caminho do constitucionalismo latino-americano foi marcado pelo procedimento de ruptura com o sistema pretérito, com a participação direta do poder constituinte resgatando o lugar da soberania popular na teoria constitucional. As características materiais de sua Constituição formam-se pela inovadora inclusão de mecanismos de democracia participativa, extensão do reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais e ingerência estatal na economia (Wolkmer, 2013).

Para se realizar um processo de ruptura da lógica colonial, portanto, é imprescindível que se questione a universalidade epistêmica e seus pilares e estruturas. As novas Constituições trazem mudanças que abrangem não somente a questão cultural e os direitos coletivos, mas mudanças nos sistemas políticos e jurídicos. O objetivo é que um Estado que assista todos os seus cidadãos possa crescer com menos conflitos, que o respeito às diferenças e peculiaridades de cada grupo possa criar uma sociedade mais humana, e que os povos de cultura diferenciada, antes excluídos das sociedades nacionais, possam somar na luta por um meio ambiente saudável e uma sociedade inclusiva. Percebe-se, assim, que, diferentemente do neoconstitucionalismo, o chamado “novo constitucionalismo latino-americano” surge a partir de sujeitos e saberes tradicionalmente subalternizados pela universalidade epistêmica e apresenta diferentes elementos epistemológicos, políticos e jurídicos que o situam em um patamar diferenciado do constitucionalismo tradicional (Teixeira; Sparemberger, 2016).

Assim, para o pensamento decolonial não há verdade absoluta, universal, ou seja, abre-se a perspectiva de se construir mundos abertos e plurais, mais dialógicos e compreensivos, sem a pretensão de que exista alguém que habite o lugar supremo capaz de determinar o que é verdadeiro e universal. Isto é pluriversalidade, e não universalidade epistêmica.

Verifica-se, nesse sentido, que no âmbito do constitucionalismo é possível verificar elementos desse processo descolonial nos textos das novas constituições, e há, certamente, questionamentos acerca dos marcos teóricos e epistêmicos do constitucionalismo moderno/colonial e também a respeito da resignificação deste a partir de sujeitos e saberes tradicionalmente subalternizados.

Dentre os principais elementos/características decoloniais, as Constituições da Bolívia e do Equador compuseram o Estado Plurinacional, que possibilitou e conferiu autonomia e autogoverno aos diferentes povos conviventes em um mesmo Estado, sem que com essa essa convivência fossem suprimidas as identidades culturais específicas, como tipicamente ocorria no Estado-Nação concebido pela modernidade europeia, de cunho monista, centralizador e homogeneizante (Précoma; Ferreira, 2017).

Também nessas Constituições, segundo Fajardo (2010), os povos indígenas demandaram, lutaram e foram reconhecidos não somente por suas culturas diversas, mas como nações originárias, ou nacionalidades, isto é, “como sujeitos políticos coletivos com direito a participar nos novos pactos de Estado, que se configuram assim como Estados Plurinacionais” (Fajardo, 2010, p. 13).

Para Précoma e Ferreira (2017), citando Wilhelmi (2013), tais Constituições igualmente trouxeram importantes avanços emancipatórios para esses povos, garantidos com o reconhecimento de pertencem a nacionalidades autônomas dentro dos Estados Plurinacionais equatoriano e boliviano. Esses países inserem em suas Cartas Políticas a cosmovisão indígena.

No cenário dos processos constituintes do Equador e da Bolívia e também, porque não dizer, do Chile, mais recentemente, contaram com a atuação ativa de distintos movimentos sociais rurais e urbano-sindicais, comunitários, de bairros e distritos, de mulheres urbanas e de mulheres camponesas e indígenas, de ecologistas, de estudantes etc., erguendo-se para romper a mencionada linha de continuidade colonialista, constituindo, portanto, propostas descolonizadoras (Précoma; Ferreira, 2017, p. 29).

Para Wilhelmi (2013, p. 329), citado por Précoma e Ferreira (2017, p. 29),

Uma das característica também dessas constituições, principalmente na Boliviana, é o conceito de Bem Viver que aparece no preâmbulo como um dos fundamentos ou finalidades do Estado. Na parte dispositiva, com previsão no capítulo dedicado aos princípios, valores e finalidades do Estado (art. 8, I), aparece como suma qamaña, ñandereko ou teko kavi, constituindo um dos grandes princípios ético-morais da sociedade plural boliviana.

Na Constituição do Equador a concepção decolonial aparece já no preâmbulo, que expõe que o povo decidiu construir uma nova forma

de convivência cidadã em diversidade e harmonia com a natureza para alcançar o Bem Viver – o *sumak kawsay*. Outro aspecto relevante e de perspectiva decolonial presente nas respectivas constituições, é o reconhecimento da visão de mundo indígena que marca a libertação do domínio universalizante do paradigma científico mecanicista advindo da modernidade europeia (Précoma; Ferreira, 2017).

Percebe-se, nesse sentido que o velho modelo de Estado-Nação, uno, indivisível, absolutamente soberano, passa por crises multifacetadas que acabam por expor os seus limites dentro do modelo proposto pela modernidade europeia. O Estado Plurinacional caracteriza-se como uma espécie de libertação, e essa subsume a noção de emancipação. Não se trata apenas de descolonizar o colonizado, *mas também* (e talvez fundamentalmente) *descolonizar o colonizador*, que é quem detém os frutos do controle da economia e da autoridade (Pereira, 2017)

Não se trata, de contribuir com a autonomia e amparar o colonizado em suas demandas e sua conscientização, correndo o sério risco de recair no acolchoamento da pressão do dominador; deve-se, porém, buscar meios para que o colonizador entenda os fatores que foram ocultos e passe a direcionar sua racionalidade à descolonização de si mesmo. O dúvida deste proceder é justamente contar com uma mudança de sentido do mundo no interior de alguém que está irremediavelmente *dentro da modernidade*, cronológica, histórica e socialmente (Pereira, 2017). A partir desse ponto de saber é possível asseverar que o fenômeno navega em cabotagem em sua transição paradigmática, ou seja, é preciso refletir principalmente sobre a velha história (colonial) da sala de máquinas latino-americana para alcançar a sua emancipação decolonial.

Dado que a razão emancipadora não é uma razão *libertadora*, isto é, que considera todas as formas do Outro, deve-se buscar a superação da primeira rumo a segunda, e sair do regionalismo moderno-europeu, tornado universal, em direção a um *pensar outro* (Castro-Gomez; Grosfoguel, 2007, p. 51), que opera decolonizando as estruturas e paradigmas dominantes, como a estandarização cultural que constrói o conhecimento universal do Ocidente (Pereira, 2017). Trata-se, enfim, de libertar-se da matriz colonial de poder que sujeita a todos; são estes os *processos decolonizadores*, de *desvincular-se*, *desligar-se*, *desatar-se* da tirania desta matriz. Tanto *libertação* quando *decolonização* são projetos epistêmicos de desprendimento da matriz colonial de poder. A mudança abrupta – e, portanto, a-histórica –, contudo, não é possível, pois, com todo o alcance global da modernidade, o desprendimento não poderia ser entendido como a chegada de um

novo sistema conceitual, literalmente isento de referências e de história. O *pensamento de fronteira*, situado entre a modernidade e a possibilidade, é o mais adequado para essa nova epistemologia.

## 6 CONCLUSÃO

Com este trabalho, busca-se, inicialmente, demonstrar como a lógica colonial foi construída principalmente a partir de um aparato de conhecimento que permite o estabelecimento da ideia de

universalidade epistêmica, ou seja, parte do pressuposto que existiriam sujeitos capazes de chegar a verdades universais, válidas para toda a humanidade. Tais sujeitos, historicamente, podem ser localizados como os que se autoproclamam “brancos” e “ocidentais”.

Portanto, para se realizar um processo de ruptura da lógica colonial, é imprescindível que se questione a universalidade epistêmica. Para o pensamento decolonial, não há verdade absoluta, universal, uma “verdade sem parênteses”, pois todas as verdades devem estar entre parênteses, ou seja, são válidas em determinado contexto, determinado mundo explanativo. No âmbito do constitucionalismo, é possível verificar elementos desse processo decolonial no chamado “novo constitucionalismo latinoamericano”. Sobretudo, verifica-se um questionamento dos marcos teóricos e epistêmicos do constitucionalismo moderno/colonial e uma resignificação deste a partir de sujeitos e saberes tradicionalmente situados e subalternizados.

## REFERÊNCIAS

CASTRO-GÓMEZ, Santiago. **La Poscolonidad explicada a los niños**. Bogotá: Universidad Javeriana, 2005.

CASTRO-GÓMEZ, Santiago; GROSGOQUEL, Ramón. Prólogo. Giro decolonial, teoría crítica y pensamiento heterárquico. In: CASTRO-GÓMEZ, Santiago; GROSGOQUEL, Ramón (eds.). **El Giro Decolonial: reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global**. Bogotá: Siglo Del Hombre Editores, 2007.

COLAÇO, Thais Luzia, DAMAZIO, Eloise da Silveira Petter. **Antropologia Jurídica: Uma Perspectiva Decolonial para a América Latina**. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2018.

DAMÁZIO, Eloise da Silveira Petter. **Colonialidade e decolonialidade da(anthropos)logia jurídica**: da uni-versalidade a pluri-versalidadeepistêmica. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2011.

FAJARDO, Raquel Z.Y. El horizonte del constitucionalismo pluralista: del **Revista Discente Planície Científica**, Campos dos Goytacazes, v. 3, n. 1, jan./jun. 2021.

FAJARDO, Raquel Yrigoyen. El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI. *In*: SANTOS, Boaventura de Sousa. **Refundación del Estado em América Latina**: Perspectivas desde una epistemología del Sur. Lima: Instituto Internacional Derecho y Sociedad, 2010. p. 11-17.

FANON, Frantz. **Os condenados da terra**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1961.

GARCÉS, Fernando. Os esforços de construção descolonizada de um Estado plurinacional na Bolívia e os riscos de vestir o mesmo cavaleiro com um novo paletó. *In*: VERDUM, Ricardo (Org.). **Povos indígenas**: constituições e reformas políticas na América Latina. Brasília: Instituto de Estudos socioeconômicos, 2009. p. 167-192.

LAURINO, Marcia Sequeira, VERAS NETO, Francisco Quintanilha. O novo constitucionalismo latino-americano: processo de (re) descolonização? **JURIS**, Rio Grande, v. 25, p. 129-140, 2016.

MÉDICI, Alejandro. Teoría constitucional y giro decolonial: narrativas y simbolismos de las constituciones Reflexiones a propósito de la experiencia de Bolivia y Ecuador. Otros Logos. **Revista de estudos críticos**. CEAPEDI, Neuquén, ano 1, n. 1, p. 94-124, 2010.

PEREIRA, Lizandro Melo. **Decolonizar o pensamento jurídico sobre os discursos de ódio**: desconstruindo a cultura da violência. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande, 2017.

PRÉCOMA, Adriele Fernanda de Andrade; FERREIRA, Heline Sevini. O estado-nação ao estado plurinacional: uma análise a partir das constituições da Bolívia e do Equador. **Revista Direito e Liberdade**, v. 19, n. 3, p. 13-42, set./dez. 2017.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. *In*: LANDER, Edgardo (Org.). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais: perspectivas latino-americanas**. Tradução de Júlio César Casarin Barroso Silva. Buenos Aires: CLACSO, 2005. p. 227-277.

RESTREPO, Eduardo; ROJAS, Axel. **Inflexión decolonial: fuentes, conceptos y cuestionamientos**. Popayán: Editorial Universidad del Cauca, 2009.

RUBIO, David Sánchez. Confrontar la simplificación del mundo jurídico. **Jornal Estado de Direito**, Porto Alegre, a. 5, n. 28, p. 25, 2010.

SAID, Edward. **Orientalismo: o Oriente como invenção do Ocidente**. Tradução de Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes; DAMAZIO, Eloise. Discurso constitucional colonial: um olhar para a decolonialidade e para o “novo” Constitucionalismo Latino-Americano. **Revista Pensar**, Fortaleza, v. 21, n. 1, p. 271-297, jan./abr. 2016.

TEIXEIRA, João Paulo Allain; SPAREMBERGER, Raquel F. Lopes. Neoconstitucionalismo europeu e novo constitucionalismo latino-americano: um diálogo possível?. **Revista Brasileira De Sociologia Do Direito**, v. 3, n. 1, p. 139-160, 2016.

WALSH, Chaterine. **Interculturalidad, estado, sociedade: luchas (de) coloniales de nuestra época**. Quito-Ecuador: Universidade Andina Simón Bolívar/Ediciones Abya-Yala, 2009.

WILHELMI, Marco Aparicio. Rumo a uma justiça social, cultural e ecológica: o desafio do Bem Viver nas Constituições do Equador e da Bolívia. **Meritum**, Belo Horizonte, v. 8, n. 1, p. 313-350, jan./jun. 2013.

WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo Crítico e Perspectivas para um Novo Constitucionalismo na América Latina. *In*: WOLKMER, Antônio Carlos e MELO, Milena Petters (Org.). **Constitucionalismo Latino-Americano: Tendências Contemporâneas**. Curitiba: Juruá Editora, 2013.





# LA CAPACIDAD DE GOCE VERSUS EL ESTADO DE INTERDICCIÓN EN MÉXICO

ROSA MARÍA DÍAZ LÓPEZ<sup>1</sup>

---

## 1 INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene que ver con los derechos humanos de las personas con discapacidad, y responde a la necesidad de poner en evidencia la exclusión en el ámbito de acceso a la justicia respecto de estas personas. “Alrededor del 10% de la población mundial, o sea 650 millones de personas, vive con una discapacidad, de los cuales en torno a 100 millones son personas con una discapacidad intelectual. Constituyen la mayor minoría del mundo” (Amor Pan, 2017, p. 88).

De este conjunto de personas con discapacidad, existen las que tienen padecimientos mentales e intelectuales, a las cuales se le estigmatiza al considerarse socialmente que no son capaces de tomar sus propias decisiones, restringiendo su voluntad y autonomía, lo que implica una problemá-

---

1 Licenciada, Maestra y Doctora en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Estudios de Posgrado en Derecho en la Universidad de Nottingham en Gran Bretaña. Investigadora en el Sistema Nacional de Investigadores (SNI-Nivel 1), Investigador Titular en el Centro de Investigación de Tecnología Jurídica y Criminológica (CITEJYC) de la Universidad Autónoma de Nuevo León (UANL), Catedrática en el área de Posgrado de la Facultad de Derecho y Criminología de la UANL. Profesora visitante en la Université de Lille en Francia. Autora del libro “El Ombudsman de la salud en México” por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM; co autora y coordinadora de la obra: “Regulación de servicios públicos y energía” por la Editorial Porrúa, Asociación Iberoamericana de Estudios de Regulación (ASIER) y la Universidad Autónoma de Nuevo León; co autora y coordinadora del libro: “Panorama actual del derecho fiscal y energético en México” por la Editorial Nueva Jurídica de Colombia y el Colegio Nacional de Profesores e Investigadores de Derecho Fiscal y Finanzas Públicas, A.C.

tica en su capacidad de goce, y en consecuencia se crean figuras jurídicas que intentan sustituir su voluntad, como es el estado de interdicción.

Atento a lo mencionado, se abordará que se entiende por capacidad de goce, en la legislación y la jurisprudencia, analizando la figura del estado de interdicción, concretamente en la vigente ley civil del Estado de Nuevo León, a fin de que se contraste el desfase legal en el trato a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental, y se observe que el juicio de amparo puede ser un medio de defensa que logre la aplicación de la legislación en materia de discapacidad, de quienes son sometidos al procedimiento de interdicción.

## **2 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**

La capacidad jurídica de las personas, se problematiza cuando se trata de personas con discapacidad mental e intelectual. En México, aun cuando se ha suscrito la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado que el estado de interdicción es inconstitucional, en el Estado de Nuevo León se sigue utilizando el procedimiento denominado “Diligencias de Jurisdicción Voluntaria Sobre Declaración de Estado de Interdicción y Nombramiento de Tutor”.

Luego, el juicio de interdicción que se realiza en el Estado de Nuevo León mediante el citado procedimiento restringe y violenta la capacidad de ejercicio de las personas con discapacidad mental e intelectual contenido en la Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

En ese sentido, se estudiará que dicho procedimiento, en efecto, vulnera la capacidad de ejercicio de las personas con discapacidad mental e intelectual, al inobservar el marco jurídico aplicable. Siendo el juicio de amparo la vía que permite la aplicación de la legislación que contempla la capacidad de goce de personas con discapacidad mental e intelectual.

## **3 CAPACIDAD DE GOCE. EL ARTÍCULO 12 DE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD**

### **Qué se entiende por discapacidad**

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo fueron aprobados durante la 76° sesión

plenaria de la Asamblea General de la ONU celebrada el 16 de diciembre de 2006 y promulgada mediante la resolución No. A/RES/61/106 de fecha 24 de enero de 2007. México firmó la Convención y ratificó su Protocolo Facultativo el 30 de marzo de 2007, siendo publicada en el Diario Oficial de la Federación en fecha 02 de mayo de 2008, la cual tiene como propósito, promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad. Dicha convención reconoce que:

la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

Además de incluir los tipos de discapacidad:

Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

Es difícil englobar el tipo de padecimientos mentales e intelectuales, la Clasificación Internacional de las Enfermedades Mentales (CIE-10) de la Organización Mundial de la Salud identifica 10 categorías de trastornos mentales, los cuales a su vez se subdividen; a manera ejemplificativa el Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática refiere:

El grupo de las mentales incluye las deficiencias intelectuales y conductuales que representan restricciones en el aprendizaje y el modo de conducirse, por lo que la persona no puede relacionarse con su entorno y tiene limitaciones en el desempeño de sus actividades. (INEGI, [s.d.], p. 6)

Como se aprecia de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la discapacidad está conformada por tres elementos: a) la deficiencia a largo plazo; b) el contexto o barrera que rodea a la persona con deficiencia funcional; y, c) la interacción de ambos elementos, que trae como resultado que la persona con discapacidad

participe plenamente en la sociedad; sin embargo, cuando existe sólo una deficiencia o diversidad funcional, no se está en presencia de una discapacidad, por falta de los otros elementos, es decir, la inexistencia de barreras, y en consecuencia la interacción.

Debe quedar claro que la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad es un tratado internacional, luego, la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados, creada en Viena el 23 de mayo de 1969, y publicada en el Diario Oficial de la Federación, en fecha 14 de febrero de 1975, determina respecto a la “Observancia de los Tratados” el principio de derecho internacional público “Pacta sunt Servanda” que indica que “todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”, de igual forma establece que “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.”

El artículo primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, señala en cuanto a los tratados internacionales.

Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley. (...)

De dicho precepto se deduce que los tratados internacionales en materia de derechos humanos tienen jerarquía de norma constitucional; incorpora el principio *pro homine* o pro persona como base para la interpretación de las normas relativas a los derechos humanos, y ordena que todas las autoridades en el ámbito de sus competencias tienen la obliga-

ción de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

Los Estados al crear o suscribir tratados internacionales sobre derechos humanos adquieren determinadas obligaciones, porque en el ámbito de las relaciones internacionales, el tratado es el medio por el cual se obligan entre sí los Estados contratantes. Entonces el tratado es el instrumento fundamental en el orden internacional en la protección, promoción y defensa de los derechos humanos.

### **El Artículo 12 de la Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad**

#### **La capacidad jurídica**

La capacidad jurídica se refiere a la capacidad de goce y la de ejercicio; la primera es la cualidad de ser sujeto de derechos y obligaciones, en consecuencia, es inherente e inseparable a toda persona; por su parte la capacidad de ejercicio consiste en la posibilidad de efectuar manifestaciones de voluntad jurídicamente eficaces que pueden realizarse por sí o a través de otra persona.

Por mandato expreso del artículo 12, numeral 2 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad determina que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida:

#### Artículo 12

Igual reconocimiento como persona ante la ley

1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.
2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.
3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.
4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio

de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.

5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.

De la lectura de dicho precepto, se reconoce que las personas con discapacidad tienen derecho en igualdad de condiciones que los demás a: 1). Al reconocimiento de su personalidad jurídica, 2). Tienen capacidad jurídica, 3). A recibir apoyos que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica, 4). Se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos, y 5). Medidas que garanticen ser propietarias, heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos, acceso a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velar que no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria. En tal sentido, el artículo 12 de la Convención contiene una serie de prescripciones que implican una nueva y distinta forma en el tratamiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, y su ejercicio implica finalmente el derecho a la igualdad sustantiva.

Previo a la existencia de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya sostenía: “la discapacidad mental no debe ser entendida como una incapacidad para determinarse, y debe aplicarse la presunción de que las personas que padecen de ese tipo de discapacidades son capaces de expresar su voluntad ...” (Corte IDH, 2006, p. 55).

### **Las Observaciones Generales**

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad señala en su artículo 34 que la creación de un *Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, el cual es el órgano de expertos indepen-

dientes que supervisa la aplicación de la Convención, y lo hace desde varias facultades. Una de ellas es la facultad de interpretar las disposiciones de la Convención mediante las llamadas *Observaciones Generales* otorgándoles contenido, a los enunciados normativos de la convención.

En la Observación general N° 1 (2014) sobre el “Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley”, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad estableció que:

La capacidad jurídica es un derecho inherente reconocido a todas las personas, incluidas las personas con discapacidad. (...) tiene dos facetas. La primera es la capacidad legal de ser titular de derechos y de ser reconocido como persona jurídica ante la ley. (...) La segunda es la legitimación para actuar con respecto a esos derechos y el reconocimiento de esas acciones por la ley. Este es el componente que frecuentemente se deniega o reduce en el caso de las personas con discapacidad. Por ejemplo, las leyes pueden permitir que las personas con discapacidad posean bienes, pero no siempre respetan las medidas que adopten para comprarlos o venderlos. La capacidad jurídica significa que todas las personas, incluidas las personas con discapacidad, tienen la capacidad legal y la legitimación para actuar simplemente en virtud de su condición de ser humano. Por consiguiente, para que se cumpla el derecho a la capacidad jurídica deben reconocerse las dos facetas de esta; esas dos facetas no pueden separarse. (CRPD. 2014).

Se destaca que el artículo 12.2 de la Convención obliga a los Estados Parte a reconocer la capacidad jurídica de todas las personas, sin distinción por razón de discapacidad. Sostiene al respecto Elena López Barba:

(...) a la luz de la norma transcrita, la presencia de la discapacidad en una persona nunca debe sustentar un proceso judicial de modificación de su capacidad, pues ello conformaría un supuesto de discriminación por discapacidad. El proceso judicial, en su caso, podrá servir para la determinación de cuáles sean las medidas de apoyo más adecuadas para cada sujeto, sin que las mismas puedan suponer la sustitución o representación de la capacidad, pues se trata de un valor inherente de la persona, el libre ejercicio de su autonomía, la libre manifestación de su voluntad, como desarrollo básico de su personalidad. Solo la persona con discapacidad, como el resto de los individuos, es la titular de su capacidad jurídica y la legitimada para ejercerla.” (López, 2020, p. 16)

De lo hasta ahora referido, el artículo 12, numeral 2 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad establece que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, al resultar indispensable para el ejercicio de los derechos humanos, particularmente cuando tienen que tomar decisiones fundamentales en lo que respecta a la salud, la educación, el trabajo, los procesos judiciales, entre otros aspectos, dado que es titular de su capacidad jurídica.

Resulta crucial señalar que a luz del artículo 12.2 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la capacidad jurídica no puede ser cuestionada por razón de discapacidad, sea mediante leyes, prácticas oficiales, o de facto por la sustitución en la adopción de decisiones relativas a los sistemas de vida, según lo señala la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

PERSONAS CON DISCAPACIDAD. LA NEGACIÓN DE SU CAPACIDAD JURÍDICA CONSTITUYE UNA BARRERA PARA EJERCER SU DERECHO A UNA VIDA INDEPENDIENTE. El derecho de las personas con discapacidad a vivir en forma independiente y a ser incluidas en la comunidad implica tener libertad de elección, así como capacidad de control sobre las decisiones que afectan su propia vida; además, implica que cuenten con todos los medios necesarios para que puedan tomar opciones, ejercer el control sobre sus vidas y adoptar todas las decisiones que les afecten. En ese sentido, una de las barreras para ejercer el derecho aludido consiste en la negación de la capacidad jurídica, ya sea mediante leyes y prácticas oficiales o de facto por la sustitución en la adopción de decisiones relativas a los sistemas de vida. Así, el derecho a una vida independiente no es compatible con la promoción de un estilo o sistema de vida individual “predeterminado”, pues la elección de cómo, dónde y con quién vivir es la idea central del derecho referido y a ser incluido en la comunidad. Por tanto, las decisiones personales no se limitan al lugar de residencia, sino que abarcan todos los aspectos del sistema de vida de la persona como pueden ser sus horarios, rutinas, modo y estilo de vida, tanto en la esfera privada como en la pública y en lo cotidiano como a largo plazo. (SCJN. 2019.)

La Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha emitido criterio jurídico respecto a la igualdad sustantiva en los derechos de las personas con discapacidad:

DERECHO A LA IGUALDAD SUSTANTIVA. LAS POLÍTICAS PÚBLICAS LO TRANSGREDEN CUANDO DESCONOCEN LAS NECESIDADES Y DESVENTAJAS A LAS QUE SE ENFRENTAN LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. (...) en ciertos casos, para cumplir con el principio de igualdad no basta con que las leyes y políticas públicas –como lo son los referidos programas sociales– otorguen un tratamiento igual para todas las personas –igualdad jurídica o formal–, sino que además es necesario que reconozcan las barreras o dificultades sociales, culturales y económicas a las que se enfrentan las personas con discapacidad y, en consecuencia, adapten las políticas públicas a tales necesidades especiales –igualdad fáctica o material–. (SCJN, 2020)

Igualdad sustantiva que debe leerse conjuntamente con el artículo 13 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad que dispone que “Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento...” los cuales se consideran medidas cuya finalidad es lograr la igualdad sustantiva, en ese sentido “son un derecho instrumental para acceder a otros derechos que tienen que ver con el debido proceso y, por tal razón, no pueden denegarse al no estar sujetos a un criterio de proporcionalidad.” (SCJN, 2022)

Se hace notar que el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad contempla un sistema de apoyos, el cual tiene como finalidad garantizar la autonomía en las actividades de la vida cotidiana, enfocado a facilitar la expresión de una voluntad libre y verdadera y fortalecer el ejercicio de su capacidad jurídica.

#### **4 ESTADO DE INTERDICCIÓN**

Histórica y socialmente las personas con discapacidad mental e intelectual han sido objeto de exclusión, discriminación y maltrato. Persiste el estigma de considerar a estas personas incapaces de tomar sus propias decisiones, por lo cual se ha restringido su voluntad y autonomía, creando figuras que intentan sustituir su voluntad.

##### **El estado de interdicción**

México es una República, compuesta de estados federales, uno de ellos es Nuevo León, donde las personas son declaradas incapaces mediante un proceso de interdicción y una tercera persona las sustituya en la toma de

sus decisiones, ello acorde a su ley civil vigente. Esta situación restringe el ejercicio de derechos de las personas con discapacidad mental e intelectual generando discriminación y exclusión hacia este sector de la población.

La interdicción es definida por la doctrina como una “restricción de la capacidad de ejercicio de una persona mayor de edad declarada por el juez de lo familiar de acuerdo con las formalidades que para el efecto establece la ley procesal y siempre que se haya probado dentro de este procedimiento...” (Garfias, 1998, p. 1774)

El estado de interdicción limita la capacidad jurídica, a través de una serie de disposiciones que evitan que las personas con discapacidad mental, lleven a cabo ciertos actos o lo hagan por sí mismos. Además, se presenta hasta que una persona es declarada judicialmente incapaz por carecer de las aptitudes para gobernarse, por lo cual debe ser sometido a la guarda de un tutor, quien cuidará de la persona incapaz mayor de edad, administrará sus bienes y la representará tanto en juicio como en todos los actos jurídicos.

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha realizado diversos pronunciamientos respecto del estado de interdicción, en el Amparo en Revisión 1368/2015, sostuvo:

87. El artículo 12 convencional no permite negar la capacidad jurídica basándose en la deficiencia, esto es, de modo discriminatorio, sino que exige se proporcione el apoyo necesario para su ejercicio. Este aspecto es medular pues involucra un correcto entendimiento de la discapacidad: como una interacción entre las personas con deficiencias y las barreras. El artículo 2 de la CDPD señala como discriminación “cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”. Por tanto, negar o limitar la capacidad jurídica vulnera el derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley y constituye una violación de los artículos 5 y 12 de la Convención, así como del 1º constitucional.

90 (...) El hecho que una persona tenga una discapacidad o una deficiencia no debe ser nunca motivo para negarle la capacidad jurídica, ni derecho alguno. En virtud del artículo 12 de la CDPD los déficits en la capacidad mental no deben ser utilizados como justificación para negar la capacidad jurídica. (SCJN, 2015)

De igual forma la Primera Sala en la tesis: 1a. XL/2019 (10a.) sostiene que la capacidad jurídica es un atributo universal, inherente a todas las personas en razón de su condición humana y no hay ninguna circunstancia que permita privar a una persona del derecho al reconocimiento como tal ante la ley o que permita limitar ese derecho, por lo cual considera que la figura de estado de interdicción no es armonizable con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. (SCJN, 2019), además en la tesis 1a. XLVIII/2019 (10a.) dicha sala refiere que la restricción absoluta de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad fomenta estereotipos que impiden su plena inclusión en la sociedad pues las invisibiliza y excluye, al no permitirles conducirse con autonomía e interactuar con los demás grupos, personas e intereses que la componen. (SCJN, 2019).

### **Diligencias de Jurisdicción Voluntaria Sobre Declaración de Estado de Interdicción y Nombramiento de Tutor**

Dice al respecto el Código Civil para el Estado de Nuevo León:

Art. 449.- El objeto de la tutela es la guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos a patria potestad tienen incapacidad natural y legal, o solamente la segunda, para gobernarse por sí mismos. La tutela puede también tener por objeto la representación interina del incapaz en los casos especiales que señale la Ley. En la tutela se cuidará preferentemente de la persona de los incapacitados. Su ejercicio queda sujeto en cuanto a la guarda y educación de los menores a las modalidades de que habla la parte final del artículo 413.

Dicho código sustantivo indica en su artículo 450 quienes tienen incapacidad natural y legal, y señala en su segunda fracción, que los mayores de edad, con incapacidad o discapacidad originada por enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico, psicológico o sensorial que les impida gobernarse por si mismos o no puedan manifestar su voluntad por algún medio.

Por su parte el numeral 914 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Nuevo León señala respecto del nombramiento de tutores y curadores, así como el discernimiento de estos cargos, y determina que ninguna tutela puede conferirse sin que previamente se declare el estado de minoridad o de incapacidad de la persona que va a quedar sujeta a ella, siendo que la declaración de incapacidad puede pedirse por su cónyuge, presuntos herederos legítimos, el albacea; o el Ministerio Público.

La Ley Adjetiva Civil del Estado de Nuevo León, indica que jurisdicción voluntaria comprende todos los actos en que por disposición de la ley o por solicitud de los interesados se requiere la intervención del juez, sin que esté promovida ni se promueva cuestión alguna entre partes determinadas, que en los negocios de menores e incapacitados, intervendrán el juez de primera instancia y los demás funcionarios que determina el Código Civil. De igual forma la ley adjetiva civil refiere que es juez competente en los actos de jurisdicción voluntaria el del domicilio del que promueve, siendo los jueces de lo familiar los que conocerán de dicha jurisdicción.

El código civil adjetivo del Estado de Nuevo León no establece expresamente qué personas son las que deben intervenir en la jurisdicción voluntaria y, por ende, quiénes tienen derecho a ser llamados cuando se promueve un procedimiento que tiene por objeto la declaración de estado de incapacidad. Sin embargo, como ya se dijo, el citado código señala que la declaración de incapacidad puede pedirse por el cónyuge, sus presuntos herederos legítimos, el albacea y por el Ministerio Público; así como que el nombramiento de tutor interino, en el caso de que se declare la interdicción, deberá recaer, por su orden en las siguientes personas: cónyuge, padre, madre, hijos, abuelos y hermanos del incapacitado.

En contra de las resoluciones pronunciadas en un procedimiento de jurisdicción voluntaria, señala lo conducente la siguiente jurisprudencia:

JURISDICCIÓN VOLUNTARIA. AL TENER LAS RESOLUCIONES DICTADAS EN DICHO PROCEDIMIENTO EL CARÁCTER DE ACTOS FUERA DE JUICIO, ES COMPETENTE PARA CONOCER DEL AMPARO PROMOVIDO EN SU CONTRA EL JUEZ DE DISTRITO QUE CORRESPONDA. La jurisdicción voluntaria es un procedimiento de mera constatación o demostración de hechos o circunstancias en el que no es legalmente posible ejercitar acciones respecto de las cuales proceda oponer excepciones, y al no existir controversia, tampoco puede haber procedimiento contencioso, el cual es indispensable para que exista juicio. Por ende, las resoluciones dictadas en jurisdicción voluntaria son actos fuera de juicio que, por esa razón, no pueden adquirir el carácter de cosa juzgada y, en consecuencia, de definitivas para los efectos del amparo directo; por consiguiente, en contra de las resoluciones pronunciadas en un procedimiento de jurisdicción voluntaria, es competente para conocer del amparo el Juez de Distrito que corresponda, de conformidad con los artículos 107 constitucional, fracción VII y 114, fracción III, de la Ley de Amparo. (SCJN, 2007)

La jurisdicción voluntaria puede entenderse como un procedimiento judicial en el que no hay litigio, porque no es en sí misma una actividad jurisdiccional en estricto sentido, sino que con ella se pretende aplicar el derecho, por parte de un órgano jurisdiccional, a un caso específico, por medio de resoluciones constitutivas y discrecionales, con el propósito de proteger o preservar un interés particular insatisfecho.

o cuando la ley así lo determine para que ésta verifique la existencia o el cumplimiento de ciertos hechos o actos y, una vez satisfechos, produzcan el resultado previsto por la hipótesis normativa, sin que el juez ejercite su facultad jurisdiccional debido a que no se plantea controversia alguna. (Contreras Vaca, 2011, p. 553.)

La jurisdicción voluntaria comprende todos los actos en que por disposición de la ley o por solicitud de los interesados se requiere la intervención del juez, sin que esté promovida ni se promueva cuestión alguna entre partes determinadas. Luego, como podrá apreciarse, el código civil sustantivo y adjetivo vigente en el Estado de Nuevo León, contempla todo un procedimiento para declarar el estado interdicción, existiendo incluso el medio de impugnación en caso de algún desacuerdo de quien promueve. En la práctica jurídica se denomina a este procedimiento “Diligencias de Jurisdicción Voluntaria Sobre Declaración de Estado de Interdicción y Nombramiento de Tutor”, que se promueve ante el Juez Familiar en turno en el Estado de Nuevo León.

Incluso el Instituto de Defensoría Pública en el Estado de Nuevo León, proporciona el servicio correspondiente a quien lo solicite de forma gratuita, en virtud de lo que determina la Ley de Defensoría Pública para el Estado de Nuevo León en la materia familiar, y en el Reglamento de la Ley de Defensoría Pública para el Estado de Nuevo León señala su competencia para conocer de asuntos de jurisdicción voluntaria respecto de asuntos de nombramiento de tutor y curador.

Recapitulando, en Nuevo León el estado de interdicción de conformidad con la legislación civil vigente, se declara judicialmente previa tramitación de un procedimiento denominado “Diligencias de Jurisdicción Voluntaria Sobre Declaración de Estado de Interdicción y Nombramiento de Tutor”. Una vez declarada la interdicción la capacidad jurídica queda limitada, ya sea restringiendo la personalidad jurídica o la capacidad de ejercicio.

## 5 MEDIOS O INSTRUMENTOS DE APLICACIÓN DEL MARCO JURÍDICO

Las personas con discapacidad son titulares de los mismos derechos que los demás ciudadanos en la República Mexicana, pero, además, deben poder ejercerlos en condiciones de igualdad, en ese sentido es necesario tener en cuenta que el artículo 12.2 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad por lo que respecta a la capacidad jurídica, no puede ser cuestionada por razón de discapacidad, ya que, todo cuestionamiento, sea de forma directa o indirecta de la capacidad jurídica por motivo de discapacidad, constituye un acto de discriminación prohibida por el artículo 5 de la citada convención.

Ahora bien, como quedo constatado, en el Estado de Nuevo León sigue existiendo la figura del estado de interdicción en la legislación civil vigente, siendo en consecuencia aplicable por los jueces de lo familiar. Luego, dicha aplicación es contraria a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, así como a los criterios emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. En este sentido al inobservar el marco legal al que se ha hecho referencia a lo largo del presente trabajo, es procedente su impugnación.

El artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos prevé la existencia de un recurso judicial accesible y efectivo contra actos que violen derechos fundamentales, el sentido de la protección otorgada consiste en la posibilidad real de acceder a un recurso judicial para que la autoridad competente y capaz de emitir una decisión vinculante determine si ha habido o no una violación a algún derecho que la persona que reclama estima tener y que, en caso de ser encontrada una violación, el recurso sea útil para restituir al interesado en el goce de su derecho y repararlo, en nuestro país dicho recurso se ha considerado que es el juicio de amparo:

RECURSO JUDICIAL EFECTIVO. EL JUICIO DE AMPARO CUMPLE CON LAS CARACTERÍSTICAS DE EFICACIA E IDONEIDAD A LA LUZ DEL ARTÍCULO 25 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. De la interpretación del precepto citado, un recurso judicial efectivo es aquel capaz de producir el resultado para el que ha sido concebido, es decir, debe ser un medio de defensa que puede conducir a un análisis por parte de un tribunal competente para determinar si ha

habido o no una violación a los derechos humanos y, en su caso, proporcionar una reparación. En este sentido, el juicio de amparo constituye un recurso judicial efectivo para impugnar la inconstitucionalidad, o incluso la inconvencionalidad, de una disposición de observancia general, pues permite al órgano jurisdiccional de amparo emprender un análisis para establecer si ha habido o no una violación a los derechos humanos de los solicitantes y, en su caso, proporcionar una reparación, lo que se advierte de los artículos 1º., fracción I, 5º., fracción I, párrafo primero, 77 y 107, fracción I, de la Ley de Amparo... (SCJN, 2016)

En México, el juicio de amparo es un medio de control constitucional que establece la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en los artículos 103 y 107, reglamentado en la Ley de Amparo, que entre otros aspectos, procede contra actos de autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por la constitución, así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte; siendo su finalidad la restitución y goce de los derechos vulnerados.

Es necesario referir que, en fecha 11 de marzo de 2021 se publicó en el Diario Oficial de la Federación el Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, relativas al Poder Judicial de la Federación; reforma que se concretó el 7 de junio de 2021 al publicarse el DECRETO por el que se expide la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, de la Ley de Amparo, entre otras leyes.

Así el artículo 94 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos estableció en su doceavo párrafo lo siguiente:

Las razones que justifiquen las decisiones contenidas en las sentencias dictadas por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación por mayoría de ocho votos, y por las Salas, por mayoría de cuatro votos, serán obligatorias para todas las autoridades jurisdiccionales de la Federación y de las entidades federativas.

Congruente con dicho precepto, la reforma a la Ley de Amparo determinó en sus artículos 222 y 223 la creación de los precedentes obligatorios, dicho, en otros términos, se trata del criterio o razón que sustenta la decisión judicial por la que se identifica una norma aplicable a un caso específico (*ratio decidendi*). Luego, el precedente obligatorio no

requiere que el cuerpo total de la sentencia sea obligatorio, lo cual implica que las sentencias no son vinculantes en su totalidad, sino sólo su ratio decidendi, que es lo que formalmente constituye un precedente.

Se hace mención a lo anterior, debido a que la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ya ha emitido algunos precedentes obligatorios respecto del estado de interdicción, enunciarnos los siguientes:

Criterio jurídico: Debe reconocerse capacidad jurídica –sin participación del tutor– no sólo en los juicios cuya materia sea la declaración o el cese de la interdicción, sino en todos los procedimientos en los que esta figura sea un factor de decisión, ya sea que se plantee como acto destacado o como norma de procedimiento aplicable al caso. (SCJN, 2022)

Criterio jurídico: La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación determina que el cese del estado jurídico de interdicción tiene como sustento el reconocimiento de la capacidad jurídica plena de la persona mayor de edad con discapacidad, por ende, no puede condicionarse o supeditarse a que se mantenga un control de la condición de salud mental o psicosocial de la persona siguiendo tratamientos médicos, ni es dable, sin el consentimiento de ésta, encomendar a su sistema de apoyo que coadyuve a dicho control, pues ello tiene implícita una asimilación de la capacidad jurídica con la capacidad mental, y genera inseguridad sobre la situación jurídica de la persona. (SCJN, 2022)

La obligatoriedad de la aplicación vertical de criterios se encuentra establecida en el artículo 217 de la Ley de Amparo, que dispone que la jurisprudencia que establezca la Suprema Corte de Justicia de la Nación será obligatoria para todas las autoridades jurisdiccionales de la Federación y de las entidades federativas, con excepción de la propia Suprema Corte. Si lo establece una Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación obliga a todas las autoridades jurisdiccionales de la Federación y de los estados, excepto al Pleno, a la propia sala que la emite, ni a su par.

Bien, en el juicio de Amparo Directo expediente 569/2020/3, tramitado ante el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Cuarto Circuito, se emitió en fecha 13 de septiembre de 2022, la sentencia constitucional, la cual en su parte considerativa se aprecia en lo conducente y que nos interesa destacar:

(...)

De los preceptos transcritos, se desprende que efectivamente, el juicio de interdicción a que alude la parte quejosa se basa en un modelo médico o rehabilitador, pues la discapacidad se equipara a una enfermedad que requiere ser probada, en la que además se sustituye por completo la voluntad de las personas con discapacidad, al prever el nombramiento de un tutor.

En ese orden de ideas, es evidente que contrario a lo afirmado por la responsable, no es cierto que para considerar que la parte demandada es una persona con discapacidad, primero se tenía que seguir el juicio de interdicción en el que se le nombrara un tutor que lo representara, en tanto que como ya se analizó, dicho juicio resulta inconstitucional.

Ahora, como se precisó, cuando el juzgador advierta que una de las partes está en una posición de desventaja en el procedimiento debido a una condición cognitiva, psicológica o de cualquier otro tipo, que de manera notoria permite percibir una diversidad funcional que genera vulnerabilidad procesal, inmediatamente debe tener en cuenta que el asunto debe ser tratado con perspectiva de discapacidad.

(...)

Lo anterior evidencia, que la responsable debió advertir que el asunto necesitaba ser juzgado con perspectiva de discapacidad.

(...)

Así, partiendo de la base de que la discapacidad puede presentar múltiples variantes, para poder establecer los ajustes que resultan necesarios, antes de ordenar un nuevo emplazamiento, lo primero que debió hacer, fue valerse de expertos en la materia para determinar el nivel de comprensión de la parte demandada.

Por tanto, a efecto de asegurar que la parte demandada tenga un efectivo acceso a la justicia, en condiciones de igualdad, así como la posibilidad hacer valer sus derechos, en forma enunciativa más no limitativa, (...)

Como ajuste al procedimiento, deberá auxiliarse de expertos en la materia (psicólogos, pedagogos y/o terapeutas y especialistas en comunicación humana), a efecto de que éstos establezcan cuál es la manera más adecuada de entablar comunicación con el demandado, para lo cual deben entrevistarlo en un ambiente de confianza y tranquilidad, de manera preferente, en el lugar en que éste habita, para poder facilitar comunicación, en la que al menos pueda expresar su sentir o su voluntad; no obstante, deberá tenerse en consideración que podría darse el caso de que sea él mismo quien pueda manifestar la manera más adecuada de comunicación; pero también podrían ser las personas con quienes convive cotidianamente.

(...)

Una vez hecho lo anterior, a efecto de que pueda estar en condiciones de expresar su voluntad y por ende ejercer su capacidad jurídica, también como ajuste al procedimiento, debe girar oficio a la defensoría Pública del Estado de Nuevo León, para efecto de que le se designe un defensor que le brinde asesoría y patrocinio jurídico gratuito, en el entendido de que esa asesoría y patrocinio, también debe apoyarse de los expertos encargados de lograr una comunicación con la parte demandada, (...)

Además, como una medida de salvaguarda en favor de la parte demandada, deberá girar oficio a la Procuraduría de la Defensa de las Personas con Discapacidad, para que designe un procurador a efecto de que vigile que realmente se está asesorando a la parte demandada, a la vez de que se realmente se le está escuchando y respetando su voluntad.

Así mismo, y si un familiar de la parte demandada lo desea, también puede ser nombrado como salvaguarda, a efecto de que lo acompañe en tales diligencias; en el entendido de que su función es exclusivamente verificar que los apoyos designados respeten la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad.

(...)

En consecuencia, lo procedente es otorgar el amparo a efecto de que la responsable:

(...)

Lo destacable es que mediante el juicio de amparo fue posible pronunciarse de forma favorable sobre el juicio de interdicción, abordando el asunto desde una perspectiva de discapacidad, a pesar de que la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ya ha emitido algunos precedentes obligatorios respecto del estado de interdicción, luego, los jueces en materia de lo familiar en el Estado de Nuevo León deben ceñirse a los precedentes obligatorios, pues es un mandato que deviene directamente de la Constitución.

## **6 CONCLUSIÓN**

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad establece un concepto de discapacidad, que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras actitudinales, y al entorno que impiden su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás, y que describe la discapacidad al

referirse a deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo. De donde se deduce que tiene que existir la deficiencia y la barrera que impida el goce de los derechos en igualdad de condiciones que los demás, para que determinemos que estamos ante una discapacidad.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad es un tratado internacional suscrito y ratificado por México, que se encuentra al mismo nivel que la constitución, y que no se puede desconocer su alcance de conformidad con la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados.

El artículo 12, numeral 2 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad establece que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, precepto que debe leerse conjuntamente con el artículo 13 de la dicha convención, que dispone que las personas con discapacidad se les garantice un acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento, siendo que en ese sentido se lograra una Igualdad sustantiva.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha realizado diversos pronunciamientos respecto del estado de interdicción, al sostener que negar o limitar la capacidad jurídica vulnera el derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley, y ello constituye una violación de los artículos 5 y 12 de la Convención, así como del 1º constitucional, así mismo sostiene que no hay ninguna circunstancia que permita privar o limitar ese derecho, que dicha figura fomenta estereotipos que impiden su plena inclusión en la sociedad, por lo cual concluye que la figura de estado de interdicción no es armonizable con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

El estado de Interdicción es una restricción a la capacidad de ejercicio, la cual es declara por una autoridad judicial a través de procedimiento de jurisdicción voluntaria que continúa vigente en la ley civil del Estado de Nuevo León, procedimiento que es contrario al marco jurídico actual que regula la discapacidad.

El juicio de amparo es la vía para impugnar el estado de interdicción, pues a través de dicho medio de control constitucional se consigue el goce de los derechos humanos violados por la autoridad que ventilo el procedimiento de interdicción, además que es necesario considerar que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ya ha emitido algunos precedentes obligatorios respecto del estado de interdicción, en ese sentido,

los jueces en materia de lo familiar en el Estado de Nuevo León deben ceñirse a dichos precedentes, dado que es un mandato que deviene directamente de la Constitución.

## REFERENCIAS

AMOR PAN, José Ramón. Dignidad Humana y Discapacidad Intelectual. **Revista Latinoamericana de Bioética**, v. 8, n. 13, julio-diciembre, 2007. Universidad Militar Nueva Granada Bogotá, Colombia. Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/1270/127012923008.pdf>. Acceso en: 7 abr. 2023.

Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Observación general N° 1 Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley. Naciones Unidas. 2014. Disponible en: <http://www.convenciondiscapacidad.es/wp-content/uploads/2019/01/Observaci%C3%B3n-1-Art%C3%ADculo-12-Capacidad-jur%C3%ADdica.pdf>. Acceso en: 9 abr. 2023.

CONTRERAS VACA, Francisco José. **Derecho procesal civil. Teoría y clínica**. 2. Ed. México: Oxford, 2011.

Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados. Disponible en: [https://www.oas.org/36ag/espanol/doc\\_referencia/convencion\\_viena.pdf](https://www.oas.org/36ag/espanol/doc_referencia/convencion_viena.pdf) Acceso en: 9 abr. 2023.

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo, aprobados durante la 76ª sesión plenaria de la Asamblea General de la ONU celebrada el 16 de diciembre de 2006 y promulgada mediante la resolución No. A/RES/61/106 de fecha 24 de enero de 2007. Disponible en: <https://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf> Acceso en: 9 abr. 2023.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149.

GALINDO GARFIAS, Ignacio. **Diccionario jurídico mexicano**. 12. ed. México: Porrúa-UNAM, 1998, t. I-O.

Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática (INEGI). **Clasificación de Tipo de Discapacidad – Histórica**. Sin fecha. Disponible en: <https://>

[www.inegi.org.mx/contenidos/clasificadores/catalogos/doc/clasificacion\\_de\\_tipo\\_de\\_discapacidad.pdf](http://www.inegi.org.mx/contenidos/clasificadores/catalogos/doc/clasificacion_de_tipo_de_discapacidad.pdf) Acceso en: 8 abr. 2023.

LÓPEZ BARBA, Elena. **Capacidad Jurídica El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y las medidas no discriminatorias de defensa del patrimonio.** Madrid: Editorial Dykinson, 2020.

MÉXICO. Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Amparo en Revisión 1368/2015. Disponible en: [https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/listas/documento\\_dos/2019-02/AR-1368-2015-190212.pdf](https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/listas/documento_dos/2019-02/AR-1368-2015-190212.pdf) Acceso en: 12 abr. 2023.

MÉXICO. Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Instancia: Primera Sala. Registro digital: 2019961. Décima Época. Tesis: 1a. XL/2019 (10a.) Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 66, mayo de 2019, Tomo II, página 1261. Tipo: Aislada

MÉXICO. Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Instancia: Primera Sala. Registro digital: 2019960. Décima Época. Tesis: 1a. XLVIII/2019 (10a.) Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 66, mayo de 2019, Tomo II, página 1261. Tipo: Aislada

MÉXICO. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Instancia: Primera Sala. Registro: 2019962. Época: Décima Época. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 66, mayo de 2019, Tomo II. Tesis: 1a. XLVI/2019 (10a.)

MÉXICO. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Instancia: Primera Sala. Registro digital: 2025638. Undécima Época. Tesis: 1a./J. 163/2022 (11a.). Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 20, diciembre de 2022, Tomo I, p. 852. Tipo: Jurisprudencia.

MÉXICO. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Instancia: Primera Sala. Registro digital: 2025659. Undécima Época. Tesis: 1a./J. 161/2022 (11a.). Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 20, diciembre de 2022, Tomo I, p. 1195. Tipo: Jurisprudencia.

MÉXICO. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Instancia: Primera Sala. Registro digital: 2025585. Undécima Época. Materias(s): Civil, Constitucional. Te-

sis: 1a./J. 141/2022 (11a.). Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 20, diciembre de 2022, Tomo I, p. 989. Tipo: Jurisprudencia.

MÉXICO. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Instancia: Segunda Sala. Registro digital: 2022401. Décima Época. Tesis: 2a. XLVIII/2020 (10a.). Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 80, noviembre de 2020, Tomo II, p. 1134. Tipo: Aislada

MÉXICO. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Instancia: Segunda Sala. Registro digital: 2010984. Décima Época. Tesis: 2a./J. 12/2016 (10a.). Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 27, febrero de 2016, Tomo I, p. 763. Tipo: Jurisprudencia.

MÉXICO. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Registro digital: 172744. Novena Época. Materias(s): Común. Tesis: VI.2o.C. J/281. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXV, abril de 2007, p. 1451. Tipo: Jurisprudencia



# EL DERECHO AL TERRITORIO Y LA MUJER INDÍGENA: UN CASO DE JUSTICIABILIDAD EN LA COMUNIDAD HUASTECA “TOCOY”. MÉXICO

SARA BERENICE ORTA FLORES<sup>1</sup>

BLANCA TORRES ESPINOSA<sup>2</sup>

CARLOS ERNESTO ARCUDIA HERNÁNDEZ<sup>3</sup>

---

## 1 INTRODUCCIÓN

En este trabajo se abordará el caso de una mujer indígena nacida en 1923, que desde la década de los años treinta fue discriminada por la máxima autoridad comunal, al ignorar sistemáticamente su reclamo sobre un mejor derecho a poseer las tierras de su difunto esposo, sobre el que se cometió homicidio. La asamblea general de comuneros resolvió

- 1 Doctora de la Universidad de Buenos Aires, área Derecho Constitucional. Profesora Investigadora adscrita a la carrera de Derecho de la Facultad de Estudios Profesionales Zona Huasteca, de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí. Pertenece al Colegio de Abogados Procesalistas Latinoamericanos y al Colegio de Doctores de las Ciencias Jurídicas en Iberoamérica. E-mail: berenice@uaslp.mx
- 2 Doctora en Derecho Fiscal por la Universidad de Salamanca. Profesora Investigadora adscrita a la carrera de Derecho de la Facultad de Estudios Profesionales Zona Huasteca, de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí. Pertenece al Colegio de Abogados Procesalistas Latinoamericanos y al Colegio de Doctores de las Ciencias Jurídicas en Iberoamérica. E-mail: blancate@uaslp.mx
- 3 Doctor en Derecho Mercantil por la Universidad Complutense de Madrid. Profesor Investigador adscrito a la carrera de Derecho de la Facultad de Estudios Profesionales Zona Huasteca, de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí. Pertenece al Colegio de Abogados Procesalistas Latinoamericanos y al Colegio de Doctores de las Ciencias Jurídicas en Iberoamérica. E-mail: carlos.arcudia@uaslp.mx

otorgar la tenencia de la tierra a su hijo mayor, argumentando que esta decisión se basó en los usos y costumbres huastecos o teenek de Toco, comunidad indígena que se ubica en el municipio de San Antonio, estado de San Luis Potosí, México.

Se estudiará un caso de justiciabilidad, a través de una sentencia que resolvió la *litis* sobre el tema de tenencia de tierra comunal<sup>4</sup>. La resolución fue dictada y ejecutada por un Tribunal Unitario Agrario, que se vio precisado a sopesar el respeto a la autonomía de un pueblo originario, frente al derecho humano a la igualdad y no discriminación de una mujer indígena y adulta mayor.

El fallo que se estudia se inserta en un contexto social nada igualitario. Una de cada diez mujeres residentes del país es indígena<sup>5</sup>, lo que equivale a más de seis millones (INEGI, 2022). La mujer indígena, a pesar de su presencia y participación en el desarrollo y lucha de sus pueblos; de su aportación en el cuidado del medio ambiente; de su contribución en la producción colectiva, en la preservación de sus lenguas y saberes ancestrales, están expuestas a diversos tipos y situaciones de discriminación en comparación con los hombres indígenas o en relación con las mujeres no indígenas (INMUJERES, 2022, p. 1).

El acceso a la justicia, es una más de las deudas del estado liberal hacia las minorías étnicas, que se enfatiza si el sujeto de derecho es una mujer. Antes de la reforma en materia de derechos humanos (2011) en México, nuestro sistema jurídico se caracterizaba por estar montado en un andamiaje decimonónico, con base en un subjetivismo abstracto de una supuesta igualdad ante la ley, que hacía que los operadores jurídicos prácticamente estuvieran constreñidos a ignorar la realidad mexicana, como la multietnicidad, heterogeneidad cultural, y lingüística. (Hernández Martínez, 1992, p. 63)

---

4 Se agradece al profesor y abogado Jaime Nicolás Martínez Ávalos, quien amablemente nos aportó los datos de la sentencia que ganó su defendida, y que es el caso que se estudia.

5 Se consideró como mujer indígena lo establecido en los criterios del Instituto Nacional de los Pueblos Indígenas (INPI), se identifica como indígena a las personas que forman parte de un hogar indígena, en donde el jefe(a) del hogar, su cónyuge y/o alguno de los ascendientes -madre o padre, madrastra o padrastro, abuelo(a), bisabuelo(a), tatarabuelo(a), suegro(a)- declaró ser hablante de lengua indígena, asimismo considera a las personas que declararon hablar alguna lengua indígena y que no forman parte de estos hogares (INMUJERES, 2021).

Para el desarrollo de esta colaboración, se parte desde la base del derecho internacional de los derechos humanos. La sentencia del expediente 1001/2019/43 constituye una muestra del derecho en acción. El juez agrario realizó un control de convencionalidad *ex officio*<sup>6</sup>; juzgó con perspectiva de género, desde los pilares de la interpretación conforme, y del principio *pro homine*. Es una muestra de la obligación del estado de garantizar el acceso a la justicia de los sectores más vulnerables. Si se escribe sobre ello en esta obra, es porque no son muchos los casos para documentar. Y es necesario dejar señales sobre el camino andado.

En estas breves líneas, se abordará en primero término el contexto geográfico, demográfico e histórico de la comunidad indígena de Tocooy. Se planteará el régimen jurídico de la tenencia de la tierra comunal, para después describir los hechos de la demanda y los razonamientos de la sentencia.

## 2 LA COMUNIDAD INDÍGENA DE TOCOY. CONTEXTO

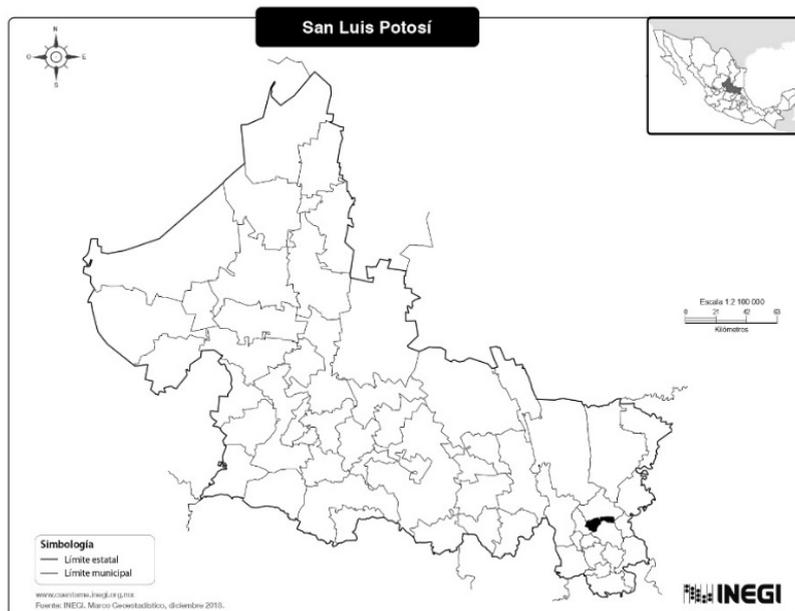
El caso de estudio se ubica en una comunidad indígena de origen huasteco, llamada Tocooy, que pertenece al municipio de San Antonio, que es uno de los 58 municipios que componen el estado de San Luis Potosí. El estado potosino, es una entidad federativa que tiene una extensión territorial de 61,138.00 kilómetros cuadrados, con una población de 2,822,255 personas (el 67 por ciento es de carácter urbana y 33 por ciento rural). En total la población del estado representa el 2.2 por ciento de la población del país, y en extensión el décimo quinto. (Cuéntame INEGI, 2020).

El grupo étnico asentado en Tocooy, es conocido como huasteco o teenek, una cultura mesoamericana importante, que desciende de los pobladores ancestrales y originales en la región. Las hipótesis sobre su origen siguen siendo contradictorias, a pesar de ello, existe un consenso generalizado sobre su descendencia de la población maya, que quedaron instalados a lo largo de Golfo de México (Avila, 1995, p. 11-31) Se observa en el siguiente mapa, la ubicación de San Antonio, donde se encuentra la comunidad indígena que se estudia.

---

6 Obligación jurisdiccional derivada del expediente varios 912/2010. A raíz de la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos, el 23 de noviembre de 2009, disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_209\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_209_esp.pdf).

**Mapa 1. Ubicación geográfica del municipio de San Antonio, del estado de San Luis Potosí**



Fuente: tomado de INEGI. Con resaltado añadido.

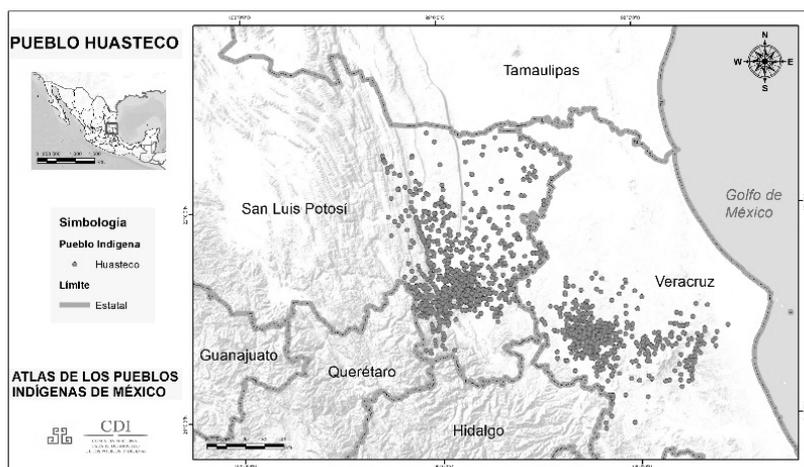
El estado potosino está dividido social, económica y geográficamente en cuatro regiones: la Centro, la del Altiplano, la Media y la Huasteca, donde coexisten el pueblo teenek y el nahua principalmente.

En San Luis Potosí, existe una población de 231,213 personas que son mayores de tres años de edad y que hablan alguna lengua indígena, lo que representa el 8.6 de su población total, que supera a la media nacional. La población náhuatl la conforman 121,079 personas, la población teenek o huasteca la conforman 95, 259 personas, los xi'ói o pames 11,579 y la población otomí 386 (Cuéntame INEGI, 2020), que coloca a la entidad con el lugar número nueve con mayor porcentaje de hablantes de una lengua indígena en México (COSESPOSLP, 2021).

San Antonio es el municipio con mayor porcentaje de hablantes de lengua indígena en la entidad federativa, que representa el 81.9 por ciento de su población (COSESPOSLP, 2021); tiene una población de 9,382 habitantes (INEGI, 2020), dividida en 78 localidades, siendo Tocoyn una comunidad indígena con 926 personas (486 hombres y 440 mujeres).

Es la localidad con más habitantes en el municipio, incluso más que la cabecera municipal también llamada San Antonio, que tiene 686 habitantes (INEGI, Áreas geostatísticas, 2020). Véase el mapa 2 donde se ubica la población indígena de origen huasteco en el estado potosino.

### Mapa 1. Ubicación de la población teenek en el estado de San Luis Potosí



Fuente: (Atlas de los pueblos indígenas de México. INPI)

Desde la época de la colonia, la cabecera de municipio de San Antonio, fue llamado San Antonio Tamhanetzen, aunque antes, a ese lugar se le llamaba Tlaxcali de Tamhannentén, y estaban sujetos a la cabecera de Tancanhuitz. En 1726 San Antonio dependía del pueblo de Tampamolón, y tenía 282 familias de ascendencia huasteca. Ya en 1731 el virrey Marqués de Casa Fuete aprobó la configuración del pueblo de San Antonio. (CEFM, 2015, p. 4)

En 1828, en el Decreto No. 61, la Legislatura del recién conformado estado de San Luis Potosí, lo reconoce como municipio, un año después de haber aprobado su primera constitución local el 17 de octubre de 1827. Más tarde pierde este reconocimiento, anexándose al municipio de Tampamolón mediante decreto del Gobernador del Estado. Sin embargo, años más tarde, San Antonio recupera su entidad como municipio mediante el decreto número 03 del 25 de octubre del 1948. (CEFM, 2015, p. 5)

La existencia jurídica de Toco y obedece a que, con fecha del cinco de julio de 1943 se publicó en el Diario Oficial de la Federación, el decreto

emitido el 31 de marzo del mismo año por el Presidente de la República, Manuel Ávila Camacho (sexenio 1940- 1946). Este decreto consistió en la resolución del expediente de confirmación y titulación de bienes comunales del poblado Tocooy. En virtud de que, por oficio del 19 de septiembre de 1940, el Departamento de Asuntos Indígenas había gestionado el deslinde de los poblados de Lejem, Tanchahuil, Tocooy y Tanjasnec. Los poblados colindantes manifestaron su conformidad con los linderos del núcleo de que se trata, y se comprobó que no había fincas afectables.

El Decreto presidencial también decía que el poblado de Tocooy comprende una superficie de 1,200-57 H. (mil doscientas hectáreas, cincuenta y siete áreas) hectáreas de terreno de monte bajo susceptible de cultivo que ha poseído desde tiempo inmemorial, quieta y pacíficamente, por lo que se procedió a confirmar la posesión de los terrenos comunales, y con esa resolución presidencial, se consideró como título que ampara los terrenos mencionados. Por lo que el presidente de la República declaró procedente la confirmación y titulación de bienes comunales gestionada por el Departamento de Asuntos Indígenas en favor del poblado Tocooy, Municipio de San Antonio, del Estado de San Luis Potosí. (DOF, 05 de julio de 1043)

### **3 LA PROPIEDAD COMUNAL EN MÉXICO**

Reza la Constitución federal, que México es una nación única e indivisible; que se reconoce el derecho de las comunidades indígenas a la libre determinación y autonomía para acceder a la modalidad de tenencia de la tierra comunal, así como los derechos que adquieran los integrantes de la comunidad. (CPEUM, 2º, A, VI) Las comunidades indígenas se encuentran reconocidas en el artículo 2º constitucional, y menciona que "... descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas."

Por su parte, el régimen de la propiedad comunal se fundamenta en el artículo 27 de la CPEUM. Este dispositivo prevé que existen tres tipos de tenencia de la tierra: la propiedad pública o propiedad la nación, la propiedad privada y la propiedad social. A su vez, la propiedad social se subdivide en ejidos y en comunidades. Respecto de las comunidades, son de dos tipos: las agrarias y las indígenas.

En términos generales, los pueblos originarios se asientan en sitios que pertenece al tipo de propiedad llamada comunal. Existen en Mé-

xico 68 pueblos indígenas, que son hablantes de una lengua original propia, lo que equivale al 6.1 por ciento de la población total de país (INEGI, 2020). Para las comunidades indígenas, las tierras tienen una importancia social, cultural, religiosa, axiológica y tradicional. No sólo como fuente de producción agraria y económica. (Orozco Garibay, p. 112-122).

En México, el 7.5 por ciento de la propiedad agraria es comunidad indígena. En el país existen de 32,236 núcleos agrarios (29,816 son ejidos y 2,420 comunidades indígenas). A nivel estatal, de los 58 municipios que conforman el estado de San Luis Potosí, 22 municipios cuentan con comunidades indígenas. De 1447 localidades, existen 165 comunidades indígenas, y 1282 ejidos. En San Antonio existen siete comunidades indígenas (Cuechod, Lejem, Patnel, Tanjasnec, Xolol, Tanchahuil y Toco) y tres ejidos (Pokchich, San Pedro y Santa Martha) (RAN, 2019).

El órgano máximo de autoridad en una comunidad indígena es la asamblea general, debe tener la organización y funciones que Ley Agraria señale. El órgano de representación del núcleo de población es el comisariado de bienes comunales, que debe ser electo democráticamente, y también es el responsable de ejecutar las resoluciones que dicte la asamblea (CPEUM, Art. 27, fracción VII, párrafo sexto, 2023).

El derecho de un comunero consiste en usar y disfrutar de su parcela y ceder los derechos de la misma a favor de sus familiares o de vecindados. Además, ostenta el derecho de aprovecharse y obtener los beneficios de los bienes de uso común. Las tierras que posee son jurídicamente inalienables, imprescriptibles e inembargables, sin ostentar nunca el derecho de propiedad sobre su parcela (Orozco Garibay, 2022, p. 113).

Hay que decir que los órganos de justicia agraria están sustentados en el artículo 27, fracción XIX de la CPEUM, que establece que la justicia agraria debe ser expedita y honesta, y que debe garantizar la seguridad jurídica de la tenencia de la tierra.

#### **4 EL EXPEDIENTE AGRARIO 1001/2019-43**

Con fecha 15 de noviembre de 2019 se interpuso una demanda ante el Tribunal Unitario Agrario número 43, ubicado en Tampico, Tamaulipas. Fue promovida por la señora Juana<sup>7</sup>, por conducto de su hija que fungió como apoderada legal, quien demandó a la asamblea general

7 Nombre sin apellidos. Para esta investigación los nombres reales de las personas involucradas han sido cambiados, para salvaguardar la protección de sus datos personales.

de comuneros y al consejo de vigilancia del poblado Tocoy, del municipio de San Antonio, estado de San Luis Potosí. Al inicio del proceso, el tribunal advirtió que el asunto podía deparar perjuicio al que estuviera en posesión al momento de la demanda, por eso también se le emplazó a juicio al nieto de la Señora Juana, quien fuera descendiente de su hijo mayor.

Tras dos años y tres meses se dictó sentencia<sup>17</sup> de febrero del año 2022.

La demanda, contenía los siguientes reclamos:

- La declaración jurisdiccional mediante sentencia, de que la poderdante tenía *un mejor derecho de poseer* un terreno y parcela alícuotas respecto a la superficie de 1200.57 hectáreas de que fue dotada originalmente la Comunidad Tocoy perteneciente al municipio de San Antonio.
- La declaración judicial mediante sentencia que ordene el reconocimiento de la calidad de ejidataria y/o comunera de la poderdante.
- La declaración jurisdiccional mediante sentencia que ordenara que se extendiera a favor de la poderdante el certificado de derechos sobre tierras de uso común que expide el registro Agrario Nacional a través de la Delegación de San Luis Potosí.
- La declaración jurisdiccional mediante sentencia que ordenara a los demandados a respetar la posesión de sus derechos sobre terreno y parcela alícuota materia del juicio, respecto a la superficie de 1,200.57 hectáreas de que fue dotada originalmente la comunidad Tocoy.
- La declaración jurisdiccional mediante sentencia que ordenara al Registro Agrario Nacional la inscripción de la sentencia que se dicte con motivo de la demanda.

De la lectura de la sentencia del expediente número 1001/2019-43, se hace una reconstrucción de la historia, con base en los hechos que el propio Tribunal Unitario estimó como ciertos. El caso que se va a describir a continuación, está construido por los dichos de la demanda, y demostrado en las pruebas aportadas por la parte actora.

#### 4.1 Hechos

El señor Sebastián Hernández y la señora Juana, nacieron en la comunidad de Tocoy en la década de los años veinte del siglo pasado, y se casaron en el año de 1939. Tuvieron 4 hijos, un hombre y tres mujeres. En la misma comunidad establecieron su domicilio conyugal.

Sebastián fue fundador de la comunidad, y se dedicó a las labores del campo en sus parcelas y terreno, cuya unidad de dotación se

componía de 16-00-00 hectáreas, así como de tres predios restantes con superficies de 4 hectáreas  $\frac{3}{4}$ , 2 hectáreas y  $\frac{3}{4}$  hectáreas; que dan una superficie de 7-50-00 hectáreas. Asistía en todo momento a las asambleas que se realizaban en dicha comunidad, también hacía el pago de todos sus derechos y obligaciones. Y aun cuando en vida omitió pedir o guardar algún documento que lo declara como comunero, se ofreció en juicio una documental que lo acreditó como miembro del consejo de vigilancia en 1943, y por tanto, miembro de la comunidad.

En el año de 1974 Sebastián falleció a causa de un homicidio. Testimoniales que se valoraron positivamente, determinaron que su hijo mayor le quitó la vida para poder apoderarse de sus tierras; el hijo puso a las autoridades en contra de su propia familia, a tal grado que rodearon su casa con el propósito de prenderle fuego, pues el hijo mayor les dijo a los demás comuneros que su padre le había robado unas cañas.

Para proteger a su familia, el señor Sebastián salió de su casa para enfrentar a la gente que los rodeaba. Fue entonces que con un arma blanca, su propio hijo le dio muerte. Juana tuvo que huir de Tococon con sus menores hijas, para salvaguardar su integridad física. Sin recursos, y gracias a la ayuda de familiares, pudo vivir cerca de la comunidad. Después de dejar pasar un tiempo, ha regresado a la comunidad continuamente para reclamar a las autoridades que le fuera reconocido su mejor derecho a heredar la tenencia de la tierra de su esposo y así como el respeto de su personalidad como comunera. Sin embargo, nunca fue escuchada por la asamblea general de bienes comunales, ni por el consejo de vigilancia.

Los derechos sobre la unidad de dotación se la reconocieron a su hijo mayor, con el argumento de que él se hizo cargo de todo, posesionándose de la parcela y pagando contribuciones, además, Juana no estaba. Más tarde, al morir su hijo mayor, la tenencia de la tierra pasó a su nuera, y ella, antes de fallecer designó para poseer esas tierras a su hijo, quien es nieto de la ahora actora.

En 2019 se cometió otra injusticia. En una asamblea a la que se le llamó a la señora Juana, la asamblea de comuneros le ofreció 7-50-00 hectáreas, con la condición de que aceptara que las 16-00-00 hectáreas le quedaran a la nuera. Pero Juana no aceptó y la asamblea determinó dejar esa superficie como parcela comunal.

Por su parte los demandados refutaron lo dicho en la demanda, observándose la voluntad estructural de negarle a Juana todo derecho

dentro de su comunidad, argumentaron: que Sebastián no era comunero; que Juana no acreditó con documental alguna el carácter de comunera activa; que no vive en la comunidad; que no contaba con un documento de sucesión de derechos comunales; que en 1974 abandonó la comunidad y que jamás se acercó a reclamar el derecho; que quienes se quedaron con la posesión lo hicieron de buena fe y que han pagado sus contribuciones respecto de los bienes. Y en suma, que los usos y costumbres respaldan todas las resoluciones que adoptaron las autoridades comunales.

## 4.2 La sentencia

El tribunal determinó que la actora estuvo en estado de vulnerabilidad frente al demandado en virtud de su condición de mujer y de viuda. Su dignidad humana se afectó ante el desplazamiento que se vio forzada a realizar dejando atrás los bienes agrarios a los que tenía derecho, para proteger la integridad física de sus menores hijas y la suya propia. Que, siendo mujer, viuda y sin más ingresos que los de su parcela, le fue arrebatado su derecho a una vida digna. Además, el grado de vulnerabilidad se acrecentó porque Juana es adulta mayor.

Se determinó que Sebastián Hernández sí fue comunero fundador del poblado Tocoy, pues en un documento histórico de 1943, figura como presidente suplente del consejo de vigilancia, con lo que se acreditó su personalidad como comunero y legítimo derechohabiente.

El Tribunal Unitario Agrario manifestó que la sentencia se dictó atendiendo los principios de equidad y de justicia. Se basó para la elaboración de sus argumentaciones en el *Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género*, elaborado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (2020), en atención a las medidas de reparación en los casos dictados por la CorteIDH en los casos *González y otras (Campo Algodonero)*, *Fernández Ortega y otros*, y *Rosendo Cantú y otra*, en contra de México.

En efecto, la CorteIDH observó cómo en México las mujeres indígenas corren un mayor riesgo de ser objeto de vulneraciones, y que en particular, uno de los mayores obstáculos que encuentran las mujeres indígenas es el de alcanzar el debido acceso a la justicia (CORTE IDH. Caso Fernández Ortega y otros vs. México). Como se observa el caso de estudio se circunscribe en una intersección multisectorial de discriminación: por ser mujer, por ser adulta mayor, por tener escasos recursos y por pertenecer a un pueblo indígena con usos y costumbres discriminatorios.

La mitad de la población mundial la constituyen las mujeres. En México, existen 95 hombres por cada cien mujeres (INEGI, 2020). Nada justifica la discriminación sistemática hacia la mujer, y sin embargo, sucede en múltiples ámbitos: en el social, religioso, económico, político y cultural, por decir los menos.

En especial, la discriminación que padecen las mujeres indígenas, implica que la posición en la que se encuentran dificulta defender sus derechos, que con frecuencia no son reconocidos ni legitimados en el ámbito comunitario en donde se desarrollan. (Guerrero García, 2023, p. 269) Se coincide con Ulloa Ziáurriz (2022, p. 1), cuando se refiere a las mujeres indígenas y expresa que son “de entre los pobres, las más pobres, ... de entre los discriminados, las más discriminadas, de entre los desposeídos, las más desposeídas, de entre los violentados, las más violentadas”.

De acuerdo con el expediente varios 912/2010, la Suprema Corte resolvió que los jueces deben realizar un control convencional *ex officio* en un modelo difuso de constitucionalidad. En relación a ello, el párrafo 339 de la sentencia emitida por la Corte IDH, caso Radilla Pachecho vs Estados Unidos Mexicanos. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C No. 209, establece que si bien los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley, cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, los jueces, también están sometidos a ella, así “el Poder Judicial debe ejercer un “control de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”. En esta tarea, el los juzgadores deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

De acuerdo al Informe presentado por la Comisión IDH, “Las mujeres indígenas y sus derechos humanos en las Américas” las mujeres de grupos étnicos:

han enfrentado y continúan sufriendo formas diversas y sucesivas de discriminación debido a su género, etnicidad, edad, discapacidad y/o situación de pobreza, tanto fuera como dentro de sus propias comunidades, o como resultado de los remanentes históricos y estructurales del colonialismo. Estas aristas diferentes de discriminación las exponen en mayor medida a violaciones de derechos humanos en todos los aspectos de su vida cotidiana: des-

de sus derechos civiles y políticos hasta sus derechos económicos, sociales y culturales, y su derecho a vivir sin violencia. (Comisión IDH, 2017, p. 13)

Desde el sistema universal de los derechos humanos, se encuentra la Convención sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer (CEAW por sus siglas en inglés) que entró en vigor el 3 de septiembre de 1981, en esta convención se estipula que los estados condenan la discriminación hacia la mujer, y se comprometen a establecer una la protección jurídica de sus derechos sobre una base de igualdad con los del hombre (art 2, inciso c). Además, el 14, numeral 1 e inciso f) establece que los estados partes tendrán en cuenta los problemas especiales a que hace frente la mujer rural y el importante papel que desempeña en la supervivencia económica de su familia.

En el ámbito interamericano, en la Organización de los Estados Americanos (OEA) el 09 de junio de 1994 se firmó la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención Belén do Pará), que México ratificó en el año de 1998. En sus artículos 3 y 6, se establece por primera vez el derecho de las mujeres a vivir una vida libre de violencia como una condición indispensable para su desarrollo. También en este instrumento se incluyen definiciones de violencia y las formas y espacios donde se desarrolla.

Al realizar el control de convencionalidad ex officio, el juez agrario lo hizo también desde una perspectiva de género, lo que le permitió observar una vulneración de derechos interseccional, que implica reconocer que las condiciones específicas de una persona pueden fomentar un tipo de opresión única y diferente a la de otra persona o grupo social. (Protocolo, 2020, p. 86) En este caso, confluyeron efectos combinados de discriminación que generaron una afectación desproporcionada hacia la actora. El juzgador hizo patente que la discriminación sufrida a la actora derivaba de una vulneración estructural, basada en un pensamiento machista y misógino de las autoridades comunales.

Finalmente, el magistrado del Tribunal Unitario Agrario del Distrito 43, resolvió lo siguiente:

- a) La parte actora acreditó los elementos constitutivos de sus pretensiones; en tanto que la demandada asamblea general de comuneros del poblado Tocoy, municipio de San Antonio, San Luis Potosí, por conducto de su comisariado ejidal y consejo de vigilancia, así como el codemandado, no justificaron sus defensas y excepciones.

- b) En consecuencia, se declaró que la actora, tiene mejor derecho que su nieto para poseer la superficie de 16-00-00 hectáreas, ubicada en la comunidad de Tocoy.
- c) Se condenó al demandado (al nieto), a que entregue a favor de la actora, la superficie de 16-00-00 hectáreas, con sus frutos y accesiones.
- d) Del mismo modo, la actora, tiene derecho a poseer las fracciones 4 hectáreas  $\frac{3}{4}$ , 2 hectáreas y  $\frac{3}{4}$  hectáreas, que forman parte de la unidad de dotación que perteneciera a su finado esposo.
- e) En consecuencia, se condenó a la asamblea de comuneros, para que ponga en posesión a la actora las fracciones de 4 hectáreas  $\frac{3}{4}$ , 2 hectáreas y  $\frac{3}{4}$  hectáreas, con sus frutos y accesiones.
- f) En subrogación del derechos del finado Sebastián, se reconoce a la actora, como comunera en la comunidad Tocoy.
- g) En consecuencia, se condenó a la asamblea de comuneros, para que le plazo de quince días contados a partir de que causara estado la sentencia, se proceda a entregar a la actora, un solar urbano en esa comunidad, ya sea el que detentaba en el tiempo de los hechos o en su caso, le asignen uno de la misma calidad que los demás comuneros.
- h) Se condenó a la asamblea de comuneros por conducto de su comisariado de bienes comunales, a que proceda a inscribir el nombre y datos básicos de identificación como comunera a la señora Juana, y que se respete y haga respetar sus derechos en sustitución de su extinto esposo.

El órgano jurisdiccional federal, le otorgó a la sentencia el carácter de certificado de derechos agrarios, hasta en tanto le sea expedido a la actora el documento correspondiente, en razón de que la pandemia derivada del virus COVID 19, propició que el Registro Agrario Nacional no estuviera laborando de manera formal.

## 5 CONCLUSIONES

A trece años de aprobada la reforma constitucional en materia de derechos humanos en México, se siguen padeciendo pronunciadas brechas en el acceso a la justicia. De manera lenta, el control de convencionalidad *ex officio* se ha ido posicionando en los tribunales jurisdiccionales para beneficio de los grupos vulnerables. Por ello, la importancia de documentar casos congruentes con la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos.

La relación de los pueblos indígenas con sus territorios tiene un largo camino tapizado de contratiempos. Es una problemática que tiene su propia historia; que amalgama la posesión ancestral y legítima de sus tierras, los despojos de colonizadores y de hacendados, así como el desorden normativo agrario derivado de la Revolución mexicana. Aunado a esto, la vulneración es más grave, cuando se trata de las mujeres indígenas.

La mujer indígena es receptora de discriminaciones multifactoriales. Constituyen uno de los grupos vulnerables menos protegidos. La inequidad a la que están sujetas es evidentes respecto de los hombres indígenas o en relación de las mujeres no indígenas. La desigualdad con que son consideradas proviene de la sociedad y muchas veces de su propio grupo étnico. En el caso que se estudia, coinciden diversos factores discriminantes: el de ser mujer, el de pertenecer a un pueblo indígena, el de ser pobre y el de ser adulta mayor.

En esa sentencia tomaron en cuenta los sistemas de protección internacional en materia del derecho humano a la igualdad y no discriminación, y al derecho a una vida libre de violencia. Se aplicó un control difuso de convencionalidad *ex officio*, abarcando el protocolo de equidad y género aportado por la Suprema corte de Justicia de la Nación, y el derecho internacional de los derechos humanos. Un caso de estudio para los operadores jurídicos.

## REFERENCIAS

ÁVILA, Agustín; BARTHAS, Brigitte; CERVANES, Alma. Los huastecos de San Luis Potosí. *In*: INSTITUTO NACIONAL INDIGENISTA (INI). **Etnografía contemporánea de los pueblos indígenas de México**. 1. ed. México: Instituto Nacional Indigenista, 1995, p. 9-59.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH). **Informe. Mujeres indígenas. Las Mujeres Indígenas y sus Derechos Humanos en las Américas**. Dinamarca: CIDH, aprobado el 17 abril de 2017. Disponible en: <https://oig.cepal.org/sites/default/files/mujeresindigenascidh.pdf> Acceso en: 15 mayo 2023.

CONSEJO ESTATAL DE POBLACIÓN DE SAN LUIS POTOSÍ (COSESPOS-LP). **Perfil sociodemográfico y socioeconómico de la población indígena en el estado de San Luis Potosí**. San Luis Potosí: Consejo Estatal de Población de San

Luis Potosí, 2021. Disponible en: [chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://slp.gob.mx/coespo/Documentos%20compartidos/AaPoblaci%C3%B3nInd%C3%ADgena\\_COESPO\\_2021.pdf](chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://slp.gob.mx/coespo/Documentos%20compartidos/AaPoblaci%C3%B3nInd%C3%ADgena_COESPO_2021.pdf) Acceso en: 18 abr. 2023.

COORDINACIÓN ESTATAL PARA EL FORTALECIMIENTO INSTITUCIONAL DE LOS MUNICIPIOS (CEFM), Gobierno del estado 2009-2015. **Monografías de los Municipios de México**: San Antonio. San Luis Potosí. Disponible en: [Monografia\\_SanAntonio\\_S.L.P..pdf](#). Acceso en: 10 jun. 2023.

GUERRERO GARCÍA, Diego Armando. Mujeres indígenas y derechos humanos. *In*: SANDOVAL JIMÉNEZ, I.; CONTRERAS BUSTAMANTE, R. **Derechos de los pueblos indígenas en México**. 1. ed. Tirant lo Blanch, 23 jun. 2023. p. 263-278.

HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, María del Pilar, Del acceso a la justicia de los grupos étnicos. *In* SCHROEDER CORDERO, Francisco Arturo, *et al.* **Derechos contemporáneos de los pueblos indios, justicia y derechos étnicos en México**, 1. ed. México: UNAM, 1992. p. 53-63. Disponible en: <file:///C:/Users/HP/Downloads/del-acceso-a-la-justicia-de-los-grupos-etnicos.pdf> Acceso en: 24 mayo 2023.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y GEOGRAFÍA (INEGI), **Catálogo Único de Claves de Áreas Geoestadísticas Estatales, Municipales y Localidades**. México: INEGI, 2020. Disponible en <https://www.inegi.org.mx/app/ageeml/>. Acceso en: 25 jun. 2023.

INSTITUTO NACIONAL DE LAS MUJERES (INMUJERES), **Desigualdad en cifras: Las mujeres indígenas en México**. INMUJERES, a. 8, n. 8, ago. 2022, México. Disponible en: [http://cedoc.inmujeres.gob.mx/documentos\\_download/BA8N08.pdf](http://cedoc.inmujeres.gob.mx/documentos_download/BA8N08.pdf) Acceso en: 20 de junio de 2023.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y GEOGRAFÍA (INEGI), **Encuesta Nacional sobre Discriminación (ENADIS)**. México: INEGI, 2022. Disponible en: [https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2023/ENADIS/ENADIS\\_Nal22.pdf](https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2023/ENADIS/ENADIS_Nal22.pdf) Acceso en: 09 jun. 2023.

OROZCO CARIBAY, P. A. **El régimen constitucional de la propiedad en México**. 1. ed. México: Tirant lo Blanch, 2022.

REGISTRO AGRARIO NACIONAL. **Listado que contiene la superficie de la propiedad social dividida por tipo y superficie**. Agrupación: Federal, estatal

**y municipal.** Datos abiertos. 2023. Disponible en: <https://datos.gob.mx/busca/dataset/datos-geograficos-de-las-tierras-de-uso-comun-por-estado/resource/2c79a4b0-e2b3-4d78-84af-67e898904b94>. Acceso en: 05 mayo 2023.

RESOLUCIÓN en el expediente de confirmación y titulación de bienes comunales del poblado Tocoy, Estado de San Luis Potosí. Diario Oficial de la Federación 05-07-1943. Disponible en: [https://www.dof.gob.mx/nota\\_to\\_imagen\\_fs.php?codnota=4576996&fecha=05/07/1943&cod\\_diario=196101](https://www.dof.gob.mx/nota_to_imagen_fs.php?codnota=4576996&fecha=05/07/1943&cod_diario=196101). Acceso en: 11 abr. 2023.

ULLOA ZIÁURRIZ, Teresa C. **La situación de las mujeres indígenas en México.** En Aportes Andinos Universidad Andina Simón Bolívar. Quito. Abril 2020. p. 1-2. Disponible en: <http://hdl.handle.net/10644/541> Acceso en: 25 mayo 2023.



# O CONTROLE INTERNO E A AFERIÇÃO DE CONVENCIONALIDADE PELO MINISTÉRIO PÚBLICO NO BRASIL

SÉRGIO TIBIRIÇÁ AMARAL<sup>1</sup>

MÁRIO COIMBRA<sup>2</sup>

---

## 1 INTRODUÇÃO

Abordou-se inicialmente as possibilidades de ampliação do controle interno de convencionalidade e a aferição realizada pelo juízes, desembargadores e ministros no Brasil, ou seja, o Poder Judiciário, mas também no Sistema. Mas, também se discorreu sobre as funções institucionais do Ministério Público nos casos de averiguação, ou seja, aquilo que se denominou “aferição” de convencionalidade que diverge do já consagrado controle, que interrompe a vigência da norma interna que conflite com

- 
- 1 Doutor e Mestre em Sistema Constitucional de Garantias pela Instituição Toledo de Ensino – ITE de Bauru. Professor do Mestrado e Doutorado da mesma instituição (ITE-Bauru). Mestre em Direito das Relações Sociais pela Unimar. Especialista em interesses difusos pela Escola Superior do Ministério Público-SP. Coordenador da Faculdade de Direito de Presidente Prudente / FDPP do Centro Universitário Antonio Eufrásio de Toledo e professor titular da disciplina de Teoria Geral do Estado e Direito Internacional e Direitos Humanos da FDPP. Membro da Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional e da Asociación Mundial de Justicia Constitucional E-mail: coord.direito@toledoprudente.edu.br
  - 2 Doutor em Sistema Constitucional de Garantias pela ITE de Bauru. Mestre em Direito Penal pela Universidade Estadual de Maringá. É especialista em proteção jurídica ao Meio Ambiente, Patrimônio Histórico, Urbanismo e Habitação pela Universidad de Castilha, La Mancha, Espanha. Professor de Direito de Processo Penal no Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. Professor e membro da Congregação da Escola Superior do Ministério Público. Promotor de Justiça do Estado de São Paulo. Email: mcoimbra@terra.com.br

um tratado de direitos humanos. Por meio do método dedutivo buscou-se reforçar a necessidade de que além Poder Judiciário interno, outros órgãos de todos os países que ratificaram o Pacto de San José da Costa Rica possam fazer internamente o trabalho de checagem das normas diante dos tratados de direitos humanos. A abordagem contempla o trabalho do Ministério Público, que nos países de língua espanhola são denominados de “Fiscalia”. Definiu-se dos tipos de checagem, sendo um o controle e o outra denominada ‘aferição’, ambos de convencionalidade. Os dois são importantes para os Estados membros do Pacto de San José, mas em especial para o Brasil. E que esses dois trabalhos sejam realizados internamente pelos órgãos partícipes do Judiciário e pelas funções essenciais à Justiça, como o Ministério Público para implementar a defesa e implementação dos direitos humanos previstos nos tratados. Isso principalmente devido ao caráter residual do Sistema Interamericano, regido pelo esgotamento dos recursos internos. Por esse caráter residual, para se recorrer há a necessidade do esgotamento, ou seja, em regra de sentença transitada em julgados que caracteriza o fim dos recursos internos. Estabeleceu-se uma mudança doutrinária e jurisprudencial importante na defesa dos direitos humanos com a participação de novos atores, como o “Parquet”. Por controle interno de convencionalidade entende-se a checagem das normas de um Estado com os tratados ou convenções de direitos humanos feitos dentro do próprio país, independente de qual órgão o exerça, com invalidação da norma. Já na aferição ocorre uma checagem, mas sem a invalidação da norma, como o trabalho feito com participação do Ministério Público. O artigo abordou essa mudança estrutural, extensiva e dinâmica dentro do progresso moral da humanidade e as suas consequências positivas destacando o princípio pro-humanidade. Demonstrou-se também às dificuldades do Sistema Interamericano, como a demora nos julgamentos e o índice elevado de rejeição de julgamentos pela Corte IDH.

Controle e aferição surgem a partir de uma base construída por meio da Convenção de Viena dos Direitos dos Tratados e pela Convenção Americana de Direitos Humanos, ambos tratados ratificados pelo Brasil, além do princípio pro-humanidade. Os direitos humanos ganham, inicialmente na construção jurisprudencial, uma nova proteção interna por meio da denominada aferição de convencionalidade, depois do controle internacional e do interno feito pelo juiz brasileiro. Mas, demonstra-se que há casos que o Ministério Público também realiza controle efetivamente.

Na averiguação que se chamou aferição pode ser feita, internacionalmente, na Comissão com as recomendações e Opiniões Consulti-

vas da Comissão e da Corte, permanecendo o controle nos julgamentos contenciosos da Corte IDH. Ainda em nível internacional há mais frequentemente a aferição nas Opiniões Consultivas no tribunal das Américas. Ressalte-se que nos dois tipos de Opiniões Consultivas na Comissão e na Corte IDH não há revogação uma norma interna.

Com construção da jurisprudência o Ministério Público torna-se parte desse controle e também a aferição de convencionalidade.

Demonstrou-se que as disposições previstas nos tratados, entre os quais o princípio pro-humanidade permitem, com base na evolução da jurisprudência da Corte IDH essa abordagem extensiva do controle e da aferição de convencionalidade nos casos do Inquérito Civil, Ação Civil Pública, Ação Penal e Ação Popular. A superioridade dos tratados é base para uma tese pela qual se entendeu que tanto o direito internacional dos direitos humanos como o direito constitucional brasileiro permitem esse tipo de nova função, como a propositura das ações constitucionais por parte do Procurador Geral da República para invalidar norma interna que viole uma convenção. Além disso, dentro das novas funções de controle interno pelo Ministério Público destacou-se o pedido de arquivamento de um inquérito penal com motivação num tratado de direitos humanos como controle, bem como a elaboração de um Termo de Ajustamento de Conduta que utilizou a confrontação das normas internas com os tratados de direitos humanos.

## 2 SISTEMA INTERAMERICANO

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos começa na Primeira Conferência Internacional Americana entre os anos de 1889 e 1890, em Washington, nos Estados Unidos. No entanto, sua criação efetiva surge no Século XX. Mas os debates de 18 países americanos reunidos dois anos criaram a “União Internacional das Repúblicas Americanas com finalidade de coleta e distribuição de informações comerciais”, com sede em Washington. Esta se converteu em “União Pan-Americana” e, posteriormente, surgiu a Secretaria Geral da OEA mostrando que há avanços na elaboração de tratados e também na defesa dos direitos humanos. O Brasil sempre esteve presente nas conferências, mesmo quando viveu a partir de 1964 um período de Ditadura Militar.

A Organização dos Estados Americanos que surge na Carta da OEA, segundo Fenwick (1965, p. 98-99) não criou uma nova entidade, mas

sim reorganizou as ideias de um grupo regional com problemas próprios para defender os direitos humanos. Essa questão da defesa é importante, pois com base neste princípio se defende a aferição de convencionalidade. Aliás, a ampliação da defesa de direitos se faz presente nos eventos.

Em 1948, na Nona Conferência Internacional Americana, realizada em Bogotá, na Colômbia, os 21 Estados adotaram três instrumentos internacionais: a Carta da Organização dos Estados Americanos (Carta de Bogotá), a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e Tratado Americano sobre Soluções Pacíficas. Esse tratado chamado de Pacto de Bogotá impôs às partes signatárias dirimirem seus conflitos de forma pacífica, colocando à disposição dos Estados-partes a Corte Internacional de Justiça. A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, por sua vez, elaborada antes mesmo da Declaração Universal, abriu caminho para o surgimento da Convenção Americana ao reconhecer o engajamento dos países na salvaguarda internacional dos direitos humanos.

Como ressalta Ramos (2005, p. 49), os direitos humanos representam um “conjunto de direitos e faculdades que garantem a dignidade da pessoa humana e se beneficiam de garantias internacionais institucionalizadas”.

E os direitos humanos configuram um apelo mais abrangente pois valeram-se de mecanismos internacionais que ultrapassam o poder soberano dos Estados para viabilizar aos direitos do homem de uma efetiva proteção, vez que as vicissitudes de cada localidade podem propiciar a violação do seu valor de dignidade.

Importante observar que, transmutando de sua versão original, a Carta da OEA passou por quatro reformas, sempre na busca de melhorar a proteção de direitos, a saber: Protocolo de Buenos Aires, em vigor desde 1970; Protocolo de Cartagena das Índias, vigendo desde 1988; Protocolo de Manágua, vigorando desde 1996; e o Protocolo de Washington, que entrou em vigor em 1997.

A finalidade do Sistema Interamericano foi coibir violação dos direitos humanos que pode ser feita por qualquer estado (Varela, 2016, p. 20) que tenha ratificado o Pacto de San José ou Convenção Americana. E o ingresso no Sistema ocorre por meio da Comissão Interamericana.

### **3 AS AFERIÇÕES NA COMISSÃO AMERICANA**

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos é um órgão diplomático ou político importante do Sistema regional (SIDH) que em

razão do desempenho de suas funções e competências contribuem para defender os direitos humanos. Sua função se consubstancia em receber e apreciar petições de violações de direitos e também emitir Opiniões Consultivas, sendo que nos dois casos há uma aferição da convencionalidade das espécies normativas primárias no caso do Brasil. Neste caso das Opiniões feitas pela Comissão estamos diante de aferição, quando a Comissão e a Corte IDH dizem ser inconvenção uma lei interna por meio de uma Opinião Consultiva, ou seja, por expediente sem força de res judicata. No caso não há invalidação da norma, pois a Comissão faz um tipo checagem da compatibilização vertical das normas internas frente aos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil e emite um posicionamento, que pode ou não ser aceito. Há um tipo exame de convencionalidade, ou seja, uma aferição em nível internacional no âmbito das competências do órgão, mas não há como característica principal uma declaração de invalidação da norma interna.

Composta por sete pessoas eleitas pela OEA, a título pessoal, cuja autoridade moral e o domínio sobre direitos humanos sejam notoriamente reconhecidos, tem sede em Washington (EUA). Os comissionados desempenham suas atividades por um período de 4 (quatro) anos e não representam os Estados-partes da OEA.

Segundo Valério de Oliveira Mazzuoli há uma função importante que é um gênero chamado exame de convencionalidade, que se divide em controle de convencionalidade e aferição, sendo está presente que quando não há a invalidação da norma brasileira por violação de um tratado de direitos humanos. Mas, há apenas uma indicação de que a norma interna é inconvenção e se pede ao Judiciário que faça a revogação da norma interna. O controle de convencionalidade guarda um paralelo com o controle de constitucionalidade, sendo que em ambos trabalhos levam em conta a supremacia de uma norma em relação as demais, mas a base da inconvenção não atinge o plano da eficácia, mas sim o plano da vigência.

Outro aspecto importante para reforçar que o trabalho da Comissão é mesmo de aferição é a base jurídica, pois o órgão que antecede o próprio Pacto de San José, busca a defesa dos direitos humanos. A OEA, quando da elaboração de seu diploma, estabeleceu a norma fundante da Comissão e condicionou suas atividades à elaboração da Convenção Americana de Direitos Humanos. *Ipsis litteris*, dispõe o art. 106 da Carta de Bogotá (Mazzuoli, 2009, p. 252). Por outro lado, a base do controle é, inicialmente, o Pacto de San José.

O Sistema Interamericano expressamente determina que todas as petições ou comunicações sejam enviadas, inicialmente, à Comissão, a qual realiza um juízo de admissibilidade sobre o caso. Há um importante requisito de admissibilidade, que é importante para ressaltar a importância do controle interno de convencionalidade.

Trindade (1997, p. 23) na sua obra “O esgotamento de recursos internos no direito internacional”, explica o caráter residual e o princípio do esgotamento. Portanto, o controle e a aferição internacionais de convencionalidade depende do esgotamento dos recursos internos.

Trata-se de uma garantia ao Estado reclamado que terá prioridade na efetivação dos direitos humanos. A regra comporta exceções com base no art. 46, §2º do Pacto conforme se verifica nos casos hondurenhos perante a Corte IDH (Velásquez Rodríguez, Godínez Cruz, Fairén Garbi e Solís Corrales) e nos casos peruanos (Martín Hipolito Bellido Canchari e Felipe Huaman Palomino), argentino (Osvaldo Antonio López) e nicaraguenses (Macias e *La Polvora*) perante a Comissão IDH.

#### **4 A CORTE IDH E SEUS PROBLEMAS ESTRUTURAIS**

A Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) é um dos três tribunais de proteção aos direitos humanos em nível mundial, junto com a Corte Europeia e a Corte Africana. Sua função base assegurar, interpretar e aplicar os direitos humanos contidos na Convenção Americana sobre Direitos Humanos e nos demais tratados regionais que servem de parâmetro para os chamados exames de convencionalidade (Bonilha, 2014, p. 591-627), que se dividem em controle e aferição. A Corte IDH tem uma função contenciosa de julgar casos concretos e ainda uma consultiva, de interpretar os tratados e convenções, além de outra de ditar medidas provisórias também como função judicial. O controle se dá nos casos contenciosos, mas os problemas são a demora dos julgamentos e o número pequeno de casos analisados, além da necessidade do esgotamento dos recursos internos nos julgamentos contenciosos. Mas, sobre a temática de controle e aferição dentro da checagem, o trabalho é diferente.

Na interpretação dos tratados solicitados por meio de uma Opinião Consultiva há uma aferição, enquanto que as medidas provisórias, em tese, suspendem provisoriamente uma norma interna que afronta um tratado internacional. Para reforçar esse entendimento há possibilidade

de opiniões sobre projetos de lei, o que reforça a ideia de uma aferição, pois a legislação sequer existe.

A finalidade do controle ocorre nos julgamentos contenciosos nos casos denunciados, nos quais a Corte precisa aplicar o referido tratado e declarar inválida uma norma interna. As bases para controle são os tratados da OEA, jurisprudência da Corte e até mesmo para as convenções no âmbito das Nações Unidas, como no caso *Massacre de Santo Domingo vs. Colômbia*, que usou as Leis de Genebra.

Os problemas são muitos e vão desde uma demora de em média oito anos para uma sentença e também um grau grande de rejeição das demandas contenciosas enviadas pela Comissão. Há ainda outro problema, pois dos 35 países que integram a OEA, apenas 22 ratificaram a competência contenciosa da Corte. Entre os que não ratificaram estão os Estados Unidos da América do Norte e Canadá, enquanto que Trinidad e Tobago e Venezuela deixaram de participar do tribunal.

Trata-se de um órgão jurisdicional autônomo que fica em San José da Costa Rica criado pelo Convenção Americana ou Pacto de San José em 1969, vigorando desde julho de 1978, com o depósito de seu 11º instrumento de ratificação. O Brasil tardiamente adotou a Convenção Americana, engajando-se apenas em 25 de setembro de 1992, quando o governo brasileiro depositou sua carta de adesão ao pacto por meio do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, ocasião em que foi promulgado e depositado.

A sua organização está disposta no art. 52 e seguintes da Convenção ou Pacto e o tribunal das Américas conta com sete juízes nacionais dos estados membros, sendo eles todos eleitos com um mandato de seis anos de acordo com o Pacto San Jose nos artigos 34 e 36 respectivamente. Os magistrados são eleitos a título pessoal entre juristas da mais alta autoridade moral, de reconhecida competência em matéria de direitos humanos, que reúnam as condições requeridas. Não deve haver dois juízes da mesma nacionalidade e tem mandato de seis anos, sendo que só poderão ser reeleitos uma vez. O quórum para julgamentos é de cinco juízes (art. 56) e as decisões serão tomadas pela maioria dos juízes presentes. Em caso de empate, o Presidente terá o voto de qualidade, segundo o artigo 23 do Estatuto.

Para Mazzuoli (2009, p. 198), “trata-se de um tribunal com caráter *supranacional*, capaz de condenar os Estados-partes na Convenção Americana por violação de direitos humanos”. Flávia Piovesan (2000, p. 220) discorre sobre duas atribuições distintas sendo uma contenciosa e

outra consultiva, enquanto que Sérgio García Ramirez (2008) afirma que existem outras competências de fato.

A função jurisdicional ou contenciosa da Corte IDH é regida pelas disposições dos artigos 61, 62, e 63 da Convenção. E sua função consultiva se rege pelas disposições do artigo 64 da Convenção. Tratando da competência contenciosa, o art. 61 da Convenção estabelece que apenas aos Estados-partes e a Comissão Interamericana têm direito de submeter um caso à decisão da Corte, enquanto o artigo 62 da Convenção traz que a competência é para: “I – Interpretar disposições incorporadas pela Comissão Americana; II – Aplicar a Convenção”.

Ernesto Ray Cantor (2010, p. 27) revela que as sentenças apresentam peculiaridades e afirma que por vezes são necessárias medidas cautelares, antes das decisões de mérito, quando diante de situações emergenciais que necessitam de atuação prévia, incluindo um tipo de controle de convencionalidade. Essas medidas podem determinar que o Estado suspenda temporariamente uma lei interna contrária aos tratados internacionais de direitos humanos.

## **5 O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NA CORTE IDH**

Em nível do Sistema Interamericano surge inicialmente o controle de convencionalidade na Corte IDH, que faz parte gênero exame, como no caso *Gomes Lund vs. Brasil*, com a invalidação de uma norma determinada interna pelo tribunal das Américas. com base nos tratados de direitos humanos da OEA. Na Corte IDH há uma função principal controle de convencionalidade (Velandia Canosa; Beltran Grande, 2014, p. 14), que no caso ocorre nos julgamentos contenciosos, além da citada Opinião Consultiva citada anteriormente. Esta última não tem o mesmo efeito, pois não declara uma norma inválida. As sentenças sim, pois retiram do ordenamento ou expurgam seus efeitos jurídicos. A Opinião é um tipo de avaliação. O controle é a função de confrontar e retirar ou invalidar uma norma. Segundo, Mazzuoli haveria um gênero denominado de checagem de convencionalidade com as espécies aferição e controle.

O pioneiro no Brasil no controle de convencionalidade, Valério de Oliveira Mazzuoli (2013, p. 5) afirma que o controle de convencionalidade das leis é a compatibilização da produção normativa doméstica com

os tratados de direitos humanos ratificados pelo governo e em vigor no país, acrescentando a invalidação.

Com base no modelo europeu, o controle jurídico internacional presente na Corte IDH foi construído com a colaboração do magistrado Sérgio García Ramírez, sendo exposto na jurisprudência. A importação e adaptação do modelo europeu para o controle regional é denominado “cross fertilization”.

A denominação “controle de convencionalidade” foi usada inicialmente pelo Conselho Constitucional Francês na decisão 74-54 DC, de 1975, quando se submetera à sua análise a constitucionalidade de lei que versava sobre a possibilidade de se interromper voluntariamente a gestação, no entanto, o paradigma de confronto – o “direito à vida” do nascituro, encontrava-se previsto não na Constituição, mas no artigo 2º da Convenção Europeia de Direitos Humanos, ratificada e reconhecida pelo Estado francês.

A jurisprudência do tribunal europeu fica clara num voto no julgamento *Tibi vs. Equador*, de 7 de setembro de 2004 feito pelo magistrado Sérgio García Ramírez justificando a função de controle de constitucionalidade. O voto busca conciliar essa atividade com a ordem internacional reconhecida pela Convenção fundadora da jurisdição interamericana aceita pelos Estados partes dentro do seu Poder Soberano.

As sentenças pioneiras no controle de convencionalidade começam com *Almonacid Arellano vs. Chile*, mas passam por outras decisões: *Lacayo vs. Nicarágua*, *Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*, *Myrna Chang vs. Guatemala*, *Almonacid Arellano vs. Chile*, entre outros constantes na jurisprudência e que vieram avançando na construção como nos casos *Blake vs. Guatemala* de 1996, *Boyce y otros vs. Barbados* (2007), *Radilla Pacheco vs. México* de 2009, e outros.

Por outro lado, há a aferição feita pela Corte IDH que inclusive sinaliza uma outra possibilidade de análise na qual os juízes e tribunais nacionais devem exercer essa atividade, como patente na Opinião Consultiva 22/16<sup>3</sup>, que trata da titularidade das pessoas jurídicas no sistema interamericano, com interpretação sobre o alcance do artigo 1.2, em relação aos artigos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46 e 62.3 do Pacto, assim com o artigo 8.1 “A” e “B” do Protocolo de San Salvador.

Em alguns Estados existem normas nomeadas de “*enabling legislation*” e que visam facilitar a efetuação das sentenças dos Tribunais Inter-

3 Opinión Consultiva OC 22/16 de 26 de febrero de 2016. Seria A. No. 22, par 26. Estabelece um dever

nacionais, cumprindo integralmente a questão de indenizações, todavia tendo uma falha na realização de investigar, punir e condenar aqueles que infringiram a Convenção Americana (Krsticevic, 2009, p. 40).

Para Nestor Pedro Sagúes (2015, p. 348), houve um trabalho de aproveitamento dos julgamentos europeus e adaptações por meio dos votos de Sérgio García Ramirez com participação de Antônio Augusto Cançado Trindade.

A base desse controle está no Capítulo I da Convenção se dedica exclusivamente à “Enumeração dos Deveres”, tornando-se válida a transcrição do art. 2º sobre o “Dever de adotar disposições de direito interno”:

Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades. (grifo nosso)

A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 (CVDT), que foi ratificada pelo Brasil trouxe um importa aporte para que as normas do direito interno obedeçam aos tratados, em especial os de direitos humanos que fazem parte do chamado “jus cogens”. A referida convenção foi promulgada em 23 de maio de 1969 foi promulgada pelo Decreto n. 7.030, de 14 de dezembro de 2009. No título denominado “Direito Interno e Observância de Tratados”, o artigo 26 afirma que uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado e também traz o princípio da boa-fé. Portanto, os tratados de qualquer natureza que foram ratificados pelo País têm uma posição hierárquica superior no conflito com as normas internas. Os artigos 26 e 27 trazem as regras sobre a observância dos tratados aos quais o país torna-se signatário e deve cumprir de boa-fé.

Essa posição de supra legalidade é reforçada pelo artigo 98 do Código Tributário Nacional, Lei 5.172/66, que estabelece: “Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, serão observados pela que lhes sobrevenha”. Portanto, na questão tributária fica patente que os tratados dessa natureza prevalecem no caso concreto diante das leis complementares.

Outro fundamento importante é um princípio do Pacto, que também está na Lei Maior brasileira chamado de princípio “pro-humani-

dade”<sup>4</sup> previsto no artigo 4. 4o, inciso II, que estabelece prevalência dos direitos humanos como vetor de interpretação para o Estado brasileiro em suas relações internacionais. Utilizar-se da prevalência desse princípio nas relações internacionais seria utilizar o direito que for mais eficaz e eficiente presente na Constituição ou num tratado de direitos humanos. Trata-se da preponderância que deve se inclinar àquele dispositivo que se mostrar mais benéfica ao gênero humano.

A Emenda Constitucional nº 45/2004 trouxe o § 3º ao art. 5º da Constituição, na qual os tratados de direitos humanos aprovados pelo quórum qualificado (4 votações de 3/5) passassem a ser equivalentes às emendas constitucionais, o que possibilitou o controle concentrado abstrato de normas tendo como paradigmas exclusivamente os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil. O primeiro foi a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, aprovada em Nova York em 30 de março de 2007, e ratificada pelo Decreto nº 6.949/2009. Desde sua incorporação no Brasil na condição de equivalente à emenda, foi possível ao Procurador-Geral da República aferir, sponte sua, a inconveniência da Lei nº 8.742/93 (Lei de Organização da Assistência Social – LOAS). Na defesa dos interesses sociais das pessoas com deficiência, propôs a ADPF 182, em que defendeu que o art. 20, § 2º, da norma não havia sido recepcionado pela Convenção da ONU.

O Procurador-Geral da República propôs a ADPF 182, solicitando que fosse concedido o Benefício de Prestação Continuada (BPC) às pessoas com deficiência conceituadas na Convenção de Nova York, que prevê um espectro maior de proteção a essa categoria de pessoas em relação ao artigo 20, § 2º, da Lei 8.742/93. A alegação é de que a lei interna não havia sido recepcionado pela Convenção.

O máximo mandatário do Ministério Público exerceu, por sua iniciativa própria, um tipo de aferição de conveniência concentrada ou abstrata. Foi a pioneira ação de controle concentrado de conveniência proposta no Brasil, mas que não foi julgada pois perdeu o seu objeto, tendo em vista que a Lei nº 12.470/11, alterou o art. 20, § 2º, da

---

4 Este princípio é uma técnica hermenêutica por meio da qual o aplicador do direito deve optar pela norma mais ampla ou pela interpretação mais extensa quando diante de uma situação na qual é necessário reconhecer direitos ou pela norma ou interpretação mais restrita quando o caso impuser obstáculos ao exercício de direitos. Confunde-se com qualidade principal dos direitos humanos, qual seja, estar sempre a favor do ser humano.

Lei nº 8.742/93. Essa legislação atribuiu às pessoas com de deficiência o exato conceito previsto pela Convenção de Nova York.

Depois, a Lei n. 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência) manteve o mesmo entendimento e a conformidade conceitual de “pessoa com deficiência” com o que previsto pela Convenção internacional, o que levou o STF a arquivar a ADPF por perda superveniente de seu objeto. Entende-se que houve um tipo de controle legislativo de convencionalidade da referida Lei.

## 6 O CONTROLE INTERNO DE CONVENCIONALIDADE

O controle de interno de convencionalidade é a confrontação das espécies normativas primárias diante dos tratados de direitos humanos tendo como resultado o afastamento ou invalidação de uma lei. Mas, esse controle deve ser feito não apenas pelo Poder Judiciário Brasileiro, mas também pelo Ministério Público. Em todas às análises feitas numa confrontação no controle, o resultado vai declarar a invalidade de uma norma que confronte um tratado de direitos humanos.

Qualquer juiz ou tribunal no âmbito interno, pode exercer esse controle de convencionalidade que por alcançar diretamente o Supremo Tribunal Federal por meio das ações constitucionais, como a Ação Direta de Inconstitucional, a Ação Declaratória de Constitucionalidade ou Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. No entanto, qualquer juiz de primeira instância ou tribunal denominado de “não superiores” no Brasil, sempre por maioria absoluta de votos no caso dos órgãos colegiados, pode no caso concreto declarar a norma invalida interna invalida com base num tratado de direitos humanos. São considerados tribunais dessa natureza os tribunais de justiça dos Estados-membros e também os tribunais regionais do trabalho.

É o que ocorreu no julgamento do caso sobre a prisão civil por dívida, ao qual o Supremo Tribunal Federal entendeu a prevalência das normas da Convenção sobre o Código Civil. No Brasil, a proibição da prisão civil do depositário infiel prevista como possibilidade no art. 5 LXVII confronta com o art. 7.7 da Convenção foi o início desse tipo de controle no qual qualquer Juiz ou Tribunal do Brasil pode não aplicar uma lei que confronta a Convenção Americana dos Direitos Humanos, dando aplicação direta ao tratado.

O Supremo apreciou o Recurso Extraordinário n. 466.343-SP, em 3 de dezembro de 2008 revogando por incompatibilidade o artigo 652 do Código Civil, que previa a prisão civil do depositário infiel. Portanto, o STF revogou o direito civil nacional e em seu lugar aplicou a Convenção, depois de uma confrontação entre ambos, num caso concreto. Trata-se de uma decisão pro-humanidade, que protegeu os direitos humanos, mas usou a supra legalidade como se vê na verificação da hierarquia das normas na análise do julgamento do RE- 466.343-1/SP. O Tribunal Maior do Brasil entendeu que os tratados de direitos humanos estão abaixo da Constituição e acima das leis ordinárias, optando pela supra legalidade.

No chamado “leading case” do controle interno brasileiro havia discussão sobre a possibilidade da prisão civil do depositário infiel, com previsão infraconstitucional com base no artigo 5º, LXVII, preceituando: “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”.

René Moreno Alfonso define controle de convencionalidade, como a confrontação que se faz das normas e atos do direito interno com os tratados de direitos humanos, em especial a Convenção Americana dos Direitos Humanos para verificar sua salvaguarda ou proteção (Moreno Alfonso, 2011, p. 32). No caso, controle interno é essa atividade de invalidação feita no Brasil por diversos instrumentos.

Para o colombiano Ernesto Rey Cantor (2010, p. 47), se trata de um exame de confrontação normativa material do direito interno com as normas internacionais, no qual cabe “ação ou omissão”, mas pelos juízes dos países membros do Pacto.

Fez-se a opção de utilizar a denominação de controle interno, pois no Brasil existe um controle difuso de constitucionalidade e também de convencionalidade que é feito por qualquer juiz o tribunal, sendo realizado pelas cortes, que precisam da maioria absoluta, chamada de reserva de plenário. Esse controle difuso, por sua vez, pode ser feito pelo Supremo Tribunal Federal, em grau de recurso mas tem como parâmetro a Constituição, com a invalidação das normas que contrariam a Lei Maior. Trata-se de uma espécie, pois o controle pode ser feito por outros órgão nos casos concretos, como num Termo de Ajustamento de Conduta por exemplo. Por outro lado, por disposição constitucional o controle interno concentrado de convencionalidade somente pode ter como parâmetros um tipo especial de tratados.

Por isso fez-se a opção de utilizar “controle interno de convencionalidade”, pois esse gênero pode ser feito em grau de recurso ou mesmo com as ações constitucionais como ADIN, ADC e ADPF diretamente no Supremo. Mas o caso das ações apenas para os tratados de direitos humanos aprovados com quatro votações de 3/5, sendo duas em cada casa do Congresso.

O controle interno de convencionalidade transforma os juízes e tribunais brasileiros e também os judiciários nacionais dos Estados em magistrados internacionais, mas permite que o Ministério Público faça esse trabalho. Permite que os magistrados, desembargadores e ministros nacionais possam fazer controle e ampliam à cobertura de proteção dos direitos humanos.

Alfonso Jaime Martínez Lazcano (2013, p. 54) afirma que todos os juízes estão aptos a realizar essa importante função, enquanto que Eduardo Andrés Velandia Canosa (2013, p. 198) revela que as normas constitucionais são ampliadas com a Convenção Americana dos Direitos Humanos se referindo a um bloco de constitucionalidade na Colômbia.

No entanto, existem muitas dificuldades para a aplicação do controle interno ou difuso na maioria dos países das Américas, em especial pela falta de conhecimento doutrinário.

## **7 AVANÇOS PARA AFERIÇÃO**

Há, sem dúvida, avanços nas interpretações doutrinárias que surgem com as sentenças da Corte IDH, entre as quais as que apontam que há necessidade de utilização de outros atores, além dos juízes dos Estados para efetivar os direitos previstos nos tratados de direitos humanos. Surgem com os avanços interpretativos doutrinários, a legitimação para efetivar a aferição e o controle de convencionalidade por parte de órgãos como Ministério Público do Brasil, que apesar das divisões de atuação é órgão único e indivisível. Há no Brasil em nível federal: Ministério Público Federal; Ministério Público do Trabalho; Ministério Público Militar; Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Além disso há o Ministério Público de cada um dos Estados-membros.

Esses órgãos realizam a compatibilização das normas domésticas com os tratados de direitos humanos vigentes no Brasil, mas é necessário dividir esse trabalho em duas tarefas. Necessário diferenciar o que se compreender por aferição e por controle de convencionalidade das leis, certo de que são institutos distintos, embora parecidos. Há alguns casos

em que o Ministério Público apenas aferirá a convencionalidade das leis, com seus desdobramentos e há casos nos quais haverá propriamente um controle dessa mesma convencionalidade.

Quando o Ministério Público apenas “afere”, seja por provocação ou por iniciativa própria a convencionalidade das leis internas, deixando a cargo do Poder Judiciário a resolução completa da questão jurídica, estamos diante de um tipo de checagem na qual o órgão ministerial apenas sugere.

Por exemplo, o Procurador-Geral da República entrou no Supremo com uma Adin 4.424/DF, visando conferir interpretação conforme à Constituição aos arts. 12, I, 16 e 41 da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), para o fim de que o crime de lesões corporais consideradas de natureza leve, praticados contra a mulher em ambiente doméstico, se processasse mediante ação penal pública incondicionada (v. item, I, § 2º, A, supra). O chefe do Ministério Público da União, além de fundamentos constitucionais, realizou a aferição de convencionalidade do direito interno, demonstrando que a exigência legal de representação da vítima para a persecução penal e a responsabilização do seu agente agressor estava a desrespeitar o disposto no art. 5 (1) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que assegura a todos os indivíduos “o direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.

No entanto, há outra hipótese na qual o Parquet faz o “controle” de convencionalidade, no âmbito das suas respectivas competências delimitadas pela Constituição e pelas leis nacionais. Os avanços jurisprudenciais são as sentenças e também se justifica essa ampliação os variados problemas do controle internacional no Sistema Interamericano. Dentre às dificuldades pode ser destacada a demora dos julgamentos na Corte IDH, em torno de oito anos. Além disso, há um grande número de casos enviados pela Comissão que não são aceitos pela Corte IDH.

A doutrina pioneira de Valério de Oliveira Mazzuoli tem apontado as possibilidades de crescimento no exercício da checagem no controle interno, com a presença do Ministério Público e da Defensoria.

Os julgamentos do tribunal das Américas incentivam a ampliação da estrutura de defesa dos direitos humanos, mas o pioneirismo de Valério de Oliveira Mazzuoli em “Ciclo de Palestras” da Toledo Prudente Centro Universitário na conferência “on line”<sup>5</sup>, traz uma construção bem elaborada, a qual podem ser acrescentados alguns dispositivos.

---

5 Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=29vYUjx4rp0>.

As sentenças da Corte são sempre os “passos legislativos iniciais, tomados por poucos Estados-Partes da Convenção Americana até o presente momento, no propósito de assegurar o seu fiel cumprimento no plano do direito interno” (Cançado Trindade, 1999, p. 29). Mas, a jurisprudência e os próprios votos de Antônio Augusto Cançado Trindade comprovam as necessidades de avanços.

Para Alfonso Jaime Martinez Lazcano (2014, p. 79) essa ampliação tem respaldo do tribunal das Américas e o direito interamericano passa a ser fonte formal direta do direito nacional.

*Almonacid Arellano e outros vs. Chile*, em 26 de setembro de 2006 na Corte IDH traz o controle de convencionalidade como um dever dos juízes dos Estados parte. Segundo Valério de Oliveira Mazzuoli, há novos órgãos, pois Ministério Público e Defensoria Pública podem realizar funções de checagem, aferição e controle.

A diferença da aferição e o controle repousa essencialmente no resultado, pois no caso do controle de convencionalidade, a norma é declarada inválida. O exemplo é o dispositivo do Código Civil brasileiro que previa a prisão civil do depositário infiel.

A aferição, por sua vez, se dá sem a invalidação da norma. Portanto, o trabalho de checagem é bastante semelhante ao trabalho feito internacionalmente nas Opiniões Consultiva da Corte e Comissão, como visto anteriormente, que não retira os seus efeitos jurídicos por inconveniência.

O Ministério Público, dentro das suas atribuições, está entre os legitimados constitucionalmente, exclusivamente pelo Procurador Geral da República, a proposição da Ação Direta de Inconstitucionalidade, da Ação Declaratória de Constitucionalidade e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, nos dispositivos das Leis nº 9.868/99 e nº 9.882/99. No caso, o órgão ministerial pediria a invalidação da norma infra constitucional por violação à uma convenção internacional de direitos humanos. Trata-se no controle abstrato de convencionalidade, o qual é uma competência concorrente disjuntiva, pois também há outros legitimados como o Presidente da República, a Mesa da Câmara do Deputados, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador do Estado ou do Distrito Federal, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, os partidos políticos com representação no Congresso Nacional e as confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional (CF,

art. 103). Mesmo que não seja o autor da ação, o Procurador Geral da República se manifestará como fiscal da ordem jurídica, manifestando-se como custos juris, e, ao ser provocado, deve aferir a convencionalidade da norma questionada, sempre no cumprimento de suas funções institucionais estabelecidas pela Constituição.

Valério Mazzuoli ressalta que o Ministério Público do Brasil pode controlar a constitucionalidade em alguns casos, mas aborda-se inicialmente a aferição, que não invalida uma norma no confronto um tratado, mas se manifesta nesse sentido.

A base dessa atividade do órgão ministerial vem do julgamento do *Gelman vs. Uruguai*, que se refere às violações dos direitos fundamentais de Maria Claudia García Iruretagoyena Gelman (Maria C. Gelman) em decorrência de seu desaparecimento forçado, ocorrido no final de 1976, e a supressão da identidade de sua filha María Macarena Gelman Garcia Iruretagoyena, no âmbito da “Operação Condor”.

A sentença traz a figura jurídica do “custus juris”, que tem de se manifestar nas ações, dando um parecer, ou seja, pode aferir a convencionalidade. A sentença traz o dever do Ministério Público de realizar essa função de aferição.

São as hipóteses de aferição quando o órgão foi provocado dentro das suas funções típicas para defesa da ordem jurídica, entre outros. O fundamento está no artigo 127, com a defesa da ordem jurídica, pois quando guarda e defende a ordem jurídica e o regime democrático deve aferir se a norma que está sendo discutida no caso concreto encontra seu fundamento de validade nos tratados e na jurisprudência da Corte IDH.

A Lei da Ação Civil Pública, n. 7.347, de 24 de julho de 1985, tem como base a responsabilização por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. Trata-se da defesa dos direitos transindividuais, com legitimidade para o órgão propor a ação, sendo que a tese para a defesa desses bens pode ser um tratado de direitos humanos, o que configura a aferição. A petição aponta que há uma violação à um tratado.

A ação principal e a cautelar poderão ser propostas pelo Ministério Público, pela União, pelos Estados e Municípios. Poderão também ser propostas por autarquia, empresa pública, fundação, sociedade de economia mista ou por associação.

O Parquet defende ainda o regime democrático e se não for proponente, na defesa da ordem jurídica, deve atuar como interveniente

no processo, inclusive podendo solicitar a produção de provas. Dentro do devido processo terá vista dos autos, após as partes, sendo que nessa oportunidade deverá o MP checar a compatibilidade com tratados ratificados pelo Brasil. Deverão, portanto, os promotores e procuradores aferirem se a lei está de acordo com os tratados e a jurisprudência e até mesmo Opiniões Consultivas

Na análise do mérito, esse órgão essencial à Justiça, por meio dos seus membros devem se posicionar pelo afastamento também no caso da norma conflitante com o Pacto de San José, por exemplo. O Parquet se manifesta nos autos pela incompatibilidade de uma norma interna, numa análise com tratado de direitos humanos, que, por exemplo, sejam mais benéficos em relação à legislação interna, utilizando do princípio pro-humanidade. A justificativa neste caso de aferição da opção pelo tratado é que a tutela internacional é melhor, mas benéfica. Essa construção doutrinária há em outros países, como no México.

Alfonso Jaime Martinez Lascano (2014,p. 77) cita uma contribuição mexicana da “La SCJN” de 14 de julho de 2011, do denominado “Expediente varios 912/2010”, que traz o controle de convencionalidade ex officio como um modelo do modelo chamado de controle difuso de acordo com a Constituição do México, pelo qual todas as autoridades do país, dentro do âmbito das competências estão obrigadas a vela pelos direitos humanos que estão nos instrumentos internacionais, adotando a interpretação do direito mais favorável, pelo princípio pro persona.

## **8 A AÇÃO POPULAR**

Na Ação Popular na aferição de convencionalidade ocorre o mesmo fenômeno jurídico de checagem, em decorrência do próprio objeto da lide. A referida ação é o instrumento ou “o meio processual a que tem direito qualquer cidadão que deseje questionar judicialmente a validade de atos que considera lesivos ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultura”. O Ministério Público é parte legítima e deve participar, podendo aferir a convencionalidade ou não de norma ou ato normativo. Mas, não existe declaração de invalidade, mas uma manifestação, pois o órgão ministerial apenas opinou sobre a inconventionalidade. Disse nos autos que o tratado deve prevalecer e tomou posição em favor da convenção, pois pode ser o autor ou sofre uma intimação para intervir.

O Ministério Público será intimado para, no prazo de 30 (trinta) dias, intervir como fiscal da ordem jurídica nas hipóteses previstas em lei ou na Constituição Federal e nos processos que envolvam: I - interesse público ou social; III - litígios coletivos pela posse de terra rural ou urbana.

No caso do Código de Processo Civil, o Ministério Público pode atuar como “custos legis” cujo significado é guardião da lei ou fiscal da correta aplicação da lei, como um verdadeiro defensor da sociedade.

O artigo 178 do CPC, a Lei 13115/15: “O Ministério Público será intimado para, no prazo de 30 (trinta) dias, intervir como fiscal da ordem jurídica nas hipóteses previstas em lei ou na Constituição Federal e nos processos que envolvam: I - interesse público ou social; II - interesse de incapaz; III - litígios coletivos pela posse de terra rural ou urbana”.

O que justifica essa intervenção é a Lei Maior nos casos de defesa do bem comum. Como órgão interveniente terá que verificar a ordem jurídica como um todo, sendo que os tratados de direitos humanos fazem parte.

O órgão ministerial tem que se manifestar se há compatibilidade da lei interna com arcabouço dos tratados, em especial interesses indígenas e povos originários, como os quilombolas. São dois grupos afeitos ao Ministério Público Federal, com base é o artigo 232 da Constituição: “Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo”

Portanto, um dever previsível de se manifestar sobre a jurisprudência da Corte sobre terras ancestrais e território coletivos

Por vontade própria, o Procurador Geral da República e não a instituição, tem um dever funcional de propor o controle concentrado de constitucionalidade, extensivo ao controle de convencionalidade no âmbito o Supremo Tribunal Federal.

No caso dessa função de controle abstrato de norma, os parâmetros de confrontação são apenas os tratados que foram aprovados por quatro votações de 3/5, que são equivalentes às emendas.

A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e o Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007, aprovados pelo Congresso Nacional através do Decreto Legislativo n° 186, de 9 de julho de 2008, e promulgados em 25 de agosto de 2009, através do Decreto n° 6.949, de 25 de agosto de 2009, passaram a ter o status de Emenda Constitucional por força do no §3° art. 5° da Carta de 1988.

O outro aprovado em nível de emenda é o Tratado de Marraquexe para facilitar o acesso a obras publicadas às pessoas cegas, com deficiência visual ou com outras dificuldades para aceder ao texto impresso, assinado em 28 de junho de 2013, mas já ratificado.

Além disso, outro tipo de aferição é feito novamente pelo Procurador Geral da República que se manifesta quando não é o autor das ações de controle concentrado. A manifestação exclusiva do chefe do órgão federal pode configurar uma aferição.

## **9 AÇÃO CIVIL, INQUERITO CIVIL E TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA**

O julgamento da Corte IDH no caso *Gelman vs. Uruguai* reconheceu a legitimidade do membro do Ministério Público para exercer o controle de convencionalidade. A partir disso, a doutrina buscou nas atividades funcionais dos órgãos àquelas funções que poderiam configurar o exercício dessa função, visto que há possibilidades diferentes e participações distintas que vão desde propor ações até a propositura de arquivamento do Inquérito Civil por exemplo. Além disso, há atividades que são exclusivas do Procurador Geral da República e do Procurador Geral do Estado.

A base para esse controle também tem escopo no julgamento da Corte IDH *Liakat Ali Alibux vs. Suriname* (sentença de 30.01.2014, Série C, n. 276, § 124.) no qual fica claro que o Pacto de San José não estabelece um modelo a ser seguido pelos Estados para a realização do controle de convencionalidade, obrigação a ser observada por todos os órgãos vinculados à administração da Justiça, em todos os seus níveis. Há outra sentença da Corte IDH importante envolvendo o Brasil na qual está o dever de controle de convencionalidade imposto a todos os órgãos do sistema de justiça criminal do Brasil. A sentença da Corte IDH ocorreu no caso *Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil*, julgado em 20 de outubro de 2016, que reconheceu a imprescritibilidade do crime de redução à condição análoga à de escravo, previsto pelo artigo 149 do Código Penal brasileiro. No dispositivo do tribunal das Américas fica claro o dever de controle de convencionalidade.

Há possibilidade de o Ministério Público controlar propriamente a convencionalidade das leis (casos extraprocessuais), quando a sua atuação funcional tem como pressuposto e justificativa a realização do referido controle. Tais casos são ligados à atuação ministerial no âmbito de procedi-

mentos investigatórios destinados à tutela de interesses de ordem metaindividual e à análise de inquéritos policiais e de procedimentos de investigação criminal, destinados a embasar a promoção da ação penal pública.

Discorre-se agora sobre controle com a invalidação de uma norma interna oriunda da confrontação diante de um tratado de direitos humanos. Trata-se de uma função que se impõe, uma vez que o próprio Estado brasileiro ratificou a jurisdição do tribunal interamericano e deve seguir o entendimento do tribunal das Américas.

O Ministério Público Federal fez controle de convencionalidade de norma federal em compatibilização com a Convenção sobre o Direito das Pessoas com Deficiência, norma introduzida ao ordenamento nos termos do art. 5º, § 3º, da Constituição, promulgada pelo Decreto nº 6.949/2009. Foi celebrado um Termo de Ajustamento de Conduta com a Associação Brasileira de Editoras de Livros Escolares (Abrelivros), fundamentado nos artigos 2º e 21 da Convenção, que impõem obrigação aos Estados-partes de adotarem medidas apropriadas para assegurar às pessoas com deficiência o direito de buscar, receber e compartilhar informações, em igualdade de oportunidade com as demais pessoas. À luz das normas convencionais previstas no primeiro aprovado em nível de emenda, que consideram discriminação qualquer tipo ou forma de exclusão e ainda de restrição baseada em deficiência, houve controle no acordo. Buscando efetivar uma recusa de adaptação razoável prevista na Convenção das Nações Unidas, cada uma das editoras filiadas à Abrelivros assumiu perante o MPF a obrigação de, em suas páginas digitais na Internet, criar um ícone destinado à solicitação de livros que não estejam disponíveis diretamente para a venda em formato acessível

Hás hipóteses de controle ocorrem nos procedimentos investigatórios no Inquérito Civil e na Ação Civil Pública na defesa ou tutela de interesses meta individuais. Há um controle também na esfera da persecução penal.

Como ressalta o promotor de Justiça do Paraná, Thimotie Aragon Heemann (2018, p. 8) o importante registrar que o exercício do controle de convencionalidade por toda e qualquer autoridade pública acaba por maximizar o princípio da máxima efetividade dos direitos humanos, afinal, quanto maior o número de legitimados para exercer o controle de convencionalidade, maior será a conformação da ordem jurídica brasileira com a proteção internacional dos direitos humanos.

Portanto, se um membro do Ministério Público suscitar o incidente de a inconvenção de determinado ato normativo interno,

o fara com respaldo doutrinário e jurisprudencial. Sobre a validade das normas no ordenamento jurídico brasileiro, há quem defenda que, para uma norma ser válida no Estado brasileiro, a mesma deve passar por um duplo crivo, qual seja, perante o controle de constitucionalidade e perante o controle de convencionalidade (RAMOS, 2016, p. 60).

As primeiras hipóteses estão no Inquérito Civil, certamente, embora Valério de Oliveira Mazzuoli afirme que há controle também na propositura da Ação Civil Pública. Embora a argumentação doutrinária seja sólida a respeito, há de se analisar e saber se nesses casos há mesmo um efetivo controle de convencionalidade ministerial. Entende-se que existe a possibilidade de controle quando o MP solicita o arquivamento alegando a contrariedade à um tratado dentro das suas funções institucionais e seu objetivo.

O órgão ministerial tem como missão a defesa da ordem jurídica. Além disso, o artigo 129 traz as funções institucionais, entre as quais o inciso III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos. Portanto, visa as funções a proteção dos referidos bens meta individuais e há dois instrumentos.

A Ação Civil Pública é proposta para evitar danos aos bens difusos e coletivos relatados acima, entre os quais meio-ambiente e patrimônio público, sendo utilizada para proponente e tem natureza difusa. Na petição deve ser fundamenta e exposta na causa de pedir a confrontação do ato ou lei contra um tratado. No entanto, levando em conta que a petição não implica a retirada da norma interna, não se configura, a nosso entender, como um tipo de controle incidental, pois apenas a sentença tornará efetiva a invalidade da norma, inclusive determinando os alcances da decisão. Não é apenas uma reclamação, mas entende-se que é uma provocação fundamenta que aponta para o controle, mas que não configuraria efetiva invalidação de uma norma, embora estejam claramente definidos os moldes. Entende-se que se trata de um tipo de averiguação presente na causa de pedir, que ajuda sobremaneira.

A referida ação surge como um instrumento de defesa em juízo de interesses transindividuais, buscando responsabilizar por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor e a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. Entre os legitimados estão o Ministério Público, mas também a União, os Estados, os Municípios, as autarquias, empresas públicas, fundações, sociedades de economia

mista e associações, desde que presentes os requisitos previstos na Lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública). Quando o Ministério Público não for o proponente da ação, atuará como órgão interveniente na qualidade de custos juris, devido ao interesse público primário que move a demanda judicial, atuando sempre na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais (Lei nº 7.347/85, art. 5º, § 1º).

Por outro lado, se o MP foi interveniente terá vista dos autos depois das partes, devendo ser intimado dos atos processuais, podendo solicitar a produção de provas ou mesmo medidas processuais. Nesse momento, mesmo antes de adentrar ao mérito, como dever de ofício, verificar a compatibilidade das normas brasileiras com as convenções de direitos humanos vigentes no País. Além disso, no momento da análise do mérito processual, o Ministério Público deve perquirir a aplicação e interpretação dos tratados na ordem jurídica brasileira.

Por outro lado, nos Termos de Ajustamento de Conduta existe sim o efetivo controle de convencionalidade, quando se toma uma conduta ou se ajusta aquela conduta para prestigiar os direitos presentes nos tratados naquele caso concreto. O procedimento se encerra dentro da própria instituição, com as obrigações decorrentes das adequações.

## **10 CONTROLE NA PERSECUÇÃO CRIMINAL**

Na persecução penal, compreendida como a somatória das atividades da polícia investigativa com a ação penal desenvolvida pelo Ministério Público, há algumas hipóteses, o Ministério Público também controla a convencionalidade. Há duas hipóteses ou momentos, quando arquiva o inquérito policial ou procedimento de investigação criminal, mas apenas quando não promove a Ação Penal Pública e o Ministério Público alega como motivação um tratado na qual o Brasil seja parte. Nos dois primeiros da persecução penal não há necessidade de remessa dos autos aos Poder Judiciário. Apenas comunica ao investigado, vítima ou autoridade policial. Realiza um controle de convencionalidade de maneira imediata dentro do Ministério Público.

Merece registro o fato de que a Lei nº 13.964/19 deu nova redação ao artigo 28 do CPP permitindo o arquivamento de inquérito policial ou procedimento equivalente diretamente pelo Ministério Público. No entanto, a referida norma está com a eficácia suspensa, em face da decisão monocrática proferida pelo Ministro Luiz Fux, na ADI 6305.

Buscando a defesa da ordem jurídica, ao longo de todo os tramite previstos que precisam ser percorridos dentro do devido processo legal ou ainda todo tramite acompanhado pelo Ministério Público no curso da persecução penal, deve se fazer presente o controle de compatibilidade das normas jurídicas internas, de natureza material ou processual, com o direito convencional.

Segundo o Código Penal e o Código de Processo Penal, a própria ação penal oferece um tipo de controle, uma vez que a persecução, que não se esgota no ajuizamento da ação, mas alcança todas as providencias de atuação funcional dos promotores de justiça e procuradores da república, que visem a regularização da tramitação. Entre os tramites está a proteção dos direitos das vítimas, sendo que a função de garantir a supra legalidade convencional é importante para assegurar direitos humanos.

A novel redação dada ao artigo 28 do Código de Processo Penal – CPP pela Lei nº 13.964/19 (“Pacote Anticrime”) ao que tudo indica buscou dar um alinhamento do processo penal com o sistema acusatório, cujas base e princípios estão no artigo 129, I, da Constituição Federal, ao conferir ao Ministério Público a titularidade privativa da ação penal pública. Prestigiando o sistema acusatório, a decisão de solicitar o arquivamento de qualquer investigação criminal concernente a crimes de ação pública deve se resolver no âmbito do próprio Ministério Público.

Segundo a doutrina (Mazzuoli; Faria; Oliveira, 2020, p. 31) esse cenário, será o membro ministerial que realizará o arquivamento da investigação criminal, sem a necessidade de remessa dos autos correspondentes a qualquer instância do Poder Judiciário. Ainda segundo os autores, realizada a comunicação da decisão ministerial de arquivamento à vítima, ao investigado e à autoridade policial, os autos da investigação devem ser remetidos ao órgão de revisão competente do Ministério Público.

Nessas hipóteses, o Ministério Público pode realizar de maneira imediata o controle de convencionalidade da legislação aplicável ao caso concreto, deixando de permitir a continuidade de atos de investigação ou ainda deixando de promover a correspondente ação penal nos casos em que verificar pretensão contrária a quaisquer mandamentos previstos em tratados internacionais de direitos humanos vigentes no País. Se houver, em tese, uma eventual insatisfação da vítima com os fundamentos do arquivamento promovido pelo Ministério Público, poderá ela postular a submissão da matéria à competente instância revisora da instituição ministerial, mas sem que o assunto seja submetido à deliberação do Judiciário. Por isso, nesses casos

fica patente que o órgão ministerial controlou a convencionalidade das leis internas brasileiras, pois a decisão tomada no caso concreto não escapa aos limites da própria instituição, sem apreciação de um juiz ou tribunal.

## 11 CONCLUSÃO

A Convenção Americana de Direitos Humanos, da qual o Brasil é signatário, traz questões doutrinárias e jurisprudenciais como a criação do controle de convencionalidade e sua expansão para a aferição que alcança o Ministério Público brasileiro com algum dimensionamento e destaque pois, enquanto os demais órgãos integrantes do sistema de justiça, nos termos da jurisprudência da Corte IDH, devem realizar o controle de convencionalidade “no âmbito de suas competências”, o Ministério Público, como função essencial à Justiça, tem como sua competência a própria fiscalização da ordem jurídica, tal como estabelecido pelo art. 127 da Constituição Federal de 1988.

Essa competência própria de fiscal da ordem jurídica muda a configuração em relação às outras instituições essenciais à Justiça, uma vez que essa defesa da ordem jurídica está esculpida na própria competência institucional de caráter constitucional. Por isso deve concluir que os demais órgãos do sistema de justiça no Brasil precisam observar a convencionalidade das leis, enquanto o Parquet, por sua vez, o exame composto pela aferição e controle de convencionalidade é finalidade institucional, ou seja, traz uma razão pela qual a fiscalização, cumprimento, aplicação dos tratados de direitos humanos por toda instituição se faz de maneira cogente e categórica.

Buscou-se demonstrar que na aferição tanto como no controle de convencionalidade, às competências do Ministério Público são um dever “ex officio” de promover o exame de compatibilidade vertical material de toda a ordem jurídica interna com os comandos dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, à luz do princípio internacional pro homine.

O Ministério Público brasileiro, na sua condição de defensor da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, é instituição que tem por mister fiscalizar e garantir o cumprimento de todo o mosaico normativo em vigor no Estado, inclusive os tratados internacionais de direitos humanos de que a República Federativa do Brasil é parte, além de assegurar, por meio de todos os instrumentos processuais e extraprocessuais de sua alçada, a prevalência da

interpretação da Corte Interamericana de Direitos Humanos em relação às normas de direitos humanos em vigor no Brasil, em especial a Convenção Americana de Direitos Humanos.

Nas explicações doutrinárias do controle de convencionalidade na Corte IDH com base nos julgamentos da Europa, que servem para a construção elaborada por Sérgio García Ramirez e Antônio Augusto Cançado Trindade as sentenças vão ampliando os legitimados. As bases da atividade estão no Pacto de San José e na Convenção de Viena dos Direitos dos Tratados, que exigem adequações internas.

Na função institucional, há duas possibilidades de aferição com as Medidas Provisórias e as Opinião Consultivas no caso da interpretação do alcance dos tratados, sendo que no primeiro caso verifica-se uma “suspensão temporária” da norma violadora do tratado. No caso da Opiniões, o parecer da Corte é uma recomendação, sendo que num segundo momento, o Estado-membro que aceitar essa “consulta” pode efetivar o controle de convencionalidade.

Há muitas dificuldades dentro do Sistema, que vão desde uma demora no julgamento da Corte IDH que dura em média oito anos até o não recebimento das denúncias feitas pela Comissão, pois apenas três por cento dos casos são aceitos.

Por conta desses problemas e pelo caráter residual do Sistema Interamericano, os julgamentos apontam para a necessidade de que os juízes e tribunais exerçam esse trabalho e se transformem aplicadores dos tratados de direitos humanos. A partir do caso *Gelman vs. Uruguai*, a Corte IDH estabelece que outros órgãos podem realizar esse trabalho.

Nos capítulos finais estão as possibilidades de aferição e controle por parte do Ministério Público. São abordadas as possibilidades de aferição pelo Ministério Público como proponente de ações constitucionais em casos dos tratados aprovados com quórum qualificado, sendo que está com uma peculiaridade, pois é prerrogativa exclusiva do Procurador Geral da República, único legitimado pelo artigo 103 da Constituição. Também nessa esfera de checagem, a instituição Ministério Público pode propor a Ação Civil Pública, Ação Penal e a Ação Popular. Também configura averiguação quando o Procurador Geral no primeiro caso e o Ministério Público são intervenientes, pois não existe a retirada da norma.

Ainda são abordados o Inquérito Civil no qual o arquivamento com base nos tratados de direitos humanos pode configura nesse caso controle de convencionalidade no caso concreto, pois o procedimento é susta-

do com base numa invalidação, o que também pode ocorrer com pedido de arquivamento de um procedimento penal. Também configura controle a desistência de propor uma Ação Penal desde que, como visto, a motivação tenha como base um tratado de direitos humanos. Outra forma de controle do órgão ministerial surge quando da elaboração de um Termo de Ajustamento de Conduta tiver como fundamento uma convenção.

## REFERÊNCIAS

BIDART CAMPOS, Germán José. **Tratado elemental de derecho constitucional argentino**, Buenos Aires: Ediar, 1995. t. III.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CAMBI, Eduardo; PORTO, Leticia de Andrade. **Ministério Público resolutivo e proteção dos direitos humanos**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos**. *Arquivos do Ministério da Justiça*, Brasília, v. 46, n. 182, p. 27-54, jul./dez. 1993.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional**. In: BOUCAULT, Carlos Eduardo de, ARAÚJO, Nadia de. *Os Direitos Humanos e o Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **O esgotamento de recursos internos no direito internacional**. 2. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. A regra do esgotamento dos recursos internos revisitada: desenvolvimentos jurisprudenciais recentes no âmbito da proteção internacional dos direitos humanos. **Liber Amicorum, Héctor Fix-Zamudio**, v. 1, p. 15-43, 1998. Disponível em: <https://nidh.com.br/wp-content/uploads/2018/06/4.-Cançado-trindade-não-esgotamentodos-recursos-internos.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2020.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gomes Lund e outros versus Brasil** (Sentença 24 de novembro de 2010).

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile.** (M.P. Sergio García Ramírez; septiembre 26 de 2006).

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. Estados Unidos Mexicanos.** (M.P. Diego García Sayán; noviembre 26 de 2010).

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Castañeda Gutman Vs. Estados Unidos Mexicanos.** (M.P. Diego García Sayán; agosto 6 de 2008).

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Fernández Ortega y Otros vs. Estados Unidos Mexicanos.** (M.P. Diego García Sayán; agosto 30 de 2010).

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gelman Vs. Uruguay,** fondo. (M.P. Diego García Sayán; febrero 24 de 2011). Corte Interamericana de Derechos Humanos.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gelman Vs. Uruguay, Supervisión.** (M.P. Eduardo Ferrer MacGregor; marzo 20 de 2013).

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Radilla Pacheco vs Estados Unidos Mexicanos.** (M.P. Cecilia Medina Quiroga; noviembre 23 de 2009).

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú.** (M.P. Sergio García Ramírez; noviembre 24 de 2006).

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Direitos e garantias de crianças no contexto da migração e/ou em necessidade de proteção internacional.** Opinião Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A n. 21.

FENWICK, Charles G. **A organização dos Estados Americanos: o sistema regional inter-americano.** Tradução de Donalson M. Garschagen. Rio de Janeiro: Edições GRD, 1965.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. **Justicia Local Constitucional. La nueva sala constitucional en el estado de Veracruz.** Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política SC, México, 2003.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. **Los tribunales constitucionales en Iberoamérica**, FUNDA (Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, S.C.), México, 2002.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (Coord.). **El control difuso de convencionalidad**, Santiago de Querétaro: FUNDAP, 2012.

FIX ZAMUDIO, Héctor. **Breves reflexiones sobre el concepto y contenido del Derecho Procesal Constitucional**. 4. ed. Porrúa, México, 2003.

FIX ZAMUDIO, Héctor. **Protección Internacional de los Derechos Humanos**. Argentina: Librería Editora Platense S.R.L., 2010.

FISCHER-LESCANO, Andreas; TEUBNER, Gunther. Regime-collisions: the vain search for legal unity in the fragmentation of global law. **Michigan Journal of International Law**, Ann Arbor, v. 25, n. 4, p. 1045-1046, 2004.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. **La Corte Interamericana de Derechos Humanos**. Porrúa, México, 2011.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Comentários à convenção americana sobre direitos humanos: Pacto de San José da Costa Rica**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direito supraconstitucional: do absolutismo ao estado constitucional e humanista de direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. **El proceso transnacional**. Buenos Aires: Ediar, 1992.

HEEMANN, Thimotei Aragon. **O exercício do controle de convencionalidade pelo membro do Ministério Público**. Disponível em: [https://escolasuperior.mppr.mp.br/arquivos/File/MP\\_Academia/Teses\\_2019/Thimotie\\_Heemann\\_-\\_O\\_exercicio\\_do\\_controle\\_de\\_convencionalidade.pdf](https://escolasuperior.mppr.mp.br/arquivos/File/MP_Academia/Teses_2019/Thimotie_Heemann_-_O_exercicio_do_controle_de_convencionalidade.pdf). Acesso em: 24 ago. 2020.

IKWA, Daniela et al. **Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos**. Disponível em: <http://www.direito.mppr.mp.br/arquivos/File/DH3.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2020.

KRSTICEVIC, Viviana. Reflexões sobre a execução das decisões do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos. *In: CENTRO PELA JUSTIÇA E O DIREITO INTERNACIONAL* (Org.). **Implementação das decisões do Sistema Interamericano de Direitos Humanos**: jurisprudência, instrumentos normativos e experiências nacionais. Rio de Janeiro: CEJIL, 2009.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. **Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional**: vinculación directa hacia las partes (res judicata) e indirecta hacia los Estados parte de la Convención Americana (res interpretata) – Sobre el cumplimiento del Caso Gelman vs. Uruguay, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 19º año, Bogotá: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2013.

MARGAROLI, Josefina. y Maculan, Sérgio L. **Procedimiento ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos**. Buenos Aires: Ediciones Cathedra Jurídica, 2011.

MARTINEZ LASCANO, Alfonso Jaime. El control difuso de convencionalidad y su recepción en México. **Revista Jurídica Valenciana**, n. 2, 2014. Disponível em: [http://www.uv.es/ajv/art\\_jcos/art\\_jcos/num31-2/3allaconto.pdf](http://www.uv.es/ajv/art_jcos/art_jcos/num31-2/3allaconto.pdf). Acesso em 24 ago. 2020.

MARTINEZ LASCANO, Alfonso Jaime. **Sistema Interamericano de Derechos Humanos**. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2015.

MARTINEZ LASCANO, Alfonso Jaime. Control difuso de convencionalidad: transición de la cultura jurídica en América Latina. **Revista Jurídica Mario Alario D' Filippo**, Cartagena de Indias, 2020. Disponível em: <https://revistas.unicartagena.edu.co/index.php/marioalariodfilippo/issue/view/186/showToc>. Acesso em: 24 ago. 2020.

MARTINEZ LASCANO, Alfonso Jaime. El control difuso de convencionalidad y la nueva cultura constitucional, *In: MARTÍNEZ LAZCANO, Alfonso Jaime* (Dir.). **Reflexiones y desafíos de la justicia constitucional**. Editorial Revista Jurídica Primera Instancia, Tuxtla Gutiérrez, 2013.

MARTINEZ LASCANO, Alfonso Jaime. Sistema Americano de Protección de Derechos Humanos. *In: Sistemas Regionales de Protección de Derechos Humanos*, Primera Instancia, México, Tuxtla Gutiérrez, 2014.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 2. ed. rev.4 eds. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007 e 2010.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direito dos tratados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira; RIBEIRO, Maria de Fátima (Coord.). **Direito internacional dos direitos humanos: estudos em homenagem à Professora Flávia Piovesan**. Curitiba: Juruá, 2004.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direitos humanos & cidadania: à luz do novo direito internacional**. Campinas: Minelli, 2002.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Ciclo de Palestras Online da Toledo Prudente Centro Universitário - Aferição e controle de convencionalidade pelo Ministério Público. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=29vYUjx4rp0>.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira; FARIA, Marcelle Rodrigues da Costa e; OLIVEIRA, Kledson Dionysio de. Aferição e controle de convencionalidade pelo Ministério Público. **Revista do Ministério Público do RS**, Porto Alegre, n. 87, jan./jun. 2020.

MORENO ALFONSO, René. El control de convencionalid. *In*: SALAZAR, Gonzalo Pérez; GUERRA, Luis Petit (Coords.). **Los retos del derecho procesal constitucional en Latinoamérica**. Caracas: Ediciones Funda, 2011.

MORENO ALFONSO, René. El valor de la jurisprudencia de los tribunales internacionales en el derecho local. **Revista Jurídica Primera Instancia**, n. 4, enero-junio de 2015. Pp. 26 a 53. Disponível em: <https://www.primerainstancia.com.mx/wpcontent/uploads/2017/04/EL-VALOR-DE-LA-JURISPRUDENCIA-DE-LOSTRIBUNALES-INTERNACIONALES-EN-EL-DERECHO-LOCAL-Ren%C3%A9-Moreno-Alfonso-1.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2020.

MIRANDA BONILHA, Haide. El sistema interamericana de derechos humanos. *In*: **Derecho Procesal Constitucional. Director Científico Eduardo Andrés Velandia Canosa**. Bogotá, Colombia: VC Editore Ltda, Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional, 2014.

PINILLA, J. y CUBIDES, J. El control de constitucionalidad: construcción dogmática en Colombia y Argentina. *In: Derecho público en el siglo XXI: regulación del mercado, contratación pública y derechos humanos*, cap. 4, 2016. Bogotá, Colombia: Universidad Católica de Colombia. Disponível em: [https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/18561/1/Derecho-publico-en-elsiglo-XXI\\_Cap04.pdf](https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/18561/1/Derecho-publico-en-elsiglo-XXI_Cap04.pdf). Acesso em: 24 ago. 2023.

PINTO, J. Marcos. **O Caso Gomes Lund e outros versus Estado Brasileiro**. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-caso-gomes-lund-e-outros-versus-estado-brasileiro-a-guerrilha-do-araguaia,45992.html>. Acesso em: 19 ago. 2020.

PIOVESAN, Flávia. Implementation through intrastate levels of government, including federal, state/provincial and municipal jurisdictions. In: Working session on the implementation of international human rights obligations and standards in the Inter-American System. **Anais eletrônicos...** Washington: Comissão Interamericana de Direitos Humanos, 2003. Disponível em: [www.internationaljusticeproject.org/pdfs/Piovesan-speech.pdf](http://www.internationaljusticeproject.org/pdfs/Piovesan-speech.pdf). Acesso em: 14 ago. 2020.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

PIVA DAL, Juliana. **Corte Interamericana de Direito Humanos condena Brasil por assassinato de Vladimir Herzog**. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/corte-interamericana-de-direitos-humanos-condena-brasil-por-assassinato-de-vladimir-herzog-22851806>. Acesso: 16 ago. 2020.

QUIROGA, C. M.; ROJAS, C. N. **Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Introducción a sus Mecanismos de Protección**. Chile: Faculdade de Derecho – Universidade de Chile, 2011. Disponível em: <http://www.cdh.uchile.co/media/publicaciones/pdf/79.pdf>. Acesso: 13 ago. 2020.

RAMIREZ, Sergio Garcia Cuestiones de la jurisdicción interamericana de derechos humanos. *In: Anuario mexicano de derecho internacional*. V. 8. Cidade do México, 2008. Disponível em: [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1870-46542008000100005](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-46542008000100005). Acesso em: 15 ago. 2020.

RAMOS, André de Carvalho. **A responsabilidade internacional do Estado por violação de Direitos Humanos**. Curso de direitos humanos. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005(II) e 2016.

REY CANTOR, Ernesto. **Control de Convencionalidad de las leyes y Derechos Humanos**, Ciudad de México: Editorial PORNIA México, 2008.

QUIROGA LEON, Anibal. Constitucional. *In: Revista de Análisis Especializado de Jurisprudencia – RAE Jurisprudencia*, Lima, Caballero Bustamante, 2012.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Controle de constitucionalidade e controle de convencionalidade: o caso brasileiro da lei de anistia. *In: PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; DIMOULIS, Dimitri (Coord.). Direito constitucional internacional dos direitos humanos*. São Paulo: Editora Fórum, 2012.

SANT'ANA, F, C, Janice. **O Brasil e a Execução da Sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/79412/181506.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso: 15 ago. 2020.

SANTOS, N. C. Juliana. **A execução das decisões emanadas da Corte interamericana de direitos humanos e do sistema jurídico brasileiro e seus efeitos**. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/prisma/article/download/1327/1146>. Acesso: 17 ago. 2020.

TABOSA, R. Caroline. **O Sistema Interamericano de Direitos Humanos**. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-sistema-interamericano-de-direitos-humanos,56660.html>. Acesso: 24 ago. 2020.

VARELLA, M. D. **Direito Internacional Público**. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés. Derecho procesal constitucional transnacional. El proceso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Neoprocesalismo**, Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, Villahermosa, 2014.

VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés. Control jurisdiccional de la inconstitucionalidad e inconvencionalidad por omisión publicado. *In*: LAZCANO, Alfonso Jaime Martínez (Dir). **Reflexiones y desafíos de la justicia constitucional**. Editorial Revista Jurídica Primera Instancia, Tuxtla Gutiérrez, 2013.

VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés; BELTRÁN GRANDE, Diana Johanna. La Justicia Constitucional y su modelo transnacional. **Derecho Procesal Constitucional**, t. III, v. I, 2014.









**DIALÉTICA**  
EDITORA

Este livro foi impresso sob demanda, sem estoques. A tecnologia  
POD (Print on Demand) utiliza os recursos naturais de forma  
racional e inteligente, contribuindo para a preservação da natureza.

"Rico é aquele que sabe ter o suficiente"  
(Lao Tze)